

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ

ESCUELA DE POSGRADO



**SEGURIDAD JURÍDICA VS. DERECHO DE PROPIEDAD. REMEDIOS QUE TIENE
EL FALSO REPRESENTADO EN LA FALSA REPRESENTACIÓN ANÓMALA.**

TESIS PARA OPTAR EL GRADO ACADÉMICO DE MAGÍSTER EN DERECHO CIVIL

AUTOR

LILLIAN LOANA BUENDIA DE LOS SANTOS

ASESOR:

LUCIANO JUAN LUIS BARCHI VELAOCHAGA

Julio, 2019

Resumen

La finalidad del presente trabajo es advertir acerca de los remedios que pueden ser utilizados por el falso representado en el caso de la falsa representación anómala; una nueva modalidad de estafa que utiliza la falsa representación como instrumento para despojar de su propiedad a incautos propietarios.

En virtud de ello, para dar solución a dicha problemática, hemos identificado mediante el examen de distintas casaciones y jurisprudencias tanto nacionales como extranjeras, que ante el supuesto de la falsa representación anómala, existe discordancia entre la jurisprudencia y la doctrina porque en algunas sentencias se otorgan los efectos de la nulidad y en otras, los de la ineficacia. No obstante, consideramos que se estructura un supuesto de falsa representación distinto a lo regulado por el Art. 161° del Código Civil. En tanto, nos encontramos frente a un caso en el que existe una falsificación de documentos (en nuestro caso, del poder de representación), en el que no se puede utilizar el remedio de la ratificación porque, el contrato celebrado reviste una finalidad ilícita; es decir, que la causa del contrato va en contra de una norma imperativa penal que regula la figura de la estafa sobre bienes inmuebles (Art. 196-A inciso 4 del Código Penal). En consecuencia, los remedios de la ratificación, confirmación y conversión son excluidos.

Por último, somos de la opinión, que el falso representado tendría como único remedio el de la restitución por medio de la figura del enriquecimiento sin causa, debido a que, el falso representante y el tercero contratante se han confabulado para enriquecerse a costa del falso representado, quien ha visto mermado su patrimonio. Ello, origina que el derecho de propiedad del falso representado deba de ser preferido por el ordenamiento jurídico, al evidenciarse la mala fe del tercero adquirente en la primera compraventa. Sin embargo, también analizaremos el caso en que en la segunda compraventa nos encontremos frente a un tercer adquirente de buena fe.

Indice

RESUMEN

INTRODUCCIÓN.....	1
CAPITULO 1: LA FALSA REPRESENTACIÓN ANÓMALA: NOCIONES PRELIMINARES Y TRATAMIENTO EN EL DERECHO PERUANO Y EN EL DERECHO COMPARADO.....	2
1.1 La figura de la falsa representación.....	2
1.2 La Falsa Representación Anómala.....	10
1.3 Análisis del negocio jurídico celebrado por el falso representante.....	16
1.4 Posición de la Jurisprudencia frente a dicho fenómeno.....	22
CAPITULO 2: ANÁLISIS DE LOS REMEDIOS EN EL DERECHO COMPARADO.....	33
2.1 Derecho Francés.....	33
2.2 Derecho Alemán.....	40
2.3 Derecho Common Law.....	45
2.4 Derecho Italiano.....	54
2.5 Derecho Peruano.....	59
CAPITULO 3: REMEDIOS UTILIZADOS POR EL FALSO REPRESENTADO EN LA FALSA REPRESENTACION ANÓMALA.....	66
3.1 Definición del término remedio y su diferenciación con los remedios Impugnatorios.....	66
3.2 Ratificación.....	70
3.3 Mutuo Disenso.....	73
3.4 Restitución.....	76
3.5 Recesso.....	83
3.6 Conversión.....	87
CAPÍTULO 4: SEGURIDAD JURÍDICA VS. DERECHOS DE PROPIEDAD: ANÁLISIS DESDE LA POSICIÓN DEL FALSO REPRESENTADO EN LA FALSA REPRESENTACIÓN ANÓMALA.....	94

4.1	¿Prevalencia de la seguridad jurídica?.....	94
4.2	¿Prevalencia de los derechos de propiedad?.....	101
4.3	Posición de la Jurisprudencia y la Doctrina.....	111
4.4	Nuestra Posición.....	125
Conclusiones		130
Bibliografía		131



Introducción

La realidad peruana nos demuestra que existen casos en los cuales, se está utilizando la figura de la falsa representación como instrumento para realizar actos ilícitos. Ejemplo de ello, es la utilización de un poder falsificado por un falso representante, en colusión con un tercero contratante, para despojar a un falso representado de su propiedad. Ante dicha situación, la doctrina y jurisprudencia no ofrecen una solución concordada sobre los remedios que dicho falso representado pudiese ejercer para resguardar su derecho de propiedad.

Por tanto, somos de la opinión, que ante dicha problemática el ordenamiento jurídico debe otorgar al falso representado (propietario que ha sido despojado de su derecho de propiedad), un remedio idóneo que pueda satisfacer su interés de manera plena. Por consiguiente, consideramos que el remedio de la restitución-reivindicación, podría ser uno de los remedios que pueda dar solución a dicha problemática poco abordada por la jurisprudencia. En ese sentido, consideramos que al utilizar dicho remedio a través de la figura del enriquecimiento sin causa, el falso representado podrá obtener la restitución de su propiedad.

En cuanto a la protección del derecho de propiedad del falso representado en el supuesto de la denominada falsa representación anómala, somos de la opinión, que el ordenamiento jurídico debe de amparar el derecho de propiedad del verdadero propietario por sobre el del tercero adquirente. Ello a que, en el caso de la falsa representación anómala, como lo explicaremos en el desarrollo de la presente tesis, el tercero adquirente pierde la protección del Art. 2014° del Código Civil, al comprobarse que se ha coludido con el falso representante, al utilizar un poder falsificado para la celebración de la compraventa que busca perjudicar el derecho de propiedad del falso representado.

Por último, esperamos que con esta investigación podamos advertir a las personas acerca de los medios de defensa o mecanismos que pueden ejercitar en el caso de que sean víctimas de estafadores que los depojen de su propiedad, utilizando para ello, medios fraudulentos que abarquen falsificaciones de instrumentos públicos ingresados al tráfico jurídico o suplantaciones de identidad. Debido a que hoy en día, la delincuencia se apoya en la tecnología para poder otorgar la apariencia de verosimilitud a documentos apócrifos.

CAPÍTULO 1: LA FALSA REPRESENTACIÓN ANÓMALA: NOCIONES PRELIMINARES Y TRATAMIENTO EN EL DERECHO PERUANO Y EN EL DERECHO COMPARADO

Sumario: 1.1 La figura de la falsa representación– a) Italia –b) Alemania –c) Francia –d) Perú 1.2 La Falsa Representación Anómala– a) Elementos y particularidades – b) ¿Acto contrario a una norma de orden público? –c) ¿Acto contrario a una norma buenas costumbres? – d) ¿Acto contrario a una norma imperativa? 1.3 Análisis del negocio jurídico celebrado por el falso representante anómalo 1.4 Posición de la Jurisprudencia frente a dicho fenómeno --a) Italia - b) España- c) Perú

1.1 La figura de la falsa representación

La figura de la falsa representación implica que una persona llamada falso representante; esto es, "alguien, haciéndose pasar por representante, invoca indebidamente el nombre del pretendido representado" (Messineo 1954: 253) o inclusive, cuando "el falsus procurator actúa, en cambio, simulando un poder que en realidad no tiene o haciendo creer al tercero que es representante, aunque no lo sea" (Diez Picazo 1979: 217) o invoque el nombre de un supuesto representado. Es decir, "el titular del nombre por el que se actúa" (Roppo 2009: 285) o "la persona en cuyo nombre se ejerce el poder" (Bianca 2007:110), quien se caracteriza porque:

No está vinculado por el contrato, y en esta situación puede hacer tres cosas. Rechazar la ratificación: y en tal caso, el contrato se torna definitivamente ineficaz para él, pero también ya no vinculante para el tercero (al cual el rechazo produce una confianza sobre la cancelación del negocio, que debe tutelarse). O al contrario ratificar de este modo haciendo el contrato vinculante para sí, y definitivamente vinculante para el tercero contratante. O finalmente una cosa intermedia, esto es, ni ratificar, ni rechazar la ratificación: una actitud que puede derivar o de la decisión de tomarse un tiempo para decidir con calma qué hacer, o simplemente de la no calculada inercia (Roppo 2009: 288).

Dentro de la falsa representación se hacen presente los siguientes elementos: a) existe la llamada "**contemplatio domini**" que viene hacer "la indicación del nombre del representado (...) es por tanto requisito de calificación del acto como de representación. La sola existencia del poder de representación no basta de por sí para hacer presumir que el acto haya sido realizado por el representante en esa calidad" (Bianca 2007: 113-114). Por otro lado, Stolfi indica que "el representante ha de actuar en nombre del representado, es decir, dar lugar a la denominada "contemplatio domini". Ha de hacer saber a la contraparte (que se acostumbra a denominar tercero contratante) que su declaración se refiere a otra persona y que obra por cuenta de la misma y, en defecto de ello, el negocio carecería de efectos para él, pero obliga

personalmente al representante, a aquel que ha prestado el consentimiento”(1959: 233-234). En ese mismo orden de ideas, Galgano indica que la *contemplatio domini* implica que “el contrato debe perfeccionarse en nombre del representado y, si se trata de contrato escrito, debe formarse con la mención de su nombre (con la fórmula: en este contrato interviene Ticio en representación de Cayo, o bien: interviene Cayo representado por Ticio, y similares)”(1992: 363). Finalmente, Betti refiere que “si bien puede faltar la declaración, no debe faltar aquella referencia a la esfera patrimonial ajena que se suele llamar *contemplatio domini*. Cuando la referencia no exista, ha de considerarse que el declarante, en lo que concierne a la obligación del tercero, se compromete, salvo exclusión, por sí propio, pero realiza un acto de disposición nulo” (2000: 514). b) **Actuar a nombre de otro**, se hace mención a que se declara en nombre de otro; es decir, “que el negocio debe valer a título de negocio del otro y con ello que el efecto del mismo y precisamente el total efecto (y no solo algunas consecuencias) debe afectar inmediatamente al representado” (Enneccerus 1950: 241). De otro lado, Larenz indica que en ***el alieno nomine agere*** “el declarante quiere celebrar el negocio jurídico, no para sí, sino para otro” (1978: 780). Por su parte, Roppo indica lo siguiente: “se tiene representación solo cuando se actúa en nombre de otro, sustituyéndolo en el cumplimiento de un acto que produce sus efectos directamente en la esfera del interesado, aunque no lo haya realizado personalmente” (2009:252). Por último, Breccia plantea que “la manifestación del nombre ajeno por parte de quien no sea representante o de quien obre más allá de los límites de la facultades a él conferidas, si bien puede adquirir una relevancia peculiar dentro del marco del fenómeno representativo, no es, en cuanto tal, idónea para hacer producir efectos en la esfera jurídica ajena” (1992: 708). c) **La no existencia de una relación jurídica representativa**, entendida esta como “aquella que se establece entre dos personas por el hecho de que una de ellas actué como representante de la otra o gestione sus intereses. Está formada por el conjunto de derechos y deberes que entre tales personas surge como consecuencia de aquel hecho. Por consecuencia, como sujetos de la relación representativa en sentido estricto deben considerarse tan solo el representante y el representado (...)” (Diez-Picazo 1979: 68). Asimismo, Espinoza refiere que “la relación representativa encuentra su base y fundamento en un vínculo de confianza y de fidelidad entre representante y representado. Se sigue de ello que hay un *intuitus personae* y un carácter marcadamente personal que va a influir en el régimen jurídico de la institución. Existe además un deber de fidelidad del representante en el cumplimiento de su actuación representativa” (2012: 135). En ese sentido se indica que “los sujetos de la relación representativa son el representante, esto es, el titular del poder de representación, y el representado, esto es, la persona en cuyo nombre se ejerce el poder” (Bianca 2007: 110). Por último, Von Tuhr indica que “generalmente los poderes se otorgan a la sombra de una relación jurídica que obliga al representante a desplegar una actividad en interés del representado(o en interés común de ambos” (2007: 189).

Como podemos observar, para que estemos en un supuesto de falsa representación tiene que haber un falso representante que invoque el nombre de un pretendido representado y además, no debe existir una relación jurídica representativa entre ambos, puesto que, no se desprenden derechos de fidelidad y de confianza entre el falso representante y el falso representado que los vinculen; inclusive no encontramos un *carácter intuitus personae* en dicha relación, porque el falso representado nunca escogió al falso representante y en muchos casos su identidad le es ajena.

Después, de haber hecho un breve repaso por la doctrina para dilucidar lo que debemos entender por falsa representación, analizaremos la figura en los sistemas italiano, alemán, francés y peruano para determinar cómo en dichos ordenamientos es tratada.

a) Italia

En el régimen italiano (Codice) existe una norma que regula la figura de la falsa representación de la siguiente manera:

Art. 1398°.- "El que hubiera contratado como representante sin tener poderes para hacerlo o excediendo los límites de las facultades que se le hubiesen conferido, **será responsable del daño que el tercero contratante haya sufrido por haber confiado sin su culpa en la validez del contrato**" (El subrayado es nuestro).

De esta norma se desprende que el falso representante, será responsable por los daños a la confianza; es decir, por el interés negativo, entendido este como "el interés del tercero en no ser participe o destinatario de un acto ineficaz" (Bianca 2007: 134). Por otro lado, se hace referencia a que "el contrato del falso representante no vincula al falso representado frente al tercero: precisamente porque quien actúa no tiene el poder de hacerlo; y más sustancialmente, para impedir incisiones no autorizadas de las esferas jurídicas ajenas" (Roppo 2009: 285). Si se observa detenidamente, estos autores indican que el acto celebrado por el falso representante no produciría efectos sobre la esfera jurídica del falso representado y además, el tercero contratante, podría pedirle al falso representado que le indemnice por los daños suscitados por la celebración de un contrato ineficaz.

Por otra parte, Galgano al referirse sobre el falso representante manifiesta lo siguiente:

Puede suceder que un sujeto contrate como representante de otro sin tener poder (Ticio, por ejemplo, compra o vende a nombre de Cayo, pero éste no le ha concedido poder alguno para comprar o vender ;(...)) El falso representante ha actuado en nombre de otro: por ello, el contrato no puede producir efectos en su ámbito, no puede hacerle adquirir los derechos y asumir obligaciones que derivan del contrato(ni el otro contratante tendría interés en que el contrato produjera efectos respecto de aquél, al haber contratado sobre el presupuesto de que con el contrato adquiriría derechos frente a la persona cuyo nombre ha sido utilizado por el falso representante)(1992: 367).

Como plantea este autor, si un falso representante celebra un contrato con un tercero contratante los efectos de dicho contrato no pueden ser oponibles al supuesto representado, por tanto, la ley faculta a este último para que pueda pedir un resarcimiento que lo ponga en la situación anterior a la celebración del contrato que puede ser inválido o ineficaz. Asimismo, "si el negocio jurídico se realiza por el tercero, sin tener conocimiento de la falta de representación en la otra parte, tiene aquél, el derecho de liberarse del compromiso asumido y reputar el negocio como no hecho, pudiendo además, exigir el resarcimiento de los daños al representante, cuando éste sea culpable, esto es, cuando haya hecho creer que tenía la representación sabiendo que no la tenía". (Coviello 1938: 439). De lo anteriormente citado podemos inferir que las partes que quedan vinculadas al contrato celebrado por medio de la

falsa representación son el tercero contratante y el falso representante, quien es el que actúa negocialmente y a quien, se le requerirá la indemnización correspondiente. No obstante, se le otorga la facultad al tercero de liberarse del contrato celebrado, ejercitando el remedio del mutuo disenso.

En otro orden de ideas, Navarretta indica acerca del Art. 1398° lo siguiente: “sobre las consecuencias del actuar *falsus procurator*, la norma es silenciosa y se limita a mencionar, por el contrario, una forma no identificada de invalidez cuando afirma el derecho del tercero para obtener daños y perjuicios por haber confiado sin su culpa en la validez del contrato”¹(2011: 147); es decir, que la norma no identifica que tipo de invalidez es aplicable al caso del falso representante, lo que abre la posibilidad tanto a la ineficacia, nulidad o anulabilidad. Por otro lado, Stella Richter al aludir al Art. 1398° señala lo siguiente: “como es notorio la responsabilidad contemplada en dicha norma (1398c.c) se coloca en el marco de la responsabilidad por culpa in contrahendo con la consiguiente limitación del resarcimiento al interés negativo”² (1996: 97). De lo indicado por este autor podemos inferir que la normativa que regula el caso del falso representante, hace referencia a la responsabilidad que este último tendría, encajándola en opinión de este autor, dentro de un supuesto de responsabilidad precontractual por culpa in contrahendo; es decir, “la invalidez se produciría a causa de un hecho que era conocido con anterioridad por una de las partes antes de la celebración del contrato” (Buendía L. 2017: 84). Lo que Jhering denominaba “la culpa en la conclusión de los contratos”.

Finalmente, Mirabelli indica que “la tesis de la nulidad, parece, pues, de preferir, cuanto menos en relación al ordenamiento vigente, dado que el acto realizado por el representante sin poder no produce actualmente ningún efecto jurídico: la obligación de resarcimiento, prevista en el art. 1398, se refiere, en realidad, a una responsabilidad extracontractual (...)”³(1980: 396). Como podemos apreciar, puede existir otra interpretación del Art. 1398° que no nos lleve necesariamente a la ineficacia, sino a la nulidad; al considerar que el acto del falso representante puede ser nulo por finalidad ilícita, lo que conllevaría a que la responsabilidad asignada sea dentro del campo extracontractual.

b) Alemania

En el régimen alemán, el caso de la falsa representación se regula de la siguiente manera en el BGB:

§179.- (1) Quien ha concluido un contrato como representante, y en tanto no pruebe su poder de representación, está obligado al cumplimiento o al

¹ Traducción Libre por la autora. “circa le conseguenze dell’agire del *falsus procurator* la norma é silente e si limita a menzionare *a contrario* una non meglio identificata forma di invalidità allorquando afferma il diritto del terzo di ottenere il risarcimento del danno per aver confidato senza sua colpa nella “validità” del contratto”.

² Traducción Libre por la autora. “Come é noto, la responsabilità contemplata da detta norma (1398c.c) si colloca nel quadro della responsabilità per *culpa in contrahendo* con conseguente limitazione del risarcimento all’interesse negativo”.

³ Traducción Libre por la autora. “La tesi nullità sembra, dunque, da preferire, quanto meno in relazione all’ordinamento vigente, giacché l’atto compiuto dal rappresentante senza procura non produce attualmente alcun effetto giuridico: l’obbligo di risarcimento, previsto dall’art. 1398, riguarda, in realtà una responsabilità extra-contrattuale (...)”.

resarcimiento del daño frente a la otra parte, según su elección, si el representado rechaza la ratificación del contrato.

(2) Si el representante ignoraba la falta de poder de representación, solo debe resarcir el daño causado a la otra parte como consecuencia de la confianza depositada en el poder de representación, sin que se pueda superar el importe del interés que la otra parte tiene en la eficacia del contrato.

(3) El representante no responde si la otra parte conocía o debía conocer la falta de poder de representación. El representante tampoco responde si tenía limitada su capacidad de obrar, a no ser que actuase con el asentimiento de su representante legal (El subrayado es nuestro).

En el articulado se puede apreciar que se le otorga la facultad al tercero contratante para elegir entre el cumplimiento de la prestación por parte del falso representante, o el resarcimiento, teniendo en cuenta lo siguiente:

“Responde, en principio, el *falsus procurator* frente a la otra parte, y, a elección de esta, del cumplimiento de negocio (siempre y cuando este en situación de hacerlo) (...)” (Lehmann 1956: 466). De la misma manera, Flume expresa que “el representante está obligado, a elección de la otra parte, al cumplimiento o la indemnización de los daños y perjuicios (§179.I)” (1998: 936). Por su parte, Von Tuhr indica que:

Cuando obre culposamente, es decir, sabiéndolo o debiéndolo saber que no tiene atribuciones de representante, puede venir obligado, si la equidad lo exige, a resarcir todos los demás daños, incluso el interés positivo que el tercero tenga en el cumplimiento del contrato; y como el juez goza de amplias facultades para determinar la forma de indemnización, puede ocurrir que se le condene, cuando a ello haya lugar, a realizar la prestación que en circunstancias normales pesaría sobre el representado, recibiendo a cambio la contraprestación correspondiente (2007:209).

Lo indicado por estos autores refleja que la legislación alemana, contempla el caso de que el falso representante pueda cumplir eventualmente la prestación que era colocada en cabeza del falso representado, si el tercero contratante así lo elige. No obstante, debe configurarse primero el supuesto de que el falso representado no ratifique el acto.

Por otro lado, Larenz indica sobre el falso representante lo siguiente: “responde únicamente del interés negativo por culpa in contrahendo, si se le atribuye un quebrantamiento culposo de los deberes que le incumben según las negociaciones” (1978: 821). En palabras de este autor, la responsabilidad del falso representante estaría ligada al incumplimiento de deberes que nacen antes de la celebración del contrato; es decir, en la etapa de las tratativas. No obstante, también se puede utilizar la culpa in contrahendo en el caso de que el contrato sea inválido desde un inicio y que la causa de nulidad sea conocida por una de las partes.

Por su parte, Enneccerus indica que “si el representante concluye el negocio en nombre del representando, pero sin poder de representación o extralimitándose del mismo, se producen efectos parecidos a los negocios de los menores de edad que requieren el asentimiento legal, efectos que son diversos según se trate de contratos o de negocios unilaterales. Si se trata de contratos hay que distinguir los efectos frente al representado y frente al representante” (1950: 500-501). Para este autor, el acto celebrado por el falso representante sería ineficaz hasta que el

falso representado otorgue su asentimiento mediante la ratificación. Mientras, no se dé dicho asentimiento, el negocio no producirá efectos en la esfera jurídica del representado. De otro lado, Markesinis planea sobre el caso del falso representante lo siguiente: "el más grave de los casos en que el tercero desconocía la falta de poder, pero el agente actúa con pleno conocimiento de este hecho, entonces, este último, es responsable ante el primero de llevar a cabo el contrato o de resarcirlo por la expectativa que tenía en la celebración (§179 I BGB)"⁴ (2006: 115). En palabras de este autor, la responsabilidad del falso representante se acentúa, cuando conocida su falta de poder y aun así, celebra el contrato con el tercero, quebrantando su buena fe en el contrato; en consecuencia, deberá resarcir al tercero o cumplir la prestación pactada.

Finalmente, Medicus indica que "la culpa in contrahendo del representante se funda en la confianza de un poder no existente" (1995: 59). Sobre la base de lo mencionado, este autor indica que la "culpa en la celebración de los contratos" se funda sobre una representación sin poder; es decir, el falso representante celebra un contrato ineficaz que afecta la esfera jurídica del tercero contratante, quien confía en la apariencia de poder de representación. Es más, es el falso representante quien crea la apariencia de poder de representación, puesto que, hace creer que tiene una representación que no ostenta.

Como podemos observar en la legislación alemana, el tema de la falsa representación tiene una regulación muy particular, puesto que, se le da la posibilidad al tercero contratante de escoger entre el resarcimiento o el cumplimiento de la prestación; entendido este último, como la posibilidad que el falso representante ejecute la prestación que estaba destinada al falso representado. No obstante, esta opción está condicionada a la posibilidad de que el falso representante pueda realizarla.

c) **Francia**

Si bien la legislación francesa (Code) no regula la figura de la falsa representación esta se desprende del siguiente artículo:

Art. 1997º.- "El mandatario que, en ese concepto, haya dado a la parte con quien contrata un conocimiento suficiente de sus poderes, no es responsable de lo que se ha hecho más allá de los mismos sino se ha obligado personalmente"

Según Rivero Hernández, como no existe una norma que regule los actos del falso representante, se utiliza el "Art. 1997, interpretado al contrario" (2006: 1011); es decir, la interpretación se haría de la siguiente manera: "El mandatario que en, ese concepto no haya dado a la parte con quien contrata un conocimiento suficiente de sus poderes, es responsable de lo que ha hecho más allá de los mismos sino se ha obligado personalmente" (Buendía L. 2017:104).

Por otra parte, Le Tourneau indica con respecto al falso representante lo siguiente: "Un individuo A se compromete como si fuera un principal, porque un tercero B creía que otro C,

⁴ Traducción Libre por la autora. "in the most serious of cases where the third party was ignorant of the lack of authority, but the agent acted in full knowledge of this fact, then the latter is liable to the former either to carry out the contract or to compensate him for the full expectation interest (§179 I BGB)".

con el que trataba, era el agente del primero (*falsus procurator*)”⁵(2011: 30). Para este autor, el falso representante crea la apariencia de contrato; esto es, hace creer al tercero contratante que está celebrando un contrato que surtirá todos sus efectos. De otro lado, Larroumet afirma que “todo lo que se haga por fuera de los límites del poder se debe considerar como hecho sin poder, pues cuando se rebase el poder, no hay representación” (1993: 135). Al tratar el tema de la falsa representación este autor indica que existen casos donde el poder de representación ha cesado, o se ha extinguido; casos en los cuales la figura de la falsa representación estaría presente, puesto que, si el representante actúa sabiendo que ya no tiene facultades de representación porque se han extinguido o ha cumplido con las actividades para las cuales se le otorgó el poder, actuaría como un falso representante.

Por último, Piotet indica sobre la responsabilidad del falso representante tanto por culpa in contrahendo como por imposibilidad lo siguiente: “en ambos casos, él mismo crea una apariencia engañosa, y el hecho de que, en el segundo caso, el representado es responsable de acuerdo con la teoría clásica no debe modificar las condiciones de la responsabilidad personal del representante”⁶ (1963: 72).

De acuerdo a lo establecido por este autor, la regulación de la responsabilidad del falso representante estaría ligada a la Teoría de la Culpa in contrahendo, planteada por Jhering que se caracterizaba “en dos aspectos: (i) se refería solo a los casos en los cuales uno de los contratantes ejecutaba sus obligaciones dentro de lo que éste consideraba un contrato válido cuando en realidad dicho contrato no había sido celebrado o era nulo; en otras palabras, casos en los cuales la confianza reposaba en la simple apariencia de un contrato. (...) (ii) la responsabilidad se encontraba limitada al “interés negativo” (Zimmermann 2010: 113). Como se observa, el falso representante celebra un contrato con un tercero, y este último; cree que ha celebrado un contrato válido y eficaz, no obstante, la realidad es distinta, y por tanto, tendrá que solicitarle al falso representante que lo coloque en la situación anterior a la que se encontraría si no hubiese celebrado dicho contrato(interés negativo).

En resumen, la legislación francesa si bien no tiene una regulación específica para tratar el tema de la falsa representación, recurre a las normas del mandato y a la doctrina para llenar ese vacío. Además, aplica la Teoría Alemana sobre la Culpa in Contrahendo para el caso del contrato celebrado por el falso representante sin poder de representación; el cual se considera inválido, al haberse quebrantado la confianza del tercero contratante en la validez del mismo. De la misma forma se le otorga al tercero un resarcimiento sobre la base del interés negativo; es decir, por habersele generado pérdidas a causa de la frustración del contrato.

d) **Perú**

La legislación peruana (Código Civil) regula la figura del falso representante de la siguiente manera:

⁵ Traducción Libre por la autora. “Un individu A est engagé comme s'il était un mandant, parce qu'un tiers B a cru qu'une autre personne C, avec laquelle il a traité, était le mandataire du premier (*falsus procurator*)”.

⁶ Traducción Libre por la autora. “Dans les deux cas, il crée lui-même une apparence trompeuse; et le fait que, dans le second cas, le représenté est responsable selon la théorie classique ne devrait pas modifier les conditions de la responsabilité personnelle du représentant”.

Art. 161º. "El acto jurídico celebrado por el representante excediendo los límites de las facultades que se le hubiere conferido, o violándolas, es ineficaz con relación al representado, sin perjuicio de las responsabilidades que resulten frente a este y a terceros.

También es ineficaz ante el supuesto representado el acto jurídico celebrado por persona que no tiene la representación que se atribuye (El subrayado es nuestro).

De la norma se desprende que estamos ante "un supuesto de ineficacia estructural por un defecto extrínseco que viene hacer la falta de legitimidad" (Buendía 2017:121); es decir, como indica Taboada Córdova "la ineficacia estructural es aquella que se presenta al momento mismo de la celebración del negocio jurídico, es decir, se trata de un negocio jurídico afectado por una causal de ineficacia desde el momento mismo de su celebración o formación (2002: 307).

Y en referencia a la legitimidad, Fernández Cruz indica que es "competencia o idoneidad para producir, alcanzar o soportar los efectos jurídicos de la autorregulación de intereses que se pretende realizar"(2016: 27). Por tanto, el contrato celebrado por el falso representante no produciría efectos sobre la esfera jurídica patrimonial del falso representado al no existir la legitimidad respectiva.

En cuanto a la falsa representación Vidal Ramírez refiere que "la doctrina es uniforme en señalar que esta injerencia indebida en la esfera jurídica ajena, sea por exceso en los límites de las facultades, por su violación o por atribuirse una representación que no se tiene, es ilícita" (2013: 334); es decir, que la actuación del falso representante sería ilícita al celebrarse un contrato que contraviene una norma de orden público que puede ser una que imponga que las partes deben comportarse de buena fe, en la celebración de los contratos.

Por otro lado, se indica con respecto a la falsa representación lo siguiente:

La mayor parte de la doctrina se inclina por pensar que la naturaleza de la responsabilidad del *falsus procurator*, es extracontractual, ubicándose específicamente en el ámbito precontractual. Ello debido a que el *falsus procurator* no ha violado ningún tipo de deber u obligación derivante del contrato, sino más bien un deber establecido de forma previa y anterior al contrato. En ese sentido, el hecho ilícito del representante es la lesión de la libertad contractual del tercero (Priori 2003: 703).

En palabras de este autor, el falso representante habría quebrantado ciertos deberes de protección como los de corrección y buena fe, que se derivan de la celebración de las tratativas.

Desde otro punto de vista, "(...) en la intervención del *falsus procurator* será necesario que la situación de ineficacia causada por la ausencia de poder de representación sea definitiva, es decir, que ya no exista ninguna posibilidad de ratificación del contrato (por negativa explícita, silencio o muerte del supuesto representado, por ejemplo" (León Hilario 2007: 621). Por tanto, el tercero solo podrá reclamar una indemnización que abarque el interés negativo; es decir que sea colocado en la situación anterior a la celebración del contrato ineficaz. Dentro de esa misma perspectiva Lohmann plantea que:

Quando el tercero haya actuado con cuidado y diligencia y confianza sin su culpa en la representación alegada, tendrá derecho a ser resarcido por el falso o excesivo

representante del daño que le cause por este motivo. El derecho a la indemnización procede por la realización por el representante de un acto ilícito, doloso o negligente, pues carecía del todo de poder, o este no era suficiente o adecuado (1994: 212).

Por otra parte, Espinoza puntualiza que en el supuesto de falsa representación, "no existe la relación jurídica de representación. Se afirma que "naturalmente, cuando el pseudorepresentado sea cómplice del falso representante y haya realizado un verdadero engaño, o una estafa, con daño al tercero contrayente, incurrirá en una responsabilidad aquiliana" (2012: 140). Es decir, que ante dicho supuesto existe la posibilidad de que el falso representante se coluda con el falso representado para defraudar la confianza de tercero contratante; y este último, solo podrá demandar por la vía extracontractual para satisfacer su interés. Además, podrá hacer uso de la vía penal para demandar a los dos implicados por estafa. De manera semejante, Torres Vásquez indica que "como consecuencia de los daños ocasionados con el acto jurídico ineficaz surge una relación obligacional de indemnización de daños del falso representante al tercero con quien lo celebró y al falso representado, pero, en ambos casos, en vía extracontractual (art. 1969)"(2015: 514).

Por último, se ha planteado que el falso representante debería garantizar la ratificación por parte del tercero contratante, supuesto denominado de la garantía, que implica que "si el supuesto representante no ha alcanzado la promesa implícita de ratificar el contrato, en primer lugar, deberá responder por el incumplimiento de la promesa del hecho de un tercero. En segundo lugar, el acto celebrado y no ratificado se mantendrá ineficaz por efecto del artículo 161 del Código Civil peruano y tampoco surtirá efecto respecto del representado" (Buendía E. 2017: 115). Como podemos apreciar, dicho autor refiere que la obligación de ratificar el contrato recae sobre el falso representante, el cual mediante la figura de la promesa del hecho de un tercero, se asegurará de obtener la ratificación del acto.

Finalmente, podemos señalar que existe un conceso en la doctrina acerca del acto celebrado por el falso representante; puesto que, se indica que dicho acto es ineficaz por que ha sido celebrado sin poder de representación, por tanto, los efectos de dicho acto no recaerán en la esfera jurídica del falso representado, ya que nunca prestó consentimiento para la celebración. Además, debemos indicar que con respecto a la responsabilidad del falso representante, esta sería atribuida al régimen extracontractual al no existir un contrato entre el falso representante y el tercero contratante, sin embargo, el Código Civil Peruano otorga la facultad al tercero contratante de separarse del contrato, por medio del remedio del mutuo disenso. Acto que se contradice, puesto que, como mencionamos, la doctrina considera que no existe un contrato entre el falso representante y el tercero, por tal motivo, no entendemos como se le puede dar la facultad de resolver el contrato o que el tercero se ponga de acuerdo con el falso representante, si no existe contrato que los vincule.

Por otra parte, si bien hemos analizado diferentes legislaciones extranjeras para determinar cómo se regula la figura de la falsa representación, somos de la opinión que existen otros supuestos en los cuales, ni la ineficacia, ni la garantía o la anulabilidad, pueden darle solución. Por ende, analizaremos en el próximo acápite, un nuevo supuesto de falsa representación que está siendo utilizado para estafar a distintas personas de diferentes estamentos sociales que pretende adquirir bienes inmuebles para vivienda.

1.2 La Falsa Representación Anómala

Existe un supuesto de falsa representación que sería la excepción a la regla estipulada en el Art. 161º del Código Civil, que considera el acto celebrado como ineficaz. Dicho supuesto sería catalogado como representación anómala, porque el falso representante utiliza un poder falso para celebrar un contrato con un tercero contratante, que conoce sobre la falsedad de dicho poder. Por consiguiente, al existir dicha colusión entre el falso representante y el tercero contratante no podría ser alegado que el acto sea ineficaz, porque la ineficacia conlleva a que dicho acto pueda ser remediado mediante la ratificación, lo cual consideramos imposible en dicho caso; puesto que, la causa del negocio sería ilícita al contravenir una norma imperativa penal que indica "que no se pueden vender bienes inmuebles en donde haya recaído la figura de la estafa" (Art. 196-A inciso 4 del CP), por tanto, el único remedio aplicable a dicho caso sería el de la nulidad.

Al realizar el análisis de dicho caso en concreto, consideramos que el fin ilícito deviene de ambas partes; es decir, tanto del falso representante al utilizar un poder falso para despojar al falso representado de su propiedad como del tercero contratante, que conoce del hecho y aun así, pretende celebrar dicho acto para satisfacer su interés y perjudicar al verdadero propietario.

Con respecto al fin ilícito, Scognamiglio refiere lo siguiente: "la causa es ilícita cuando resulta contraria a normas imperativas (...)" (1996:170); es decir, a normas que imponen una sanción al autor de un comportamiento considerado como prohibido por el ordenamiento jurídico. Por su parte, Morales Hervías reforzando la opinión sostenida por el autor precedente indica que "la causal de nulidad por fin ilícito, contemplada en el numeral 4 del artículo 219 del CC, deberá entenderse como de aquel acto de autonomía privada cuya causa sea ilícita, por contravenir las normas imperativas; o las normas que interesan al orden público" (2011:227). Para este autor, el fin ilícito puede provenir del quebrantamiento de normas imperativas que deberán ser acatadas sin poder pactar en contra de las mismas.

De otro lado, Stolfi plantea sobre la causa del contrato lo siguiente: "se exige que la finalidad no sea ilícita, ya que no puede admitirse que el negocio jurídico sirva como medio para realizar algo reprobable: de ahí que el juez ha de hallarse en condiciones de ponderar si la finalidad pretendida es contraria a la Ley, a las buenas costumbres o al orden público" (1959: 40). Por último, Bianca señala que "El contrato contrario a normas imperativas es nulo, toda vez que la violación de la ley comporta un juicio sobre el carácter socialmente dañino, y por ende, de no merecimiento de tutela de la causa, que se podrá entonces calificar como ilícita" (2007: 640). Como podemos apreciar, dichos autores reafirman nuestra posición de que el acto celebrado por el falso representante con poder falso y en colusión con el tercero contratante es nulo porque su causa es ilícita, al quebrantar una norma imperativa penal que se caracteriza por ser de orden público; debido a que prescribe una sanción ante un comportamiento que ha sido prohibido por el legislador por contravenir principios jurídicos (sociales, económicos, culturales) que sirven de base para el ordenamiento jurídico.

a) Elementos y particularidades

La falsa representación anómala presenta los siguientes elementos: a) la actuación de un falso representante en nombre de otro (contemplatio domini), b) la no existencia de una relación jurídico representativa entre el falso representante y el falso representado, c) la existencia de un poder falsificado, d) la finalidad ilícita proveniente de ambas partes contratantes; es decir, del falso representante y el tercero contratante.

El primer elemento es la invocación del nombre del supuesto representado. Esto es determinante para dar a conocer, el modo en que se hace presente en la celebración del negocio; es decir, si por ejemplo el falso representante actuara en nombre propio, esto generaría que los efectos del negocio celebrado recaigan sobre su esfera jurídica; en cambio, si actúa en nombre de otro, este dá a conocer a la otra parte que los efectos del negocio no recaerán dentro de su ámbito jurídico patrimonial. Un segundo elemento es que no exista una relación jurídica representativa entre el falso representante y el falso representado; esto es, que en dicho supuesto no existan obligaciones de fidelidad ni de confianza que puedan generar deberes y derechos entre las partes; puesto que, muchas veces el falso representado nunca ha conocido al falso representante, y solamente evidencia su accionar, cuando ya ha sido despojado de su propiedad.

El tercer elemento es la existencia de un poder falsificado, que normalmente es elaborado o mandado a elaborar por el falso representante en escritura pública, para después ingresarlo al tráfico jurídico. Por ejemplo, se presentan casos en que muchos de estos poderes falsos son tan verosímiles que las personas que tienen a su cargo el ingresarlos a registros públicos por ejemplo, no pueden distinguir lo auténtico de lo ilegítimo, en consecuencia, se ven casos de poderes falsos ingresados a dicho ente sin que los verdaderos propietarios tomen conocimiento de dicho hecho. Por último, debe haber una finalidad ilícita que provenga de ambas partes; es decir, que la causa del contrato deberá contravenir una norma imperativa penal que prescriba un comportamiento prohibido por la ley, que haga referencia a que la estafa no podrá ser utilizada para vender bienes inmuebles, como es que sucede en nuestro caso de estudio; dado que, el falso representante y el tercero contratante, tienen conocimiento que están celebrando un negocio ilícito para despojar de su propiedad a un supuesto representado, no pudiendo ampararse en normas de buena fe contractual, para liberarse de responsabilidad.

A continuación analizaremos si es posible que la trasgresión de una norma de orden público pueda dar origen a la falsa representación anómala.

b) ¿Acto contrario a una norma de orden público?

Al definir el concepto de orden público, este autor lo define de la siguiente manera:

“Principios basilares de nuestro ordenamiento social; buena parte de tales principios encuentran expresión en la Carta Constitucional. Hace parte del orden público en particular, el respeto de los derechos fundamentales de la persona, y por lo tanto serán nulos los contratos lesivos de los derechos de la personalidad de las partes mismas cuando se superen los límites de disponibilidad de tales derechos” (Bianca 2007: 641). Para el autor precedente, el orden público comprende todos aquellos derechos de la persona tutelados en la Constitución. En ese mismo orden de ideas, Espinoza refiere “...el orden público está compuesto por los principios (no solo jurídicos sino sociales, económicos y morales, entre otros) sobre los cuales se basa la organización y estructura de la sociedad” (2010: 538). Por tanto, derechos como la vida, la integridad, el honor, la identidad estarían dentro del espectro de derechos protegidos por el orden público; es decir, los llamados, como hace referencia Espinoza, “derechos de la personalidad” (2014:201).

Por su parte Larroument plantea que “en cuanto al orden público en el sentido tradicional de la palabra, que se refiere esencialmente a la organización de los poderes públicos, al derecho de

familia y los atributos de la persona que están fuera del comercio, así como también en cuanto al orden público económico de dirección y las buenas costumbres, es esencialmente por medio del objeto y de la causa de los compromisos contractuales como se protege su respeto” (1993:180). En concordancia con lo anterior, Larenz indica que el orden público es “el conjunto de principios generales e instituciones jurídicas en que aquellas se basan, en cuanto estructura del ordenamiento”(1978:595). Para estos autores, el orden público estaría compuesto por las instituciones y los principios establecidos en la constitución como amparables por el ordenamiento jurídico.

Finalmente, podemos indicar que “en especial, el principio del “orden público” le permite al juez declarar la nulidad del negocio por ilicitud de la causa también en las hipótesis en que, faltando una prohibición expresa de la ley, sin embargo, el negocio entra en contraposición con los principios que sirven de fundamento al ordenamiento jurídico” (Breccia 1992: 903). Es decir, que en el caso de la falsa representación anómala si bien no se está vulnerando derechos de la personalidad, sí se estaría quebrantando una norma penal que tiene la característica de ser de orden público, puesto que, dicha norma prohíbe realizar un comportamiento determinado por el ordenamiento jurídico como prohibido: el de realizar compraventas en donde la estafa pueda estar incluida. Entonces podemos concluir que además de estar quebrantándose una norma imperativa penal en el caso de la falsa representación anómala, se vulneraría también el orden público, al ser la venta de inmuebles mediante la estafa una conducta prohibida por el ordenamiento jurídico, que trastoca el bienestar general de una colectividad.

c) ¿Acto contrario a una norma de buenas costumbres?

Debemos indicar antes de comenzar el análisis sobre las buenas costumbres, que para un sector de la doctrina, habría una “relación de género especie entre el orden público y las buenas costumbres” (Ferrand 2007: 91); y para otro, “el concepto de buenas costumbres estaría subsumido dentro del de orden público” (Espinoza 2002: 313). Por tanto, primero definiremos que es lo que debemos entender por buenas costumbres, para al final determinar si puede ser un supuesto que dé cabida a la falsa representación anómala.

Definimos el concepto de buenas costumbres de la siguiente manera: son “los preceptos negativos de la honestidad social, es decir, los preceptos que imponen al sujeto abstenerse de realizar actos contractuales contrarios al sentido común de honestidad” (Bianca 2007: 643). También estaría conformada “por aquellas normas imperativas, aun cuando no sean explícitas, pero que puedan obtenerse implícitamente del sistema legislativo, que comportan una valoración del comportamiento de los particulares en términos de moralidad o de honestidad” (Galgano 1992: 268). Y por tanto tendría los siguientes elementos: “uno objetivo, o sea; el uso o la práctica seguida por la generalidad de los ciudadanos; otro subjetivo, es decir, la convicción del juez de que tal uso o tal práctica no es contraria al sentimiento ético común” (Stolfi 1959: 271). De lo afirmado por aquellos autores podemos inferir que dicho concepto estaría ligado a la moral y al comportamiento catalogado como “correcto” por la sociedad. Por ejemplo, atentaría contra la moral y las buenas costumbres, el ejercer la prostitución; a pesar de que estaría lícitamente permitida.

Por consiguiente, si bien creemos que hay deshonestidad en el comportamiento del falso representante y el tercero contrante en el supuesto de representación anómala, no creemos que la norma quebrantada fuera de buenas costumbres, puesto que, las practicas socialmente permitidas o prohibidas, pueden no tener una sanción dentro del ordenamiento jurídico. Y lo

que nosotros buscamos es encajar el comportamiento del falso representante, en un dispositivo normativo que le aplique una sanción.

Por otro lado, se plantea que "las buenas costumbres son la moral dominante, debiendo deducirse sus exigencias de la forma de pensar del hombre medio decoroso; "la moral jurídica", que es en consecuencia, una moral inferior adaptada al ordenamiento jurídico" (Lehmann 1956: 59). Por último, Von Tuhr refiere acerca de las buenas costumbres lo siguiente:

La ley equiparara a la ilicitud una infracción cualquiera contra las buenas costumbres, si bien limita el deber de indemnizar a los casos en que el daño sea intencionado. Es un complemento que la ley establece para los casos en que no haya violación de derechos subjetivos ni de normas legales, produciéndose sin embargo, daños que el sentimiento jurídico no puede permitir que queden sin sanción. Sin embargo, como la inmensa mayoría de los intereses se hallan amparados por normas jurídicas o por derechos subjetivos, y además, los derechos de la personalidad protegen los valores más importantes de la vida humana, este precepto subsidiario encuentra muy reducido campo de acción (2007:215-216).

Como podemos apreciar, las buenas costumbres están amparadas a proteger derechos subjetivos, derechos de la personalidad y valores en sí mismos, no acciones que puedan cometer personas inescrupulosas con el fin de perjudicar el derecho de propiedad de un tercero. Para ello, la ley en su articulado prescribe normas imperativas que pretenden contrarrestar un comportamiento pernicioso tipificado como tal por el ordenamiento jurídico. En conclusión, somos de la opinión que las normas de buenas costumbres serían insuficientes para regular un supuesto de falsa representación anómala, por centrarse tanto en derechos de la personalidad como en cuestiones de probidad y moralidad.

d) ¿Acto contrario a una norma imperativa?

Luego de analizar el caso de las normas de orden público y de las buenas costumbres en función al supuesto de falsa representación anómala, nos introduciremos en el tema de la norma imperativa y su relación con la falsa representación anómala.

Para Espinoza, "el concepto de norma imperativa debe ser identificado con el de norma insustituible por la voluntad de los particulares, mas no debe ser, necesariamente, asimilado al concepto de orden público. El carácter de ineludibilidad (o de insustituibilidad) de una norma no coincide, forzosamente, con la idea de orden público" (2010: 536). En referencia a lo dicho por este autor podemos inferir que en el caso de falsa representación anómala, la norma utilizada para configurar el supuesto, es una de carácter penal que es "insustituible por la voluntad de las partes"; es decir, que las partes no podrán pactar en contra de la prohibición de no utilizar la estafa en la venta de bienes inmuebles. En concordancia con lo anteriormente citado, Barbero indica que las normas imperativas "son aquellas que, dictadas con miras a un interés que trasciende la esfera de los particulares, no admiten ser derogadas mediante pactos por aquellos que, en el caso concreto, están llamados a observarlas" (1967:77); es decir, que dichas normas ponen límites a la autonomía privada de los particulares y además, pueden contener un mandato o una sanción establecida para un comportamiento determinado.

Por su parte Larenz indica que las normas imperativas, "regulan las condiciones de la autonomía privada y de su ejercicio, como, por ejemplo, la capacidad negocial, los requisitos de una declaración de voluntad válida y, en tanto que existan tipos obligatorios, los tipos de

negocio lícitos" (1978: 42). Como este autor refiere, la norma imperativa sirve como límite para la actuación de los particulares al prescribir un determinado comportamiento que es en nuestro caso de estudio: el de la utilización de la estafa (por el falso representante), para vender un bien inmueble de propiedad de otra persona. En otro orden de ideas, Galgano en referencia a la nulidad y las normas imperativas, establece lo siguiente: "No es necesario que la nulidad este prevista por la ley como consecuencia de la violación de una norma imperativa; es suficiente que una norma imperativa haya sido violada" (1992:251). En opinión de este autor, un acto puede ser ilícito contrario a una norma imperativa, y no estar previsto como nulidad en la norma.

De otra parte, Bianca plantea en concordancia con el autor precedente lo siguiente:

El contrato contrario a normas imperativas es nulo, toda vez que la violación de la ley comporta un juicio sobre el carácter socialmente dañino, y por ende, de no merecimiento de tutela de la causa, que podrá entonces calificar como ilícita. La nulidad presupone, sin embargo, que el contrato sea el objeto de la prohibición; esta consideración se debe tener presente en relación con el problema de la incidencia de la violación de la norma penal sobre la validez del contrato (2007: 640).

De lo afirmado por este autor se puede inferir, que en el supuesto de falsa representación anómala: el falso representante celebra un contrato cuya causa es ilícita al contravenir una norma imperativa penal, que prescribe que la estafa no podrá ser utilizada en la venta de bienes inmuebles; y que por tanto, el contrato ha sido utilizado como el vehículo para ocultar la estafa.

Por su parte Mirabelli indica lo siguiente en relación con las normas imperativas: "Las normas imperativas, de acuerdo con la letra de la ley y la tesis aceptada aquí, no son las normas que prevén elementos, requisitos o cargas, es decir, normas a través de las cuales se puede reconstruir la *fattispecie negozial*, son las normas que imponen requisitos o cargas bajo pena de nulidad, que sancionan, esto es, con la nulidad, la inobservancia del precepto"⁷(1980:487). En palabras de este autor, las normas imperativas sancionan con nulidad su inobservancia. Por ejemplo, se sanciona con pena de nulidad, el que no se revista la formalidad requerida para el otorgamiento de poder de disposición.

En relación con la falsa representación anómala podemos señalar que se violenta una norma imperativa penal que prescribe que no pueden venderse bienes inmuebles en donde la estafa este presente. Si bien la norma imperativa penal no sanciona con nulidad su inobservancia, al ser también una norma de orden público, prescribe una prohibición contra dicho comportamiento.

En otro orden de ideas, Gallo plantea sobre las normas imperativas lo siguiente: "Se considera todavía que en realidad la distinción entre normas imperativas de interés general o particular es lejos de ser segura, con la consecuencia de dejar al intérprete un margen de exageración tal vez excesiva; con el debido respeto a la certeza de la ley, así como del interés de los privados de

⁷ Traducción Libre por la autora. "Norme imperative, secondo la lettera della legge e la tesi qui accolta, non sono le norme che prevedono elementi, requisiti od oneri le norme, cioè, attraverso le quali può essere ricostruita la *fattispecie negoziale*, ma sono le norme che impongono requisiti od oneri *a pena di nullità*, che sanzionano, cioè, con la nullità l'inosservanza del precetto".

saber con certeza cuándo un contrato es nulo y cuándo no lo es”⁸ (2014: 832). Para dicho autor, el que el haya una distinción entre norma imperativa privada y de interés general, ocasiona que el intérprete pueda cometer equivocaciones por el amplio margen de interpretación que se deja al arbitrio. Además, esto puede perjudicar a los particulares porque no van a reconocer cuando se encuentren frente a un contrato nulo, debido a que, algunos autores consideran que la norma imperativa es de carácter particular y no general. Y solo se debe aplicar la nulidad por norma imperativa cuando se trastoque intereses de particulares no públicos.

En nuestra opinión, la norma imperativa tiene carácter general puesto que, prescribe un comportamiento que debe ser seguido obligatoriamente por todos los particulares, o establece una prohibición, por ejemplo: en caso de las normas imperativas penales, estas prescriben un determinado comportamiento que está reprimido por el ordenamiento jurídico, por tanto, es aplicable una sanción para disuadir la repetición de dicha conducta.

En cuanto a la falsa representación anómala, consideramos que dicho contrato es nulo porque quebranta una norma imperativa de interés general, que establece una determinada prohibición en referencia a la venta de bienes inmuebles en donde la estafa se encuentre inmersa. No consideramos que la norma imperativa tenga que regular solamente intereses particulares; empero, puede también regular intereses de una colectividad, como es el caso de la norma imperativa penal.

1.3 Análisis del negocio jurídico celebrado por el falso representante anómalo

Después de haber realizado el análisis de los elementos y particularidades que engloba la figura de la falsa representación anómala, no centraremos en examinar el contrato celebrado por el falso representante anómalo, sus principales características y los distintos escenarios en los cuales los involucrados (falso representante, falso representado y tercero contratante) se relacionan. No obstante, primero realizaremos un breve estudio sobre la figura de la representación y el apoderamiento, para determinar si en el negocio jurídico del falso representante anómalo dichas figuras estarían presentes.

En primer término, debemos indicar que no existe un acto de representación que abarque todos sus elementos, tal como Bianca describe: “...La representación es el poder de un sujeto (el representante) de realizar actos jurídicos en nombre de otro sujeto (representado). Esta noción que identifica la representación en el obrar en nombre ajeno, se refiere propiamente a la representación directa” (2007:92). Porque el falso representado nunca le ha conferido facultades al falso representante para que obre en su nombre e interés. Si bien, esta presente la *contemplatio domini*, que es la invocación del nombre de otro, en muchas ocasiones, el falso representado desconoce la identidad del falso representante anómalo e inclusive, nunca se entabla una relación jurídica representativa con este último.

Por otro lado, Espinoza refiere acerca de la representación lo siguiente: “el negocio de otorgamiento de poder es un acto jurídico unilateral de carácter recepticio por medio del cual una persona, denominada representado o *dominus* otorga facultades para que otra persona,

⁸ Traducción Libre por la autora. “Si consideri ancora che in realtà la distinzione tra norme imperative di interesse generale o particolare é tutt’altro che sicura, con la conseguenza di lasciare all’interprete un margine di manovra forse eccessivo; con buona pace della certezza del diritto, nonché dell’interesse dei privati di sapere con certezza quando un contratto é nullo e quando non lo é”.

denominada representante, actúe en su nombre e interés. Con la aceptación (expresa o tácita) del representante surge la relación jurídica representativa" (2010:103). Es decir, que para que se configure la representación, el falso representante debe de haber recibido una declaración de parte del falso representado, autorizándolo a celebrar negocios en su nombre. Suceso que en la falsa representación anómala nunca ocurre porque no existe como lo citamos en líneas anteriores, una relación jurídica representativa entre el falso representante anómalo y el falso representado, al este último, no haberlo escogido por sus características personales; además, de no existir deberes de fidelidad y de confianza entre ellos.

Por último, Breccia indica sobre la representación lo siguiente: "La función de la figura de la "representación" es, por tanto, la de permitirle a un sujeto (representante) cooperar con otro (representado) en el desenvolvimiento de una actividad que concierne a la esfera de intereses jurídicos del representado, al mismo tiempo que se proyecta hacia afuera, frente a terceros" (1992:703). Como se observa, en la figura de la falsa representación anómala, no existe una cooperación que se instrumente a base de un poder válidamente otorgado por el falso representado, debido a que, el falso representante anómalo, es quien falsifica o manda a elaborar un poder falsificado para después ingresarlo a tráfico jurídico.

Segundo, en relación a si existe un acto de apoderamiento, tal como lo define Díez-Picazo: "...Aquel acto jurídico por virtud del cual una persona (dominus negotii o principal), **concede u otorga voluntariamente a otra un poder de representación...**" (1979: 322)(El subrayado es nuestro). Consideramos que no, porque el falso representado, jamás otorga un poder de representación para que el falso representante anómalo, disponga de sus bienes. Es este último, el que adultera o manda a elaborar dicho poder. De otro lado, para Larenz, "el acto de otorgamiento de poder es el <<apoderamiento>>; quien ha otorgado el poder es designado como "poderdante", y aquel a quien se ha otorgado el poder, esto es, el representante, recibe el nombre de "apoderado" (...). También, denominan <poder> al documento en que consta el apoderamiento" (1978: 796-797). En el caso de la falsa representación anómala, el acto de otorgamiento de poder es nulo, porque la causa/fin del negocio es ilícita, al utilizarse para quebrantar una norma imperativa penal. Debido a que, se emplea como instrumento para celebrar un contrato de compraventa con un tercero contratante coludido, con el único objetivo de despojar de su propiedad al falso representado. Por lo tanto, coincidimos en señalar que "el acto y el documento son consustanciales y forman una sola entidad jurídica, por lo que la nulidad del documento acarrea la nulidad del acto jurídico que lo contiene" (Espinoza 2010:567). Es decir, que si el falso representado solicitará la nulidad del poder falsificado, utilizado para la venta de su inmueble, el acto de apoderamiento contenido en dicho documento también devendría en nulo, al ser como indica el autor precedente, una sola unidad.

Tercero, en relación al contrato celebrado por el falso representante anómalo, somos de la opinión, que dicho contrato es inválido, tal como refiere Roppo "la invalidez designa una calidad del contrato, en cuanto expuesto a remedios contractuales (como la nulidad y la anulación). Los remedios sirven para bloquear los efectos del contrato; en otras palabras, a hacerlo ineficaz" (2009:676). Es decir, que el contrato celebrado por el falso representante estaría comprendido dentro de la categoría de la invalidez, siendo comprendido dentro de la nulidad absoluta o como Roppo refiere ineficacia absoluta: "la que puede generalmente hacerse valer sea entre las partes, sea por los terceros, sea contra los terceros. En ese sentido, están afectados por la ineficacia absoluta solo el contrato nulo y el contrato condicionado"

(2009:679). Por otro lado, Bianca plantea acerca de la nulidad lo siguiente: "la inidoneidad definitiva de del acto para producir sus efectos propios, teniendo presente que el contrato nulo es ineficaz o sin efectos desde su origen; nulidad opera de derecho y puede ser verificada judicialmente en cualquier momento" (2007:634). Para este autor, la nulidad absoluta estaría desprovista de efectos desde el inicio, como ocurriría en el caso de la falsa representación anómala, sin embargo, debemos aclarar que si bien en un principio el acto celebrado por el falso representante anómalo, surte todos sus efectos al haberse realizado la transferencia de propiedad al tercero contratante coludido, mediante la utilización de un poder falsificado; el falso representado podrá invocar la nulidad de dicho contrato en base al Art 219° inciso 4, que regula la nulidad por fin ilícito. Puesto que, consideramos que la causa/fin práctico del negocio es ilícita al contravenir una norma imperativa penal que prescribe que no se puede vender bienes inmuebles en donde la estafa este inmersa (Art. 196-A inciso 4 Código Penal, tal como refiere Morales Hervias: "en conclusión, la causal de nulidad por fin ilícito, contemplada en el numeral 4 de artículo 219 del CC, deberá entenderse como de aquel acto de autonomía privada cuya causa sea ilícita, por contravenir las normas imperativas; o las normas que interesan al orden público o las buenas costumbres" (2011:227-228). Para poder entender mejor dicha figura lo ejemplificaremos así:

Primer Escenario (Primera Compraventa)



Asimismo, podemos observar que las partes contratantes utilizan el contrato celebrado con poder falsificado como vehículo para despojar de su propiedad al falso representado. Evidenciando así, la ilicitud de dicho negocio. En referencia a la ilicitud Galgano plantea lo siguiente: "el concepto de ilicitud manifiesta una contravención del contrato con el ordenamiento jurídico (...); supone reprobración por el resultado que las partes, mediante el contrato se proponen realizar (...)" (Galgano 1992:265). Es decir, que las partes contratantes mediante sus conductas ilícitas buscan obtener un beneficio que les permita incrementar su patrimonio, utilizando la figura de la falsa representación y la estafa.

De otro lado, al analizar la causa como "una función (económico) individual, es decir, como, función del negocio en particular, a través del cual las partes pretenden regular sus propios y específicos intereses" (Espinoza 2010:83), y "como finalidad del acto jurídico y que ha sido tomada como motivo determinante de su celebración" (Espinoza 2010:518), podemos indicar, que en el caso de la falsa representación anómala, la ilicitud de la causa se configura cuando las partes contratantes concuerdan sus voluntades para cometer un delito. Visto que, quebrantan de manera deliberada una norma imperativa penal.

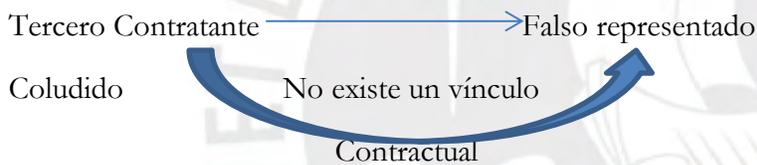
Bajo ese mismo orden de ideas, Bianca indica sobre la causa ilícita lo siguiente: "El contrato contrario a normas imperativas es nulo, toda vez que la violación de la ley comporta un juicio sobre el carácter socialmente dañino, y por ende, de no merecimiento de tutela de la causa, que se podrá entonces calificar como ilícita". (2007:640). En consecuencia, podemos reiterar que en nuestro caso de análisis, el contrato celebrado entre las partes contratantes contiene una causa

ilícita que contraviene lo dispuesto por el ordenamiento jurídico, lo que genera que el contrato sea viciado con nulidad al no haber pasado el "filtro de licitud"(Espinoza 2010:518).

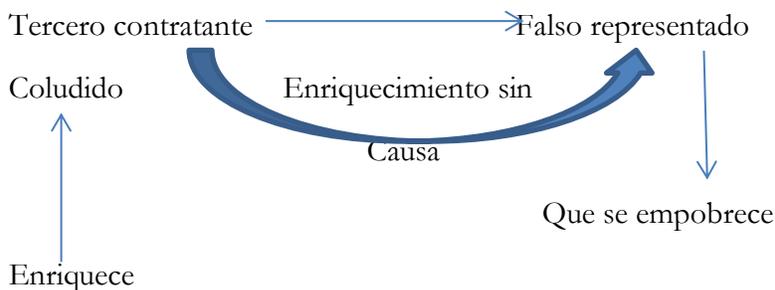
Por otro lado, en relación a violación de la norma penal derivante de un contrato nulo, el mismo autor plantea que "la nulidad presupone, sin embargo, que el contrato sea el objeto de la prohibición; esta consideración se debe tener en relación con el problema de la incidencia de la violación de la norma penal sobre la validez del contrato" (Bianca 2007: 640). Tal como ocurre en nuestro caso de estudio, en donde la nulidad por finalidad ilícita se deriva de la violación de una norma imperativa penal que regula la estafa sobre los bienes inmuebles.

Finalmente, debemos indicar que la transferencia de propiedad de parte del falso representante anómalo hacia el tercero contratante coludido, fue realizada. Es decir, que si hubo transferencia traslativa de propiedad (Art. 949° del Código Civil y Art. 1529° del Código Civil) y por ende, el tercero contratante tendría la posesión del bien inmueble. Puesto que, nos situamos en el caso de que el falso representado se entera de la transferencia cuando ya no puede disponer de su bien inmueble. Por consiguiente, si se declara nulo el acto celebrado por el falso representante anómalo, el tercero contratante solo puede ser considerado poseedor no propietario y además, ilegítimo de mala fe, al poseer un título inválido. Por consiguiente, se le podría considerar como precario, Art. 911° del Código Civil, y no estaría protegido por el Art. 2014° del Código Civil al evidenciarse su mala fe en la celebración del contrato.

Segundo Escenario



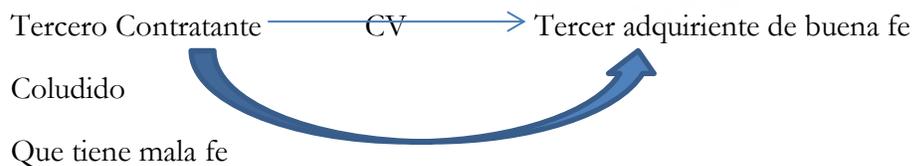
En este segundo gráfico podemos observar, que no existe un vínculo contractual entre el falso representado y el tercero contratante coludido. En consecuencia, el remedio de la ratificación no podría ser de utilidad en el caso de la falsa representación anómala porque el falso representado no es parte contractual de manera formal. Y además, si el falso representado ratificara dicho contrato proveniente de un delito, atentaría contra el orden público. Es decir, cuando "el negocio entra en contraposición con los principios que sirven de fundamento al ordenamiento jurídico" (Breccia 1992: 903). Lo único que podría ejercitar el falso representado es el remedio de la restitución a través de la figura del enriquecimiento sin causa, como lo expondremos en el siguiente gráfico.



En palabras de Fernández Cruz, "para que se dé la configuración del enriquecimiento sin causa, entonces deben concurrir cinco requisitos, a saber: el enriquecimiento, el empobrecimiento, la relación de causalidad, entre el enriquecimiento y el empobrecimiento, la falta de causa que justifique el enriquecimiento y la subsidiariedad de la acción in rem verso" (2015:391). Es decir, que para nuestro caso de estudio: **a) el enriquecimiento**, estaría configurado en la "adquisición de la posesión de la cosa"(Fernández Cruz 2015:392) de un bien inmueble; en nuestro caso de estudio, por parte del tercero contratante coludido, **b) el empobrecimiento**; se representa como la disminución patrimonial que sufre el falso representado en el caso de la falsa representación anómala, al ver sustraído de su patrimonio un bien de su propiedad; **c) la relación de causalidad entre el enriquecimiento y el empobrecimiento**, se estructuraría con la existencia de "un nexo causal entre el enriquecimiento y el empobrecimiento, que uno es causa de otro o consecuencia de otro. La ventaja patrimonial de enriquecido con el detrimento patrimonial del perjudicado justifica su restitución. Debiéndose entender que el origen de la pérdida y la ganancia debe provenir de una misma circunstancia" (Fernández Cruz 2015:394); en nuestro caso de análisis, el nexo causal estaría ligado a la celebración de un negocio fraudulento (utilizando la figura de la falsa representación y la estafa), mediante el cual, el tercero contratante se ha enriquecido; por su parte, la consecuencia tendría lugar, cuando el falso representado sufría una disminución en su patrimonio; **d) la falta de causa que justifique el enriquecimiento**, debe entenderse como bien señala Fernandez Cruz citando a Bianca: "cuando la ventaja económica conseguida a cargo de otros no está justificada por un interés merecedor de tutela"(2015:396). Vale decir, en nuestro caso de estudio, cuando el incremento patrimonial de parte del tercero contratante no se justifica al haber utilizado la estafa como vehiculo para su obtención; por ultimo, **e) la subsidiariedad de la acción in rem verso**; se configura cuando dicha acción no pueda ser utilizada si se tiene otra vía más idónea para reparar el perjuicio patrimonial sufrido. En el caso de la falsa representación anómala, si bien existe el remedio de la responsabilidad civil, consideramos que este último, seria impracticable y de poca utilidad al encontrarnos con dos sujetos que pueden resultar insolventes y no tener bienes en su patrimonio que se puedan embargar. Por tanto, consideramos que la vía del enriquecimiento sin causa, es la más idónea para lograr la restitución patrimonial.

Tercer Escenario (segunda compraventa)

Aunque nuestra posición inicial, es la de considerar al tercero contratante adquirente de mala fe, en la **primera compraventa**, analizaremos el escenario en que en la **segunda compraventa** nos encontramos con un tercer adquirente de buena fe.



Y que tiene el bien en posesión

En el caso antes descrito, podemos observar que el tercero contratante de mala fe, transfiere el bien a un tercero adquirente que desconoce que el bien transferido proviene de un ilícito. Frente a este escenario nos preguntamos: ¿procedería la restitución del bien por parte del falso representado quien ha sido víctima de la estafa concertada entre el falso representante anómalo

y el tercero contratante coludido? ¿La protección del Art. 2014° del Código Civil estaría habilitada para el tercero de buena fe en este caso en particular? ¿El falso representado podría recuperar su propiedad de quien la posea? ¿Qué remedio estaría habilitado para el tercero adquirente de buena fe?, todas estas interrogantes serán respondidas mientras analizamos el contrato celebrado por el tercero contratante coludido en esta segunda transferencia.

En primer lugar, consideramos que este **segundo contrato** puede ser objeto de nulidad por fin ilícito, debido a que, el vendedor (tercero contratante de mala fe, de la primera compraventa), tiene pleno conocimiento de que el bien que tiene en su posesión, ha sido obtenido quebrantando una norma imperativa penal (Art. 196° inciso 4 Código Penal) y utilizando la figura de la falsa representación. Por tal motivo, el falso representado podría pedir la nulidad de este segundo contrato amparándose en el Art. 219° inciso 4 del Código Civil.

Debido a que, la falsificación de títulos, aun cuando estén inscritos, no genera protección al tercero de buena fe, ni al cuarto, ni al quinto, por defecto de la inmunidad de la que goza el propietario, según el Art. 70° de la Constitución, por lo cual, su derecho es inviolable, es decir, nadie puede perder el derecho en contra la voluntad por causas extrañas o anómalas. Por tanto, sería falto de lógica que la inviolabilidad consagrada por la norma fundamental pudiese ser destruida fácilmente, y de manera deshonesta o arbitraria, como ocurre con una falsificación o fraude (González Barrón 2015:144).

Concordamos con lo planteado por el autor precedente, en cuanto a que el ordenamiento jurídico no puede preferir amparar a un tercero contratante que si bien puede tener buena fe, su adquisición proviene del quebrantamiento de una norma penal imperativa. Inclusive, podría ser considerado cómplice, de la estafa, en virtud a que, en el Perú han habido casos como el del la red Orellana en donde se utilizaba las falsificaciones de documentos y la estafa para comprar y vender bienes inmuebles o terrenos, los cuales eran adquiridos mediante testaferros. Tal como refiere Herrera Velarde “«Testaferro» o «testa de ferro», son términos que derivan de la lengua italiana para definir a aquella persona que «presta su nombre o aparece como parte en algún acto, contrato, pretensión, negocio o litigio, que en verdad corresponde a otra»” (2004:205). En otro orden de ideas Enneccerus se refiere al hombre de paja como lo siguiente: “si la otra persona y esta de acuerdo con que la persona oculta adquiera derechos y contraiga obligaciones, el negocio contraído solo en apariencia con el hombre de paja es nulo” (1981:459). Por tanto, consideramos que el Art. 2014° del Código Civil no puede ser de aplicación para el caso de la falsa representación anómala, en la que el tercero contratante de mala fe, realice una segunda transferencia a un tercer adquirente de buena fe, porque “la fe registral no protege las falsificaciones o suplantaciones, aun cuando se trate de tercero de buena fe, pues debe privilegiarse la propiedad legítimamente adquirida” (González Barrón 2015: 145). Bajo esa misma perspectiva Mendoza del Maestro indica al referirse sobre una segunda ponencia lo siguiente:

La fe pública registral no protege a los terceros de buena fe cuando se trata de vicios radicales de nulidad, como es el caso de la falsificación de los títulos, pues el Artículo 70 de la Comisión del Estado, dice que la propiedad es inviolable, lo que no es coherente si admitimos que un titular pueda ser despojado fácilmente a través de una falsificación. El Artículo 2014 del Código Civil debe leerse desde la perspectiva constitucional de protección de la propiedad, evitando que los actos ilícitos consumen derechos (2016:33).

Es decir, que en el caso de esta segunda compraventa, el derecho de propiedad de falso representado debe de ser preferido por sobre la protección que el ordenamiento jurídico otorga al tercero adquirente de buena fe (Art. 2014° del Código Civil). Puesto que, el ordenamiento jurídico no puede amparar su protección sobre la base de un delito como lo es en nuestro de estudio la estafa sobre bienes inmuebles utilizando para ello, la figura de la falsa representación anómala.

Por su parte Breccia refiere acerca de la adquisición de un bien inmueble de buena fe lo siguiente: "si un negocio es nulo, la ineficacia absoluta de la primera transferencia se refleja en los sucesivos actos de disposición, aunque se haya realizado de buena fe (...)" (1992:928). Para este autor, es indiferente que el tercero adquirente tenga buena fe, en vista de que, el contrato celebrado en la primera compraventa viciado de nulidad, genera que las sucesivas transferencias sigan la suerte del primer contrato. Como ocurre en nuestro caso de estudio, en el cual, el primer contrato es considerado nulo por finalidad ilícita. Bajo esa misma óptica, Bianca indica lo siguiente: "quien adquiere un bien sin fraudes tiene que poder contar, razonablemente, con su adquisición (...)" (2007:597). Es decir, que en el caso de la falsa representación anómala, el tercero de buena fe que adquiere de una persona que haya estado involucrada en una estafa que genera que el primer contrato sea declarado nulo por finalidad ilícita, no podrá conservar su adquisición en base a la protección de la apariencia (Art. 2014° del Código Civil), porque la invalidez del primer contrato sigue en las transferencias futuras. Además, la protección al tercero adquirente de buena fe debe excluir los casos en los cuales, la nulidad del primer contrato, quebrante una norma imperativa penal, que genere que la causa del contrato sea ilícita.

Después de realizar todo este análisis, responderemos a las interrogantes antes planteadas: Con respecto a si procedería la restitución del bien en el caso de que el tercero contratante coludido (vendedor) celebre un contrato con un tercero adquirente de buena fe, consideramos que si es posible por que el ordenamiento jurídico no puede amparar la protección que otorga al tercero adquirente de buena fe sobre la base de un contrato nulo, y en cual, se ha utilizado la figura de la estafa mediante un poder de representación falsificado para despojar de su propiedad al legítimo propietario. En lo referente al remedio que tendría que ejercitar el tercero contratante de buena fe, somos de la opinión que debería de ejercitar el remedio de la responsabilidad civil. En vista de que, pueda obtener por parte del Estado una reparación que pueda satisfacer su interés; debido a que, este último, es responsable por el ingreso a la institución de registros públicos, de títulos inválidos. Puesto que, tenemos un mecanismo costoso que no brinda una adecuada protección ni a los terceros adquirentes de buena fe, ni a los titulares de derechos inscritos. Y por último, en referencia a si la protección del Art. 2014° del Código Civil estaría habilitada para el tercero de buena fe en nuestro caso de análisis, como lo describimos en líneas anteriores, dicha protección no estaría habilitada al tercero adquirente de buena fe porque "la falsificación no produce derechos" (González Barrón 2015:16).

1.4 Posición de la Jurisprudencia frente a dicho fenómeno

La jurisprudencia comparada no es unánime al referirse sobre la falsa representación debido a que, considera que dicho acto no debería imputarse al falso representado por considerarlo ineficaz, y en otros casos; nulo por falta de manifestación de voluntad del representado o ilícito, porque el fin perseguido por las partes (falso representante y tercero contratante) está destinado a perjudicar al falso representado (falsa representación anómala).

Por ello empezaremos a analizar la jurisprudencia italiana para darnos una aproximación sobre el tema abordado por esta tesis.

a) Italia

“En el caso del falso representante, la jurisprudencia italiana en su cas.4258 del 14 de mayo de 1997 plantea “el negocio celebrado por el *falsus procurator* no es nulo, como tampoco anulable, sino ineficaz frente al dominus hasta la ratificación de este; dicha ineficacia (temporal) no es declarable de oficio, sino ante la excepción del seudorepresentado, y no del otro contratante, al que solo le compete eventualmente el resarcimiento del daño sufrido al haber confiado sin culpa en la operatividad del contrato” (Bianca 2007:127). Si bien dicha casación indica que el acto celebrado por el falso representante puede ser ratificado, nos preguntamos ¿qué pasaría en el supuesto de que el falso representante en colusión con el tercero contratante trate de perjudicar al dominus concertando un fin ilícito? ¿El falso representado podría ratificar dicho acto si proviene de un ilícito? Nosotros somos de la opinión de que no podría ratificar dicho acto por ser considerado nulo, y en consecuencia, no se podría utilizar la conversión ni la ratificación al devenir dicho acto de la violación de una norma imperativa de carácter penal.

Siguiendo con nuestro análisis en el sistema italiano, en su cass. 11.10.1999, n 11396, se indica que “el negocio concluido por el *falsus procurator* no es jurídicamente inexistente, y tampoco nulo o anulable pero simplemente ineficaz respecto al dominus hasta que no intervenga la ratificación”⁹(Sapone 2011:78). Como se aprecia, la ineficacia es el remedio por excelencia aplicado para los casos de falsa representación. No obstante, consideramos que en caso que el falso representante utilice un poder falsificado para despojar de su propiedad al falso representado, el remedio utilizado sería el de la nulidad, cuyo efecto produciría la restitución del inmueble. Sin embargo, la restitución como efecto de la nulidad, prevé que las partes contratantes restituyan las prestaciones de las cuales fueron objeto del contrato; si bien consideramos que la nulidad es el remedio aplicado en el caso de la falsa representación anómala; por el contrario, para el caso del remedio por el cual el falso representado podría pedir la restitución del inmueble, consideramos que deberíamos aplicar la vía del enriquecimiento sin causa, porque la nulidad como efecto tendría como consecuencia que el tercero contratante restituya la propiedad y que el falso representante devolviera el dinero recibido; pero, si se trata de una estafa por medio de la falsa representación, donde ambas partes se han coludido, resulta ilógico que el falso representante devuelva un dinero que nunca existió.

Por otro lado, la misma casación hace referencia a que el acto del falso representante no sería inexistente ni anulable, posición con la cual concordamos puesto que, la actuación del falso representante en el supuesto de representación anómala no admite que dicho acto pueda ser confirmado ni considerado inexistente porque sí se puede identificar el negocio jurídico que se está celebrando, en el caso de estudio, se trata de una compraventa que está viciada desde su origen con la nulidad.

De otro lado, en relación a la nulidad en el caso del falso representante la jurisprudencia italiana plantea en la cass. 6.12.1984, n. 6423 lo siguiente: “La eventual nulidad de la procura,

⁹ Traducción Libre por la autora. “il negozio concluso dal *falsus procurator* “non é giuridicamente inesistente, e neppure nullo o annullabile, ma semplicemente inefficace nei confronti del *dominus* finché non intervenga la ratifica”.

produciendo el efecto de privar al procurador de los poderes de representación y de atribuirle por tanto el título de *falsus procurator*, determina la inevitable consecuencia de la nulidad del negocio en el cual se coloque en nombre y por cuenta del representado, sin posibilidad de identificar un negocio aparente de considerarse válido y eficaz¹⁰(Sapone 2011:76). Como se puede observar en esta casación se indica que el negocio celebrado por un *falsus procurator* es nulo por considerarlo privado de efectos; es decir, no podrá ser calificado como válido porque el remedio de la ratificación no podrá ser ejercitado para subsanarlo. Es por ello, que dicho supuesto puede ser considerado de representación anómala, en vista de que, no es posible utilizar la ratificación como elemento esencial para el perfeccionamiento del negocio. Inclusive, la teoría de la apariencia no podría ser utilizada pues, la apariencia debe ser creada por el dominus; y en el caso de la falsa representación anómala, el dominus no la crea y a su vez desconoce la identidad del tercero contratante.

Otro caso en donde podemos apreciar la nulidad, está en la cass.18 gennaio 1949 n.50 e v. 16 gennaio 1956 n. 97, en la que se indica "aunque se ha añadido que en el caso se trata de una nulidad relativa(tal, es decir, con respecto al interesado), y puramente pendiente hasta que no sobrevenga la ratificación"¹¹(Natoli 1977:122). En dicha casación se observa, que la actuación del falso representante puede ser remediada si se utiliza la ratificación; no obstante, creemos que el remedio utilizado frente a la nulidad relativa o anulabilidad es la confirmación. Por consiguiente, si hubiese un vicio de la voluntad tal como la intimidación, dolo, violencia o hubiese sido un negocio simulado; el acto solo podría ser confirmado por el falso representado. Sin embargo, en el caso de la representación anómala en donde el falso representante utiliza poderes falsos y se colude con el tercero contrante, dicho acto no podría ser remediado con la confirmación, puesto que, consideramos que dicho acto está viciado con nulidad absoluta, al tener un fin ilícito que proviene de las partes involucradas en la celebración del contrato.

Por último, en la cass. 18 gennaio 1949 n. 50 se pronuncian de la siguiente manera: "la mayoría se adhiere a la nulidad"¹²(Mirabelli 1980: 395). En dicha casación se indica que la actuación del falso representante estará revestida de nulidad porque falta un elemento esencial en la estructura del contrato que lo hace inválido. No obstante, no consideramos que falte el elemento de la manifestación de voluntad, porque el falso representante es el que actúa negocialmente; por el contrario, consideramos que lo que vicia de nulidad al acto es el fin ilícito, puesto que, el falso representante se colude con el tercero contratante con un poder falsificado para perjudicar al falso representando. Por tanto, el único remedio que podría utilizar el falso representado para recuperar su propiedad en caso de que ya se haya transferido al tercero contrante, es el de la restitución; proveniente de la nulidad del contrato.

¹⁰ Traducción Libre por la autora. "l' eventuale nullità della procura, producendo l'effetto di privare il procuratore del potere di rappresentanza e di attribuirgli perciò la qualifica di *falsus procurator*, determina come ineluttabile conseguenza la nullità dei negozi da lui posti in essere in nome e per conto del rappresentato, senza possibilità di individuare un negozio dissimulato da considerare valido ed efficace".

¹¹ Traducción Libre por la autora. "anche se si è aggiunto che nella specie si tratta di una nullità relativa (tale, cioè, nei confronti dell'interessato) e puramente pendente <<sinché non sopravvenga la ratifica>>".

¹² Traducción Libre por la autora. "ma i piú opinano per la *nullità*".

Finalmente, podemos establecer que la jurisprudencia italiana distingue dos casos de falsa representación, el primero hace alusión al remedio de la ratificación como elemento indispensable para revertir la ineficacia del acto celebrado sin poder de representación; en segundo lugar, se hace referencia a la nulidad del acto del falso representante que puede provenir de un fin ilícito, opinión que defendemos; es decir, que la causa del contrato persiga un fin contrario a lo establecido por el ordenamiento jurídico y que conlleve a que dicho acto solo pueda ser remediado por medio de la restitución o el resarcimiento.

A continuación examinaremos la postura jurisprudencial española en torno a la figura de la falsa representación.

b) España

La jurisprudencia española identifica dos supuestos de falsa representación en donde se puede identificar dos posiciones; la primera, en la que el acto del falso representante es catalogado como ineficaz y susceptible de ser remediado por medio de la ratificación; y en segundo lugar, la de la nulidad del acto celebrado por un falso representante que no tuvo el consentimiento de su representado, o que el fin que perseguía dicho negocio, era ilícito.

A continuación analizaremos dichos supuestos:

En la sentencia n°44/2016 (Audiencia Provincial) del 4 de Marzo del 2016, se indica lo siguiente:

Por tanto, la cuestión que se plantea en autos y debe resolver esta Sala - quaestio iuris - es si el poder de representación que implica un mandato con representación, alcanza a disponer de una concreta finca, como donación a una concreta persona (su pareja de hecho). **De admitirse, debería desestimarse la demanda. De no aceptarse, se daría el caso de que el mandatario, representante, carece del consentimiento para contratar porque no tiene el poder para ello y el mandante representado no ha dado su consentimiento en el poder (que no incluye tal concreta disposición) ni lo ha ratificado, es decir, añadido el elemento que faltaba (el consentimiento) al contrato de donación, por lo cual carece ésta de elementos del contrato (artículo 1261.1º del Código civil) lo que provoca la inexistencia o nulidad radical** (El subrayado es nuestro). Tal como dice la sentencia de 23 octubre 1980, refiriéndose a un caso de actuación de una persona sin poder de representación en el que destaca la posibilidad de ratificación: el negocio concluido en nombre de una determinada persona sin poder de representación de ésta, o con extralimitación de poder, pueda ser ratificado por la persona cuyo nombre se otorgó, dado que esa posibilidad de ratificación imprime un carácter especial al negocio en que la representación interviene, haciendo de él no un acto propiamente inexistente, sino un negocio jurídico en estado de suspensión subordinado a una conditio juris, de tal modo que, en definitiva, si la ratificación se produce, se considera el negocio como válido y eficaz desde el principio (Poder Judicial España 2016).

En dicha sentencia se analizan dos casos, el primero se indica que los efectos del acto ineficaz se suspenden hasta que el falso representado ratifique el acto celebrado sin poder de representación; posteriormente, se indica un segundo caso en que el acto celebrado sin poder de representación, es calificado como nulo por carecer de manifestación de voluntad del falso representado y por defecto de ratificación del acto.

Como podemos apreciar, se hace evidente el error del órgano resolutorio al determinar que el acto del falso representante es nulo por falta de manifestación de voluntad del supuesto representado; puesto que, dicho acto no carece de falta de manifestación de voluntad porque quien actúa negocialmente es el falso representante no siendo necesaria la manifestación de voluntad del supuesto representado.

De otro lado, el Auto nº 55 (Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo civil y de lo penal) del 2 de julio del 2014 indica sobre el falso procurador lo siguiente:

B) Más aún, es importante recordar algo tan obvio como que el pronunciamiento relativo a la inexistencia de poder dado por PRADUL S.L. a PROLEAL S.A., efectuado en la SAP Almería 28 diciembre 2009, que resolvió un litigio habido entre ambas entidades, y relativo a la resolución del contrato existente entre ambas por incumplimiento, de ninguna manera es vinculante para pleitos suscitados por terceras personas (los compradores). Y no sólo porque el efecto de cosa juzgada no se produce cuando no hay identidad de partes, sino también porque aun siendo cierto que no existiera apoderamiento alguno (es decir, aunque no lo hubiera ni documentado ni tampoco verbal o tácito), la consecuencia ineluctable no sería la nulidad prevista en el artículo 1.259 CC., sino que la vinculación de la dueña del solar por los contratos efectuados por la contratista podría derivar de la figura de la representación aparente pues, como es sabido, cuando el *falsus procurator* tiene apariencia de representación, la inexistencia de poder no perjudica al tercero que contrata confiando de buena fe en esa apariencia de representación(...) (Poder Judicial España 2014).

Como se observa, en dicho auto se hace referencia a la figura de la apariencia y se la relaciona con la actuación del falso representante, indicando que habría casos en los cuales a pesar de la intervención del falso representante, el contrato celebrado no sería ineficaz sino válido. No obstante, somos de la opinión que dichas figuras son contrapuestas y fácilmente diferenciables. En principio, si hablamos de la teoría de la apariencia esta se da en dos supuestos: a) el primero, cuando el dominus crea la apariencia de poderes del falso representante ante el tercero contratante, b) el segundo, cuando el tercero crea dicha apariencia cayendo en un error excusable. En ambos casos, se entenderá que el acto realizado será considerado válido y eficaz. En contraposición con el caso del falso representante, nosotros indicamos que dicho acto jamás podría calificarse de válido y eficaz, debido a que, si estamos ante un supuesto de nulidad proveniente de un fin ilícito; es decir, que la causa del contrato contravenga una norma imperativa penal por ejemplo, no podría ser catalogado el acto como válido.

En otro orden de ideas, si nos colocamos en el supuesto de la ineficacia, podemos indicar: que el dominus nunca crea la apariencia en la falsa representación, puesto que, en muchos casos, él nunca ha manifestado su voluntad de celebrar dicho acto con el tercero contratante y por ende, puede en otros casos, no conocer a la supuesta contraparte.

Por otro lado, la sentencia nº 159/2014 (Audiencia Provincial) del 8 de Mayo del 2014, plantea con respecto al falso representante lo siguiente:

Desde esta perspectiva no puede censurarse como indebida o erróneamente calificado el comportamiento de la acreedora demandante como realizado con buena fe y, por razones de seguridad jurídica se ha de amparar la confianza de la entidad demandante, evidenciada por el comportamiento exterior del « *falsus procurator* » y de la entidad en cuyo nombre y por cuenta de la cual actuaba aquél, en

la existencia de un mandato o apoderamiento como creencia asaz razonable y no debida a su negligencia (Poder Judicial España 2014).

En esta sentencia se aprecia que la actuación del falso representante se da en nombre y por cuenta de otro, se invoca la llamada *contemplatio domini*; característica fundamental de la actuación del falso representante; además, en la sentencia se hace presente la teoría de la apariencia que indica que "una persona puede actuar en nombre de otra, generando una falsa apariencia de poder de representación". Sin embargo, los efectos de dicha falsa apariencia protegen al tercero contratante, generando que el contrato sea válido y eficaz. Lo que para nuestro caso de estudio sería inaplicable, porque el contrato celebrado por un falso representante con poderes falsificados nunca podría ser calificado de válido.

En otro orden de ideas, la sentencia nº 48/13 (Audiencia Provincial de Jaen) del 11 de Febrero del 2013, indica lo siguiente:

Pues bien, **en cuanto a la infracción del art. 1259 CC, ninguno puede contratar a nombre de otro sin estar por éste autorizado o sin que tenga por Ley su representación legal, lo que convierte al contrato en nulo, sin perjuicio de ratificación antes de ser revocado por la otra parte contratante** (el subrayado es nuestro). Concretándonos al presente caso (recurso) consta al folio 62 (Escritura de compraventa otorgada por D. Octavio en representación de D^a. Antonia y D^a. Enma), tercer párrafo, en el que la Sra. Notaria D^a. Victoria Alonso González, expresamente dice "advierto yo, el Notario, a los comparecientes que la plena y total eficacia jurídica de ésta escritura en cuanto a la venta de D^a. Enma, queda subordinada a la ratificación en forma autentica por parte de dicha señora, insistiendo no obstante en su otorgamiento, alegando la urgencia de la misma" (sic). De ello no puede obtenerse otra conclusión, que no sea que **el comprador conocía de forma palmaria, que el contrato que celebraba estaba pendiente de una ratificación. Ratificación ésta que no ha acreditado que se produjese, ni de forma tácita (*falsus procurator*), es decir aprovechándose de la gestión de otro; ni de forma expresa** (El subrayado es nuestro) (Poder Judicial España 2013).

De dicha sentencia se aprecia que el acto celebrado por el falso representante es considerado nulo, porque no ha sido celebrado con un poder válido ni se ha ejercido la ratificación del acto. Inclusive, se pone de manifiesto que el tercero contratante en el caso descrito, conocía de la falta de poder del representante y aun así decidió celebrar el acto y redactar ante notario público la escritura de compraventa. Bajo ese mismo orden de ideas, si el tercero contratante conoce que celebra un contrato con una persona que no tiene poderes y aun así, decide celebrarlo; no puede después alegar que desconocía la falta de poderes de representación, pues en algunos casos, si el falso representado no supiese del contrato podría alegar que ha sido víctima de estafa por parte de ambos partícipes del contrato. Lo cual devendría en un supuesto de falsa representación anómala.

Por último, en la sentencia nº 269 (Audiencia Provincial de Granada) del 6 de abril de 1998, se indica lo siguiente:

Las alusiones por la parte apelante de un abuso de las confianza depositada por los compradores en la vendedora, **la alegada inexistencia de un poder dado por aquellos para el otorgamiento de la escritura pública**, la inclusión de unas cláusulas que no aparecen en el documento privado, la falta, de precisión en la

escritura otorgada en cuanto al tiempo concedido para disfrutar el derecho de multipropiedad, todas estas cuestiones deben ser encauzadas jurídicamente utilizando las correspondientes acciones, p e., rectificación de la escritura pública, **nulidad por falta de consentimiento o "*falsus procurator*"**(el subrayado es nuestro), nulidad por atentar contra los derechos de los consumidores... (El subrayado es nuestro) (Poder Judicial España 1998).

De dicha sentencia se aprecia, que la actuación del falso representante sin poder de representación es considerada nula por falta de manifestación de voluntad; afirmación que no es del todo correcta, puesto que, como expresamos en líneas anteriores, quien actúa negocialmente es el falso representante. Por tanto, no es necesario el asentimiento del falso representado. Sin embargo, consideramos que podría darse el caso en que el fin del negocio sea ilícito por que se contraviene una norma imperativa penal que está relacionada con la venta de bienes en donde la estafa podría estar inmersa. Es en este último supuesto, en el que se configuraría la falsa representación anómala.

De todo lo anteriormente expuesto podemos distinguir, que en la jurisprudencia española se pueden observar casos de falsa representación en donde el acto del falso representante es considerado ineficaz, susceptible de ratificación; y otros supuestos, en donde se determina que dicho acto es nulo porque falta el poder de representación o nunca fue otorgado; y supuestos, en donde la ratificación del acto nunca se ejerció. Inclusive, se dan hipótesis en donde no se ejercita la ratificación, el tercero contratante es consciente de que está celebrando un acto con un falso representante carente de poderes y se determina que dicho acto es considerado nulo. Es este último supuesto configurador de lo que nosotros podemos denominar falsa representación anómala. Solamente, habría que adicionarle el elemento de la finalidad ilícita, para que se configure de pleno.

A continuación analizaremos la posición de la jurisprudencia peruana en torna a la actuación del falso representante.

c) Perú

La jurisprudencia peruana no es uniforme al referirse sobre el caso de falsa representación, puesto que, se afirma que el acto celebrado por el falso representante puede ser calificado como ineficaz; es decir, cuando no es oponible al falso representado ni afecta su esfera jurídica patrimonial; o nulo cuando falte un elemento esencial del negocio jurídico; esto es, cuando haya ausencia de manifestación de voluntad o el fin perseguido por las partes vulnera una norma imperativa de orden público.

A continuación analizaremos solo casaciones en las cuales podemos observar el fenómeno de la falsa representación anómala.

En la Casación N° 5361-2008-Junín se indica que el recurso "interpuesto por la codemandada Luz Esther Pérez Suasnabar fue declarado fundado porque se determinó que el poder otorgado por los codemandados Juana Ancietta Roatta y Jesus Angulo Roatta a Tito Angulo para celebrar la compraventa en el año 1983, era falsificado. Inclusive, la minuta de compraventa tiene las firmas falsificadas del vendedor como del abogado que la autoriza" (Poder Judicial del Perú 2008-Junín). Como se aprecia en este caso, el falso representado utiliza un poder falsificado para celebrar una compraventa con un tercero. Por tanto, podemos inferir que se trata de un caso de falsa representación anómala porque el remedio de la ineficacia no

es aplicable a dicho supuesto, debido a que, nos encontramos frente a un acto nulo porque la finalidad o causa ilícita del contrato de compraventa quebranta una norma imperativa penal que indica "que no se podrán vender bienes inmuebles en donde la estafa se halle manifiesta".

Otro caso, es el de la Casación N° 526-2007-Lima, en donde se resolvió que "el acto celebrado por unos de los cónyuges como falso representante utilizando un poder falsificado, es ineficaz y no nulo. Por tanto, la casación interpuesta por María Cobos Angulo a través de su representante, en contra de su esposo el señor Jorge Wilfredo Salinas Coahuila y el Banco Wiese, fue declarada infundada" (Poder Judicial del Perú 2007-Lima). Aquí podemos observar el binomio falsa representación + poder falsificado = Ineficacia. Posición con la cual, discordamos porque si otorgamos la posibilidad de ratificación de un acto proveniente de un ilícito (como es la falsificación de documentos o la estafa); estaríamos en contra de uno de los principios rectores del ordenamiento jurídico: el orden público. Por tanto, somos de la opinión que en este caso, debió de indicarse que el acto celebrado con un poder falsificado y con la intervención de un tercero contratante coludido, es nulo. Porque, hay un fin ilícito de parte de ambas partes que no puede ser remediado ni con el remedio de la conversión.

Un tercer caso, es el de la Casación N° 3127-2014-Lima, en donde se declaran fundados los recursos interpuestos por la sociedad conyugal Urbina-Punch y el BCP por indebida motivación de la sentencia de segunda instancia:

Que declaraba improcedente la pretensión de nulidad de asiento registral donde obra la hipoteca y fundada, la nulidad del contrato de compraventa celebrado por el señor Frank Tausk, quien fuera víctima de la falsificación de su libreta electoral por parte de su hijo, quien utilizó dicho documento para redactar una Escritura Pública de otorgamiento de poder falsa, con la cual pudo vender el inmueble perteneciente a la sociedad conyugal en complicidad con su madre la señora Judith Catalina Montano (Buendía L. 2017:133-134).

Como se observa, el falso representado pidió al tribunal que se le concediera la restitución de su propiedad alegando que fue vendida por un falso representante con un documento falso. Sin embargo, el tribunal indicó que la restitución no era factible por vulnerarse el derecho del tercero contratante. No obstante, somos de la opinión, que si se prueba la mala fe del tercero contratante en la celebración del acto con el falso representante, el remedio de la restitución debiese ser procedente, porque no se puede dejar sin remedios defensivos al falso representado.

Otro caso similar al precedente, es el de la Casación N° 1135-2013- Lima, en donde se expone el caso del "señor Nicéforo Alfredo Belzaurri Álvarez, quien interpone demanda de ineficacia del acto jurídico contra Edwin Aranda Abad y Nelly Libertad Salas Melo, con la finalidad que se declare la ineficacia de la compraventa celebrada con su supuesto representante (Aranda Abad)" (Buendía L. 2017:134). Como podemos apreciar en este caso, también estamos frente a un falso representante que nunca tuvo poder de representación, y aun así, vendió el inmueble del falso representado a un tercero. Sin embargo, la casación fue declarada infundada puesto que "la pretensión de restitución del inmueble es improcedente, debido a que el acto del *falsus procurator* es ineficaz solo frente al falso representando; mas no frente al tercero contratante, por tanto ante este último, el acto desplegará todos sus efectos" (Buendía L. 2017:135). Con respecto a lo expuesto por el tribunal, somos de la opinión que no se trata de un supuesto de ineficacia relativa, dado que, se evidencia una finalidad ilícita de parte del vendedor (*falsus*

procurator) y el tercero contratante, para despojar al falso representado de su inmueble. Por consiguiente, el remedio de la ratificación no puede ser utilizado cuando la causa/fin del contrato es ilícita por contravenir una norma imperativa penal y a la vez el orden público. En consecuencia, el falso representado podría recuperar su propiedad, si ejerce el remedio de la restitución derivado de la nulidad del acto celebrado por el falso representante.

Un quinto caso, es el de la Casación N°1344-2015-Apurímac, que declara infundada la pretensión del señor Eulogio Chumpisuca porque se "pretende indebidamente llevar la pretensión de nulidad del acto jurídico a la de anulabilidad". En la casación se narra los siguientes hechos: "la Asociación Víctor Acosta Ríos II Etapa demanda a Eulogio Chumpisuca por la nulidad de la compraventa de los terrenos de la manzana D lotes números ocho y nueve, que este último, realizó sin poder de representación a favor de su padre, el señor de Erasmo Chumpisuca Damián, quien a su vez transfirió el inmueble a su nieta menor de edad, Roxana Chumpisuca Pariona" (Poder Judicial del Perú 2015-Apurímac). Como se puede observar, el demandado actuó como un falso representante, puesto que, vendió los terrenos en complicidad con su padre, sin tener poder de representación de la Asociación. Evidenciando, una finalidad ilícita de parte de los involucrados en la venta y además, despojando de su inmueble al falso representado (Asociación).

Otro caso, es el de la Casación N°1554-2015-Lima, en la cual la Sra. Ana María Soyer pretende que no se declare la nulidad de los actos celebrados con el poder de representación que su madre le otorgo. No obstante, los hechos evidencian un fin ilícito proveniente de la representante, al despojar a su madre de sus propiedades. A continuación, el tribunal manifiesta los siguientes hechos:

La señora María Aurelia Soyer Zevallos (83 años) viuda de Jayo interpone una demanda de nulidad de acto jurídico para que se le declaren nulos los siguientes actos: nulidad de la Escritura pública de donación a favor de su hija Ana María Jayo Soyer (demandada), nulidad de la compraventa de derechos y acciones a favor de la demandada, y la nulidad de la Escritura pública de Anticipo de legitima a favor de la demandada (Poder Judicial del Perú 2015-Lima).

Como se aprecia la señora Ana Maria Jayo Soyer con engaños hizo firmar un poder de disposición a su madre para poder vender todos los inmuebles de su propiedad.

En dicho caso, podemos observar, que existe un fin ilícito de parte del representante al vender las propiedades de su madre, para despojarla de su patrimonio. Además, se vale de argucias y engaños para viciar el consentimiento de la poderdante; debido a que, la supuesta representante le indicó que dicho poder era para pagar los impuestos y arbitrios de sus propiedades, evidenciando una finalidad ilícita que persegue el apropiarse de sus bienes. De esto se infiere, que la demandada está actuando como un falso representante al perseguir un fin ilícito con el poder de representación otorgado por la poderdante, que le permitió realizar todos aquellos actos de disposición de los bienes que tenía su madre para incorporarlos dentro de su patrimonio.

Por último, está la Casación N° 886-2015- Lima, en donde se declara fundado el recurso de Celeste América Jiménez Caballero (hermana del demandado), por los siguientes hechos: "el contrato de compraventa celebrado por Félix Caballero Veliz sin tener poder de representación con Carlos Motalvo Sales, debe ser declarado nulo porque ambos sabían que la poderdante había fallecido en el extranjero y aun así, celebraron el contrato de compraventa"(Poder

Judicial del Perú 2015-Lima). Lo que evidencia una finalidad ilícita de parte de ambas partes, para despojar a los herederos de la propiedad de la difunta. Como se observa, el demandado actuó como un falso representante al ostentar facultades que no tenía; inclusive se evidencia una finalidad ilícita al celebrar un contrato con un tercero que tiene conocimiento que la poderdante ha fallecido y que el fallecimiento no había sido informado a los registros públicos. Por tanto, se identifica un supuesto de representación anómala en dicho caso.

En conclusión, podemos indicar que el tema de la falsa representación anómala subyace de algunas sentencias anteriormente analizadas. No obstante, en relación a los remedios que podría tener el falso representado en dicho supuesto, la jurisprudencia no se ha pronunciado expresamente.

Finalmente, después de todo lo anteriormente desarrollado en el presente capítulo, podemos indicar, que existe una nueva forma de despojar a una persona de su propiedad, mediante la utilización de poderes falsificados, los cuales han sido ingresados en el tráfico jurídico para poder celebrar una compraventa fraudulenta. Caso que es diferente al desarrollado por la doctrina compara que analiza la representación sin poder. Debido a que, no estamos frente a un supuesto de exceso o abuso de facultades, en los cuales, se sanciona con ineficacia a aquel falso representante que va más allá de los poderes otorgados o que actúa en contra de los intereses de su representado.

En cuanto a la diferencia entre la falsa representación y la falsa representación anómala, esta reside en que el contrato celebrado en el primer caso, es sancionado con la ineficacia, por considerarlo un acto jurídico que no debe recaer sobre la esfera jurídica del representado, puesto que, este último, nunca manifestó su voluntad de querer los efectos de dicho negocio. Por otro lado, en el segundo caso, se sanciona el contrato celebrado por el falso representante con la nulidad, en vista de que, nos encontramos frente a un acto cuya finalidad o causa del negocio es ilícita por contravenir una norma imperativa penal que prescribe que no se podrán vender inmuebles en donde la estafa resulte determinante para la celebración.

Más aun, en el caso de la falsa representación anómala, existe una colusión entre el falso representante con el tercero contratante, lo que elimina la protección otorgada por el ordenamiento jurídico al tercero adquirente de buena fe (Art 2014°). Por el contrario, en el caso de la falsa representación, no existe una colusión entre el falso representante con el tercero contratante. Es más, es el falso representante quien perjudica al tercero contratante al quebrantar su buena fe en el contrato que celebra. Dado que, el tercero confía en que está celebrando un contrato válido y eficaz.

Otro elemento que distingue, la actuación del falso representante del falso representado es que en el primer caso, existe una relación jurídica representativa entre el falso representante y el falso representado, en vista de que, siempre estamos frente a un poder de representación que ha sido otorgado válidamente, no obstante, existen circunstancias en las cuales se abusa de dicho poder o se exceden en sus facultades. Contrariamente, en el segundo caso, no existe una relación jurídica representativa entre el falso representante y el falso representando, puesto que, puede surgir el caso en que el falso representado nunca haya conocido al falso representante, o que si bien puede conocerlo, nunca le haya otorgado poder de representación para disponer de sus bienes.

De otro lado, en relación a lo indicado por la doctrina peruana en el caso de la falsa representación, somos de la opinión, que si bien existe un sector mayoritario en el cual se defiende la teoría de la ineficacia del acto celebrado por un falso representante, creemos que solo se está analizando unos cuantos casos que son recogidos por la doctrina comparada: el del exceso, defecto, abuso, falsus procurator. No obstante, la realidad peruana nos demuestra otras formas de falsa representación que no pueden ser solucionadas con la teoría de la ineficacia.

Algunos de los casos en los cuales la ineficacia no es de utilidad, son los que involucran una falsificación de documentos, sean instrumentos públicos o privados (minuta), o suplantaciones de identidad; en donde existe la comisión de un delito y por ende, no podría ser susceptible de ratificación por parte del falso representado perjudicado. Por ejemplo: ningún falso representado ratificaría un acto en el cual ha sido víctima de una estafa, puesto que, estaría atentando contra el orden público y contra alguna norma imperativa penal que imponga alguna sanción a la venta mediante la utilización de un instrumento falsificado.

Con respecto a la jurisprudencia peruana, somos de la opinión que esta no es uniforme en sus decisiones, visto que, en el análisis de los casos que hemos encontrado, los jueces tienden a seguir lo que el Art. 161° del Código Civil prescribe: "El acto jurídico celebrado por el representante excediendo los límites de las facultades que se le hubiere conferido, o violándolas, es ineficaz con relación al representado, sin perjuicio de las responsabilidades que resulten frente a este y a terceros. También es ineficaz ante el supuesto representado el acto jurídico celebrado por persona que no tiene la representación que se atribuye". Es decir, aplicando a diestra y siniestra casi en todos los casos, la teoría de la ineficacia; sin analizar cada caso en concreto. Por consiguiente, hemos advertido en el análisis de las diferentes casaciones, que el juzgador peruano, sigue dicha pauta inclusive en los casos de falsificación de documentos. Lo cual, consideramos erróneo porque el juez debe situarse en el caso concreto y no solo seguir una norma como si fuera de cajón.

Por otro lado, en relación con el remedio de la restitución del bien que en algunas casaciones es declarado infundado por afectar el derecho de terceros, consideramos lo siguiente: en el caso de la falsa representación anómala en el cual, se declara la nulidad del contrato de compraventa utilizando poderes falsificados, se observa que el falso representado en dicho supuesto, ha sido despojado de su bien inmueble, por consiguiente, desea que dicho inmueble regrese a su patrimonio, por lo que solicita como pretensión accesorias la restitución del bien objeto de la venta fraudulenta. No obstante, los jueces peruanos en todas las casaciones que hemos podido analizar, desestiman dicho pedido por considerar que "la pretensión de restitución del inmueble es improcedente, debido a que el acto del falsus procurator es ineficaz solo frente al falso representando; mas no frente al tercero contratante, por tanto ante este último, el acto desplegará todos sus efectos" (Buendía L. 2017:135); es decir, que la restitución no era procedente por vulnerar el derecho de los terceros contratantes. Lo cual, tendría que ser analizado caso por caso, porque si nos encontramos frente a un caso de falsa representación anómala en donde el acto celebrado es nulo, la restitución si podría ser estimada.

Por último, en el siguiente capítulo, analizaremos ampliamente los remedios que puede tener el falso representado en el supuesto de la falsa representación anómala, y trataremos de darnos una respuesta frente al problema de cuál sería el remedio más idóneo frente a esta nueva modalidad de estafa.

CAPÍTULO 2: ANÁLISIS DE LOS REMEDIOS EN EL DERECHO COMPARADO

Sumario: 2.1 Derecho Francés a) Ratificación b) Restitución c) Rescisión d) Confirmación. 2.2 Derecho Alemán a) Conversión b) Restitución c) Ratificación d) Confirmación. 2.3 Derecho *Common Law* a) Clasificación de los remedios b) Remedios Restitutorios b.1 Enriquecimiento sin causa b.2 Errores b.3 Restitución in natura de la propiedad. 2.4 Derecho Italiano a) *Recesso* b) Ratificación c) Conversión d) Confirmación. 2.5 Derecho Peruano a) Mutuo disenso b) Ratificación c) Conversión d) Restitución.

En algunos sistemas jurídicos, existen una serie de remedios que le son atribuidos a las partes para defenderse de injerencias de personas ajenas o extrañas, que tratan de perjudicar su esfera jurídica patrimonial. Ante ello, nos preguntamos si en el caso de la falsa representación anómala, ¿el falso representado tendría algún remedio disponible para no ser despojado de su propiedad? y si fuera así, ¿Cuáles serían los remedios otorgados por el ordenamiento jurídico ante dicho supuesto?

Para poder responder a las interrogantes anteriormente planteadas, analizaremos si en el derecho comparado existe algún remedio o algunos remedios, que nos puedan ayudar a resolver el problema que tiene el falso representado en el caso de la falsa representación anómala.

A continuación, analizaremos el sistema francés y sus particularidades en relación a los remedios que otorgaría al falso representado.

2.1 Derecho Francés

En el Código Civil Francés (Code), existe una serie de remedios que pueden ser utilizados por el falso representado en el supuesto de falsa representación anómala, entre estos tenemos los siguientes:

a) **Ratificación**: La ratificación está regulada en el **Art. 1998° del Code** y se indica sobre esta lo siguiente:

“El mandante debe cumplir las obligaciones contraídas por el mandatario conforme al poder que le fue dado. En lo que el mandatario se haya excedido, no queda obligado el mandante, salvo que **lo ratifique expresa o tácitamente**”. (El subrayado es nuestro)

Como se observa, las normas del mandato son las que mejor regulan el remedio de la ratificación, puesto que en Francia la figura de la representación no estuvo regulada de forma expresa en su legislación, sino hasta el año 2016, en donde se ha incorporado dicha figura en los artículos: 1153° a 1161°. No obstante, el único artículo que hace referencia escueta a la figura de la ratificación es:

Art. 1156°: El acto realizado por un representante sin poder o más allá de sus poderes es no oponible al representado, a menos que el tercero contratante haya creído legítimamente en la realidad de los poderes del representante, en parte debido a la conducta o declaraciones del representante.

Cuando ignore que el acto ha sido realizado por un representante sin poder o más allá de sus poderes, el tercero contratante puede invocar la nulidad.

La inoponibilidad como la nulidad del acto **no pueden ser invocadas más desde que el representado lo ratificó**¹³ (El subrayado es nuestro) (Codes.droit.org 2019).

De dichos artículos podemos indicar: que la ratificación es un remedio por el cual el representado declara su conformidad al negocio celebrado sin poder de representación. Dicha ratificación puede ser realizada de forma expresa o tácita. Además, si el remedio de la ratificación es ejercido, no cabe después declarar la nulidad del acto.

En ese mismo orden de ideas, "La ratificación equivale al mandato, en la medida en que la autorización opere retroactivamente. A la ratificación expresa, la jurisprudencia asimila la ratificación tácita, como la que descende del comportamiento del mandante que no se ha manifestado en contra de los rebasamientos de poder de su mandatario"¹⁴ (Starck 1986: 75). De lo indicado por este autor podemos inferir que la ratificación podría ser utilizada por el falso representado si es que nos situamos dentro de la falsa representación; puesto que, se otorgaría efectos al acto celebrado por el falso representante. Contrariamente, si nos situamos dentro del supuesto de falsa representación anómala, el falso representado no podría ratificar un acto proveniente de un ilícito, debido a que se infringe una norma imperativa penal que establece que no pueden venderse bienes inmuebles en donde la estafa se encuentre manifiesta.

Por tanto, si bien creemos que la ratificación es un remedio ideal para los casos de exceso y abuso de poder de representación, de donde se configura que los efectos del negocio jurídico celebrado por el falso representante son ineficaces sobre el patrimonio del falso representado a menos que se ratifique; en el caso de estudio, no podría el falso representado ejercer la ratificación porque perdería la propiedad del bien adjudicado al tercero contratante de forma ilícita.

Por otro lado, en referencia al remedio de la ratificación Le Tourneau refiere que "Recíprocamente, el mandante ratificante podrá exigir al tercero contratante la ejecución de sus obligaciones. Por otra parte, la ratificación implica la aprobación de la gestión del mandatario

¹³ Traducción de Codes.droit.org. "L'acte accompli par un représentant sans pouvoir ou au-delà de ses pouvoirs est inopposable au représenté, sauf si le tiers contractant a légitimement cru en la réalité des pouvoirs du représentant, notamment en raison du comportement ou des déclarations du représenté. Lorsqu'il ignorait que l'acte était accompli par un représentant sans pouvoir ou au-delà de ses pouvoirs, le tiers contractant peut en invoquer la nullité.

L'inopposabilité comme la nullité de l'acte ne peuvent plus être invoquées dès lors que le représenté l'a ratifié".

¹⁴ Traducción Libre por la autora. "la ratification équivaut au mandat, en ce que l'agrément opère rétroactivement. A la ratification expresse, la jurisprudence assimile la ratification tacite, telle celle qui découle du comportement du mandant qui n'a pas précédemment protesté contre les dépassements répétés de pouvoir de son mandataire".

¹⁵(2011:59). De lo planteado por el autor precedente podemos indicar lo siguiente: si el falso representado ratifica el contrato celebrado por un falso representante, el primero podría pedir al tercero contratante, que cumpla con las obligaciones estipuladas en el contrato. Además, al ratificar, el falso representado aprueba la gestión del representante.

Como podemos apreciar el remedio de la ratificación es muy utilizado en los casos de falsa representación en donde el contrato celebrado no está viciado con nulidad sino con ineficacia. No obstante, para el caso de estudio (el de la falsa representación anómala) dicho remedio es ineficaz porque el falso representado no puede ratificar un acto que vulnera su derecho de propiedad, puesto que, nunca dio autorización para la venta de su inmueble y en muchos casos, nunca conoció al supuesto representante.

b) Restitución:

Si bien el efecto de la nulidad es la restitución, dicha figura también podría ser usada por el falso representado como remedio para recuperar su propiedad en el caso de falsa representación anómala. Dado que, no existe una norma expresa en el Código Civil Francés (Code) que indique a la restitución como remedio, esta puede derivar del enriquecimiento sin causa y del artículo referido a las restituciones de dinero-especie:

Normas que regulan el enriquecimiento sin causa:

Art. 1303°:

“Fuera de los casos de gestión de negocios y de pago indebido, quien se beneficie de un enriquecimiento injustificado en detrimento de otro, adeudará, a quien ello haya empobrecido, una indemnización igual al menor de los dos valores del enriquecimiento y del empobrecimiento”¹⁶ (Codes.droit.org 2019).

Art. 1303°-1:

“El enriquecimiento será injustificado cuando no proceda ni del cumplimiento por el empobrecido de una obligación ni de su intención liberal”¹⁷(Codes.droit.org 2019).

Art. 1303°-2:

“No habrá lugar a indemnización si el empobrecimiento procede de un acto hecho por el empobrecido con vistas a un provecho personal. La indemnización

¹⁵ Traducción Libre por la autora. “réciproquement, le mandant <<ratifiant>> peut exiger du tiers contractant l'exécution de ses obligations. D'autre part, la ratification implique approbation de la gestion du mandataire”.

¹⁶ Traducción de Codes.droit.org. “En dehors des cas de gestion d'affaires et de paiement de l'indu, celui qui bénéficie d'un enrichissement injustifié au détriment d'autrui doit, à celui qui s'en trouve appauvri, une indemnité égale à la moindre des deux valeurs de l'enrichissement et de l'appauvrissement”.

¹⁷ Traducción de Codes.droit.org. “L'enrichissement est injustifié lorsqu'il ne procède ni de l'accomplissement d'une obligation par l'appauvri ni de son intention libérale”.

podrá moderarla el juez si el empobrecimiento procede de una falta del empobrecido¹⁸ (Codes.droit.org 2019).

Art. 1303°-3:

“No habrá lugar a indemnización cuando otra acción asista al empobrecido, o cuando dicha acción se tope con un obstáculo de derecho, tal como la prescripción¹⁹(Codes.droit.org 2019).

Art. 1303°-4:

“El empobrecimiento comprobado en el patrimonio el día del gasto, y el enriquecimiento tal como subsista el día de la demanda, se evaluarán el día de la sentencia. En caso de mala fe del enriquecido, la indemnización debida será igual al mayor de los dos valores²⁰(Codes.droit.org 2019).

Normas que regulan las restituciones:

Art. 1352°:

“La restitución de cualquier otra cosa que no sea una suma de dinero tendrá lugar en especie o, cuando ello sea imposible, en valor, calculada al día de la restitución²¹(Codes.droit.org 2019).

Art. 1352°-2:

“Quién lo haya recibido de buena fe y lo ha vendido, debe devolver el precio de la venta

Si lo recibió de mala fe, debe el valor al día de la restitución cuando es superior al precio²²(Codes.droit.org 2019).

De dichas normas podemos inferir, que el remedio de la restitución puede ser utilizado por el falso representado en el caso de falsa representación anómala, cuando este último, víctima de la estafa, haya perdido su patrimonio y por ende, se haya empobrecido; y el tercero contratante con el falso representante se hayan enriquecido con la venta del inmueble. Por tanto, el falso representado podrá utilizar las normas del enriquecimiento sin causa para recuperar su inmueble.

¹⁸ Traducción de Codes.droit.org “Il n'y a pas lieu à indemnisation si l'appauvrissement procède d'un acte accompli par l'appauvri en vue d'un profit personnel.

L'indemnisation peut être modérée par le juge si l'appauvrissement procède d'une faute de l'appauvri”.

¹⁹ Traducción de Codes.droit.org “L'appauvri n'a pas d'action sur ce fondement lorsqu'une autre action lui est ouverte ou se heurte à un obstacle de droit, tel que la prescription”.

²⁰ Traducción de Codes.droit.org “L'appauvrissement constaté au jour de la dépense, et l'enrichissement tel qu'il subsiste au jour de la demande, sont évalués au jour du jugement. En cas de mauvaise foi de l'enrichi, l'indemnité due est égale à la plus forte de ces deux valeurs”.

²¹ Traducción de Codes.droit.org “La restitution d'une chose autre que d'une somme d'argent a lieu en nature ou, lorsque cela est impossible, en valeur, estimée au jour de la restitution”

²² Traducción de Codes.droit.org “Celui qui l'ayant reçue de bonne foi a vendu la chose ne doit restituer que le prix de la vente. S'il l'a reçue de mauvaise foi, il en doit la valeur au jour de la restitution lorsqu'elle est supérieure au prix”.

Por su parte, el Art.1352-2 indica que si alguien recibe una cosa de mala fe, debe devolver el valor al día de la restitución cuando es superior al precio. No obstante, creemos que si el tercero contratante ha recibido el bien de mala fe, como es en el caso de la falsa representación anómala, se debe restituir el bien al propietario primigenio, quien ha sido despojado de su propiedad. Visto que, creemos que la restitución del dinero no lo satisfaría, porque, las partes contratantes coludidas, pueden haber fijado un precio menor al valor real del bien o ser insolventes, dado que, realizan la estafa para obtener un beneficio patrimonial.

De otro lado, sobre la restitución, Stoll indica lo siguiente: "Hence, in contrast to the tort law claims to restitution in kind, only the objective violation of a right matters, not the culpability of the possessor"(1978:62). En referencia a la restitución, este autor señala que la demanda de restitución tiene como objetivo la violación de un derecho, que entendemos en nuestro caso de estudio, puede referirse al derecho de propiedad del falso representado. E inclusive, este no toma en cuenta la culpabilidad de quien tiene la posesión del inmueble.

Por su parte, Starck refiere sobre la restitución lo siguiente: "Si el contrato aún no se hubiera ejecutado, la nulidad una vez pronunciada, los contractantes son liberados. No hay restitución que efectuar, la situación se resuelve fácilmente"²³ (1986:312). Para este autor, si la nulidad ha sido declarada y el contrato todavía no ha sido ejecutado, las partes se liberan y no habría razón para pedir la restitución. En nuestro caso de estudio, la transferencia de propiedad debe haberse ejecutado para que el falso representado pueda solicitar la nulidad y la restitución del inmueble. Puesto que, si todavía no ha sido transferido el inmueble y el tercero contratante no tuviera la posesión, no habría inmueble que restituir y solo se podría demandar una indemnización por daños y perjuicios, que dudamos pueda ser pagada.

De otro lado, Larroument indica sobre la restitución lo siguiente:

Por consiguiente, si se han ejecutado obligaciones sobre la base de un contrato nulo en su totalidad, o sobre la de una disposición contractual nula, será necesario proceder a restituciones (por ejemplo, si un contrato de venta es anulado y las obligaciones engendradas por el contrato se ejecutaron antes de la decisión judicial que declaró la nulidad, el vendedor deberá restituir al comprador el precio que recibió y el comprador deberá restituir al vendedor la cosa vendida que le fue entregada (1993:470).

De lo referido por este autor podemos inferir que el efecto de la nulidad es la restitución de las prestaciones objeto del contrato; es decir, que el falso representante y el tercero contratante deberán restituirse las prestaciones que se hicieron, el primero, deberá devolver el dinero por la compra del inmueble y el segundo, deberá restituir el inmueble. Esto en realidad parece poco creíble y hasta imposible en el caso de la falsa representación anómala, puesto que, las partes coludidas, son el tercero contratante y el falso representante. Por ende, parece inverosímil que ante la nulidad del contrato, dichos personajes coludidos vayan a devolverse entre si lo que ambos obtuvieron con la figura de la estafa. Por lo tanto, necesitamos otro remedio que difiera del efecto de la nulidad para que el falso representado pueda pedir la restitución del bien objeto de la estafa, ese remedio sería: el enriquecimiento sin causa.

²³ Traducción Libre por la autora. " Si le contrat n'avait pas encore été exécuté, la nullité une fois prononcée, le ou les contractans sont libérés. Il n'y a pas de restitution á effectuer, la situation se dénoue facilement".

Por último, Thibierge plantea con respecto a la restitución lo siguiente: " En primer lugar, no se impondrá a una de las partes, por el juez, la restitución por valor mientras sea posible la restitución en especie. Si la cosa suministrada en ejecución del contrato anulado permanece en el patrimonio del adquirente, el vendedor no puede preferir una restitución por el valor; él no se beneficiará de la opción que tiene si la cosa hubiera sido revendida a un tercero" (2010:732). Como podemos apreciar de lo citado por la autora, la restitución del inmueble será posible si es que en nuestro caso, el tercero contratante, tuviera la posesión del inmueble, no obstante, si vendió dicho inmueble a otro, la restitución del inmueble no sería posible; sin embargo, consideramos que si la estafa fue utilizada para la venta y posterior despojo del bien al falso representado, el que dicho inmueble sea vendido a un tercero, no elimina la ilicitud del acto. En conciencia, así se haya transferido a otros terceros, el propietario debería tener derecho a pedir la restitución de su inmueble a quien lo obtenga finalmente. Por su parte, el tercero que desconocía de la ilicitud de la compraventa podrá pedir una indemnización al falso representante o al Estado, por tener notarios que no cumplen su función pública de manera diligente.

c) Rescisión:

En relación con la rescisión la antigua redacción del código civil francés, la regulaba así:

Art. 1117°: "El contrato celebrado por error, violencia o dolo no es nulo de pleno derecho; da lugar únicamente a una acción de nulidad o rescisión (...)"

De dicho artículo se desprende que la rescisión es utilizada para el caso de los vicios de consentimiento. No obstante, creemos que podría tener una función distinta; por consiguiente, analizaremos lo que dice la doctrina francesa al respecto.

En referencia a la rescisión Starck subraya lo siguiente: "se asemeja a las nulidades relativas, ya que solo el contratante perjudicado puede ejercitarlas"²⁴(1986: 291). A saber, que en el caso de estudio, solo el falso representado podría ejercitarlo; sin embargo, el autor refiere que el perjudicado debe ser parte del contrato.

De otro lado, no consideramos, que el falso representado pudiese ejercitar dicho remedio, porque en nuestro caso de análisis, estamos ante un vicio insalvable que conlleva a la nulidad absoluta y no a la anulabilidad: su fin es ilícito. En consecuencia, dicho remedio no podría ser ejercido.

Por su parte, Thibierge hace referencia a la rescisión de la siguiente forma: "la jurisprudencia decididamente ha hecho prevalecer la segunda concepción al decidir que la prueba de un vicio del consentimiento no será necesaria para obtener la rescisión por lesión" (2010: 415); es decir, que no todo vicio del consentimiento demandará una acción por lesión. Por tanto, podemos concluir de lo referido por la citada autora, que la rescisión puede utilizarse en casos distintos a los que refieran vicios del consentimiento.

Por último, Larroument refiere sobre la rescisión lo siguiente: "la rescisión simplemente tenía por objeto proteger a una de las partes que había sido víctima de una lesión o de un vicio del consentimiento" (1993:430). Como se aprecia este autor, coincide con la autora precedente en

²⁴ Traducción Libre por la autora. "Elle s'apparente aux nullités relatives puisque seul le contractant lésé peut l'intenter".

que la lesión y el vicio del consentimiento son cosas distintas. Por ende, no podría ser utilizado por el falso representante porque la lesión se da cuando el contrato a iniciado y una parte se ha perjudicado en un cierto porcentaje; por el contrario, la anulabilidad regula los vicios del consentimiento (dolo, violencia, amenaza) y por ende, recurre al remedio de la confirmación. Remedio que no podría ser utilizado por el falso representado porque no puede confirmar un acto que deviene en un perjuicio para sí mismo (despojo de su propiedad) y en un delito (estafa).

d) Confirmación:

En el Código Civil Francés (Code) la confirmación se regula de la siguiente manera:

Art. 1182° La confirmación es el acto por el que aquel que pudiere instar la nulidad renuncia a ella. Dicho acto hará constar la sustancia de la obligación y el vicio que afecte al contrato.

La confirmación solo puede tener lugar después de la conclusión del contrato.

El cumplimiento voluntario del contrato, conociendo la causa de la nulidad, merece confirmación. En caso de violencia, la confirmación solo puede ocurrir después de que la violencia haya cesado.

La confirmación implica la renuncia a los medios y excepciones que pueden ser opuestos, sin perjuicio de los derechos de terceros ²⁵ (Codes.droit.org 2019).

Es decir, que la confirmación es un acto jurídico unilateral y recepticio, sobreviniente a la celebración del contrato. Por ende, no podría ser utilizada por el falso representado porque la nulidad afecta el contrato celebrado por el falso representante desde el inicio.

En referencia a la confirmación, Starck indica lo siguiente: "La confirmación es el acto por el cual el que tiene derecho a solicitar la nulidad renuncia a él. Se trata, pues, de un acto unilateral que depende, en principio, de la única voluntad del renunciante"²⁶(1986: 305). El autor hace referencia a que el remedio de la confirmación depende de la voluntad del que ejercita la acción de anulabilidad, y además, se renuncia a declararlo nulo. Como lo expresamos en líneas posteriores, dicho remedio no podría ser utilizado en el caso de la falsa representación anómala porque la confirmación viene a sanar un acto anulable; es decir, un vicio que puede ser remediado. Por el contrario, en la falsa representación anómala no hay un vicio de la voluntad

²⁵ Traducción de Codes.droit.org "La confirmation est l'acte par lequel celui qui pourrait se prévaloir de la nullité y renonce. Cet acte mentionne l'objet de l'obligation et le vice affectant le contrat.

La confirmation ne peut intervenir qu'après la conclusion du contrat.

L'exécution volontaire du contrat, en connaissance de la cause de nullité, vaut confirmation. En cas de violence, la confirmation ne peut intervenir qu'après que la violence a cessé.

La confirmation emporte renonciation aux moyens et exceptions qui pouvaient être opposés, sans préjudice néanmoins des droits des tiers".

²⁶ Traducción Libre por la autora. "La confirmation est l'acte par le quel celui qui a qualité pour demander la nullité y renonce. Il s' agit donc d'un acte unilateral qui dépend, en principe, de la seule volonté du renoncant".

que pueda ser remediado, porque el acto es nulo desde el principio. Está viciado con nulidad absoluta.

De otro lado, Thibierge plantea acerca de la confirmación lo siguiente:

“La confirmación extingue el derecho de crítica de su autor. Esta desaparición del derecho de crítica no vale sino para el futuro. A partir de su ocurrencia, hace inatacable al acto confirmando que el autor no puede ejercitar la acción de nulidad de la cual era titular. Este es el único efecto de la confirmación” (2010: 520). Como señala esta autora, si se ejercita la confirmación, el acto ya no podrá ser declarado nulo. Dicho remedio le otorga validez al contrato celebrado pese al vicio de voluntad que lo aqueja.

Por último, Le Tourneau indica lo siguiente con respecto a la confirmación:

“Se distingue de la confirmación que salva (por una convalidación retroactiva) un acto infectado de nulidad”²⁷(2011:59). El autor refiere a que la confirmación es un remedio que sirve para remediar los vicios de la nulidad. Sin embargo, como podemos apreciar de todo lo anteriormente analizado, podemos afirmar que el único remedio que puede utilizar el falso representado siguiendo a la legislación y doctrina francesa es la restitución. Puesto que, es el remedio que permite que el falso representado recobre la propiedad que le fue despojada por el falso representante y el tercero contratante.

A continuación, analizaremos el sistema alemán para dilucidar si entre sus diversos remedios regulados en el BGB, podemos encontrar alguno acorde con la situación del falso representado en el caso de falsa representación anómala.

2.2 Derecho Alemán

En el Código Civil Alemán (BGB), existe una serie de remedios que pueden ser utilizados por el falso representando en el caso de falsa representación anómala, por ejemplo:

a) Conversión:

§ 140: “Si un negocio jurídico nulo reúne las exigencias de otro negocio jurídico, rige este último si puede suponerse que tal vigencia se desearía una vez conocida la nulidad” (Lamarca Marqués, 2008).

Como se aprecia, el artículo precedente regula el caso en que un contrato que está viciado de nulidad absoluta, pueda ser sujeto a la conversión y así preservar el acto que se convino celebrar en un inicio.

En referencia a la conversión, Lehmann indica que “existe una modalidad de nulidad parcial cuando un negocio no puede ser eficaz en la modalidad que intentan las partes, pero responde a las exigencias mínimas de otro negocio jurídico que hace posible un resultado aproximadamente igual. En tal caso será válido este último cuando pueda suponerse que su validez se hubiese querido racionalmente conociendo la nulidad del primero (conversión)” (1956:251). Para este autor, las partes pueden convenir celebrar un negocio nuevo, con las mismas características del negocio que fue declarado nulo. No obstante, en el caso de la falsa

²⁷ Traducción Libre por la autora. “Elle se distingue de la confirmation qui sauve (par une sanatio in radice) un acte infecté de nullité”.

representación anómala, el falso representado no podría utilizar dicho remedio para celebrar otro negocio con las mismas estipulaciones que el que se declaró nulo, porque una de las características de la conversión es que no opera en caso de que se quiera convertir un contrato cuyo fin es ilícito.

De otro lado, Flume plantea sobre la conversión lo siguiente: "La conversión significa que el negocio jurídico que es nulo tal como debería valer, es eficaz como "otro" negocio jurídico distinto" (1998: 690).

De lo anteriormente citado podemos inferir que las partes deben tener un interés para dotar de efectos a un nuevo negocio con los elementos de otro negocio nulo. Sin embargo, en el caso del falso representado este no podrá ejercer dicho remedio porque, no se puede convertir un acto que deviene de un ilícito.

Por su parte, Von Tuhr indica que la conversión se emplea: "cuando un negocio jurídico en que no concurren los requisitos legales para que pueda surtir efectos tal como las partes lo propusieron, llena los requisitos de otro tipo de negocio jurídico, siendo idénticos la finalidad y los efectos conseguidos"(2007:132).

Sobre lo señalado por el autor precedente podemos indicar, que el falso representado nunca elegiría celebrar otro negocio con los mismos efectos que el anterior, porque lo que desea es que le devuelvan mediante el remedio de la restitución, su inmueble. No busca venderlo ni quebrantar la ley penal.

Por otro lado, Larenz señala acerca del negocio nulo lo siguiente: "se habla de una conversión del negocio jurídico en otro válido. Mediante ello se evita que negocios jurídicos que las partes tienen por válidos queden privados de los efectos pretendidos aun cuando éstos hubiesen podido conseguirse plenamente o, al menos, en parte, por otro medio" (1978: 642).

Como lo indica el autor precedente, el remedio de la conversión sirve para darle efectos a un contrato que fue declarado nulo, no obstante se debe cumplir con requisitos esenciales como: la licitud del negocio que se pretende convertir y que las partes quieran los efectos del negocio nulo. Empero, para el caso de la falsa representación anómala no puede ser de aplicación debido a que, la causa del negocio no pueda resultar ilícita.

Con respecto a la ilicitud, Galgano refiere lo siguiente: "La jurisprudencia ha establecido otros límites a la conversión: así no tendrá lugar cuando las partes conocían la causa de nulidad del contrato, cuando la nulidad resulte de ilicitud (...)"(1992: 326). Como se observa, la conversión no podrá ser utilizada como remedio por el falso representado, cuando estemos ante un caso de falsa representación anómala, en la que el acto jurídico está viciado de nulidad por fin ilícito.

Por último, Zimmermann refiere sobre la conversión lo siguiente: "defined conversio as "traductio vel commutatio unius negotii in alterum por obteniendo et salvando fine necessaria, actui et intentioni agentis conformis: a transformation of one legal act into another" (1996:683). De lo indicado por este autor podemos inferir que la conversión tiende a transformar un negocio nulo en otro válido, salvando el fin y la intención de los agentes conformantes del negocio. Sin embargo, desde la perspectiva de nuestro tema de estudio no es de aplicación porque el contrato celebrado por un falso representante en un supuesto de falsa representación anómala es nulo por ilicitud de su causa. Por consiguiente, el falso representado nunca convertiría ese negocio porque él quiere recuperar su propiedad, no transferirla.

b) Restitución

El remedio de la restitución puede devenir del enriquecimiento injusto, tal como lo indica el siguiente párrafo del BGB:

§ 812 (1) Quien mediante la prestación de otro o de cualquier otro modo a su costa adquiere algo sin causa jurídica está obligado frente a éste a su restitución. Esta obligación existe igualmente si la causa jurídica desaparece posteriormente o si el resultado perseguido con una prestación, según el contenido del negocio jurídico, no se produce.

(2) Como prestación también se considera el reconocimiento realizado mediante contrato de existencia o no existencia de una relación obligacional (Lamarca Marqués, 2008).

De lo indicado en este artículo podemos señalar lo siguiente: que el remedio de la restitución, puede derivar del enriquecimiento sin causa, visto que, el falso representado se empobrece y el tercero contratante y el falso representante anómalo se enriquecen a causa del negocio ilícito celebrado. Por tanto, puede ser un remedio adecuado para solucionar nuestro problema de estudio.

En palabras de Medicus, el remedio de la restitución implica lo siguiente: "el receptor ha de resarcir el valor en dos casos: primero, cuando la restitución "a causa de la índole de lo obtenido "no es posible" (...). Y segundo, se debe el resarcimiento del valor, cuando el receptor, "por cualquier motivo", no está en condiciones para la restitución" (1995: 693). Para el autor precedente, la restitución debe ser en especie, es decir, en dinero. No obstante, podemos inferir que en caso de que el receptor esté en condiciones para restituir un bien inmueble, la restitución del valor no sería aplicable. Por tanto, en nuestro caso de estudio, el falso representado podría pedir la restitución del inmueble ante la nulidad del contrato celebrado por un falso representante anómalo, puesto que, lo que busca es que le sea devuelta su propiedad, no la restitución del valor.

En otro orden de ideas, Von Turh indica sobre la restitución lo siguiente: "la ley concede al tercero una acción de enriquecimiento injusto. Más para que haya lugar a ejercitarla, será necesario que el tercero, confiando en los poderes del representante, entregue a este una prestación con destino al representado"(2007:209). Si bien, esta cita se refiere al caso del tercero contratante, que ha entregado por ejemplo, una suma de dinero al falso representante; dicho supuesto también podría estar regulado cuando un falso representado, solicite la restitución del inmueble que ha sido sustraído de su patrimonio por un falso representante (falsa representación anómala). Debido a que, el falso representado se ha empobrecido al ver sustraído de su patrimonio un inmueble de su propiedad.

Por otro lado, Dannemann en referencia a la restitución plantea lo siguiente:

If A fraudulently obtains from B, and then publishes without B's consent, a picture which gives the false impression of B being caught in a compromising situation, restitution in kind under tort law (§§823, 249 BGB) would include a public declaration that impression is indeed false, while restitution in kind under unjustified enrichment (§ 818BGB) would require A to return the picture to B (2009: 125).

De lo indicado por el autor precedente podemos inferir que en el caso de la falsa representación anómala, el falso representado podría pedir que se le restituya el bien inmueble obtenido de forma fraudulenta por parte del tercero contratante, bajo la figura del enriquecimiento sin causa, en relación a que nos encontramos frente a un acto ilícito.

Por último, Zimmermann refiere acerca del remedio de la restitución lo siguiente: "in Moses v. Macferlan, according to which the defendant, upon the circumstances of the case, is obliged by the ties of natural justice and equity to render restitution" (1996:894). En dicha cita se hace referencia al caso de que el demandado haga uso del remedio de la restitución, por medio de las reglas de la justicia y la equidad. Es decir, en nuestro caso de análisis, el falso representado podría hacer uso del remedio de la restitución para que pueda recuperar legítimamente la propiedad que le ha sido arrebatada por el tercero contratante. En consecuencia, su esfera jurídico-patrimonial recuperaría el equilibrio perdido.

Finalmente, creemos que la restitución es un excelente remedio para que el falso representado, pueda recobrar su propiedad en un supuesto de falsa representación anómala, dado que, por medio del enriquecimiento sin causa puede pedir que el bien retorne a su esfera jurídica patrimonial, la cual se ha visto disminuida a causa de la estafa producida por la colusión del falso representante con el tercero contratante.

c) Ratificación:

La ratificación como remedio se encuentra regulada en el siguiente párrafo:

§184 (1) "El asentimiento ulterior (ratificación) se retrotrae al momento de la celebración del negocio jurídico, salvo que se haya dispuesto otra cosa.

(2) Mediante la retroacción no devienen ineficaces las disposiciones sobre el objeto del negocio jurídico realizadas antes de la ratificación por el ratificante (...)" (Lamarca Marqués, 2008).

De lo mencionado en este artículo podemos indicar que la ratificación es un acto unilateral y recepticio por el cual el falso representado, otorga efectos al acto celebrado sin poder de representación. La ratificación se caracteriza por su retroactividad.

Más aún, "se dice que el negocio necesitado de asentimiento, pero celebrado sin él, es ineficaz suspensivamente hasta la ratificación y que con esta se hace eficaz ex tunc" (Flume 1998: 1039). Es decir, se suspenden los efectos del acto jurídico celebrado sin poder hasta la ratificación. No obstante, en el caso de falsa representación anómala, dicho remedio no puede ser de aplicación porque no se puede ratificar un acto nulo proveniente de un ilícito.

De otro lado, Larenz indica que "en todos los casos en que el negocio celebrado por el agente sin poder de representación toma efecto posteriormente para el representado por la ratificación de este, ha de considerarse el negocio como si el agente hubiese tenido poder de representación ya en el momento de celebrarse el negocio" (1978:817). Como se aprecia, el acto celebrado por el falso representante puede ser remediado a través de la ratificación del acto. Empero, para nuestro caso de estudio, esa solución no es posible porque estamos ante un acto considerado nulo desde su origen, y contra dicho vicio no existe remedio alguno más que la conversión, que tiene ciertos requisitos y limitaciones.

Sobre este mismo remedio, Lehmann afirma lo siguiente: "a diferencia del consentimiento, la ratificación es irrevocable. Podrá declararse tácitamente, por ejemplo, a través de un proceso. La ratificación no es posible cuando al otorgarla no exista ya el negocio que había de ser ratificado. De ahí que cobra importancia la cuestión de si las partes contratantes pueden acordar la resolución del negocio antes de la ratificación" (1956:474). Sobre lo planteado por este autor podemos inferir que la ratificación no podrá ser utilizada cuando el negocio no exista; es decir, se considere nulo desde el inicio y no surta ningún efecto entre las partes contratantes. Es más, se indica que las partes podría utilizar el remedio de la resolución para dar por concluido el vínculo contractual que los unía.

Contrariamente, a lo que pasa en nuestro caso de estudio, el falso representado no podría ejercer el remedio de la ratificación porque el contrato es considerado nulo porque su finalidad es ilícita, al quebrantar una norma imperativa penal que abarca el delito de la estafa. Además, tampoco podría utilizarse el remedio de la resolución porque ni el falso representante ni el tercero contratante van a reconocer que cometieron una estafa (y resolver el contrato celebrado con un poder falsificado); y en consecuencia, a devolverle el bien al falso representado.

Por último, Von Turh indica lo siguiente con respecto a la ratificación:

Tiene una eficacia más intensa que el apoderamiento, toda vez que crea una relación contractual, mientras el poder no hace más que sentar una condición previa para el otorgamiento del contrato. Es irrevocable como toda condición potestativa, y tiene efectos retroactivos (...). El otorgar o denegar la ratificación compete al libre arbitrio del representado; el tercero no puede invocar; para estos efectos, la utilidad de la gestión (2007:207).

De lo indicado por este autor podemos señalar que la ratificación es un acto que solo puede surtir efectos, si el falso representado autoriza dicho negocio celebrado sin poder. De lo contrario, el contrato celebrado carece de efectos y no le será oponible. Sin embargo, en nuestro caso de estudio, dicho remedio no puede ser de aplicación porque el falso representado jamás ratificaría un negocio ilícito en donde es despojado de su propiedad.

d) Confirmación:

La confirmación es regulada en el Código Civil Alemán (BGB), en el siguiente párrafo:

§ 144 "(1) La impugnación queda excluida si el negocio jurídico impugnado es confirmado por el legitimado para la impugnación. "

(2) La confirmación no requiere la misma forma exigida para el negocio jurídico" (Lamarca Marqués, 2008).

De dicho párrafo podemos inferir, que solo los negocios que adolezcan de un vicio de la voluntad (error, dolo, violencia, intimidación) podrán ser confirmados; es decir, solo opera para los casos de nulidad relativa.

En palabras de Larenz, la confirmación opera "cuando la voluntad declarada de las partes se dirige a que el negocio anteriormente celebrado sea válido precisamente con su contenido originario" (1978:626). En este sentido podemos inferir que la confirmación es un remedio que restituye los efectos a un negocio anulable, por tanto, podemos señalar que dicho remedio en

el caso de la falsa representación anómala no podría ser utilizado porque la nulidad que afecta el contrato celebrado por el falso representante en dicho caso, adolece de nulidad absoluta.

Por otro lado, Lehmann refiere sobre la confirmación lo siguiente: "el negocio impugnado puede ser confirmado. La confirmación significa renuncia al derecho de impugnación (no es precisa nueva conclusión del negocio, como acontece en el negocio nulo" (1956: 256). Para este autor la confirmación, subsana los vicios del acto anulable, no obstante, la parte perjudicada debe considerar que dicho acto lo puede beneficiar para que deje de lado la acción de anulación.

De otro lado, Flume indica sobre el remedio de la confirmación lo siguiente: " la confirmación no es una declaración de voluntad recepticia, sino que cualquier comportamiento puede ser la confirmación de un negocio jurídico anulable si en él se manifiesta que el legitimado para impugnar se ha decidido a favor de la validez del negocio pese a causa de impugnación" (1998:667). En consecuencia dicho remedio no podría ser aplicado como se indicó en líneas precedentes al caso de la falsa representación anómala porque el falso representado no podrá confirmar un negocio cuya causa es ilícita por quebrantar una norma imperativa penal.

Finalmente, "los contratos nulos no pueden ser confirmados unilateralmente por una de las partes contratantes, sino que supone un acuerdo. Tratándose de actos formales, la confirmación deberá atenerse nuevamente a la forma prescrita" (Von Tuhr 2007:133). Lo indicado por este autor no podría ser de aplicación a nuestro caso de estudio porque ni el falso representado ni el tercero contratante, se pondrían de acuerdo para confirmar el acto, puesto que, dicho contrato ha sido celebrado por un falso representante con un poder falso con un tercero contratante que era su cómplice.

Por tanto, el remedio de la confirmación nunca podrá ser aplicado al caso de la falsa presentación anómala porque el falso representado no confirmaría un acto proveniente de un ilícito, ni se podría de acuerdo con el tercero contratante para hacerlo; puesto que, este último estuvo coludido con el falso representante anómalo para despojarlo de su propiedad.

2.3 Derecho Common Law:

En el sistema del derecho del *Common Law*, existen un sinnúmero de remedios que son otorgados a los particulares para poder defenderse ante agresiones que puedan afectar derechos jurídicamente relevantes. Inclusive, se indica que además de proteger derechos subjetivos, también sirven como mecanismos para tutelar intereses.

Con respecto a "la noción de remedio en el *Common Law*", Saavedra indica "qué poseería el siguiente perfil: a) un medio de reacción frente a un orden violado o frustrado a causa de un acto o evento, b) un instrumento activado por el particular afectado y c) un mecanismo provisto por el juez sobre la base de una evaluación de los intereses involucrados en un caso concreto" (2014: 116).

Como podemos apreciar, el autor precedente indica que el remedio desde la perspectiva del *Common Law*, es considerado un mecanismo de defensa frente a la violación de un derecho o interés, de un particular.

a) Clasificación de los Remedios:

En cuanto a su clasificación estos se dividen en: a) remedios compensatorios b) remedios preventivos, los cuales se subdividen en: i) coercitivos y ii) declarativos; c) remedios restitutorios, y los d) remedios punitivos. No obstante, si bien centraremos nuestro análisis en los remedios restitutorios (el cual lo realizaremos en el punto b), realizaremos un breve análisis de los otros remedios en el siguiente acápite.

1) Remedios Compensatorios:

Para Laycock los remedios compensatorios "are designed to compensate plaintiffs for harm they have suffered. The most important compensatory remedy is compensatory damages, a sum of money designed to make plaintiff as well off as he would have been if he never had been wronged" (2012: 3). En referencia a lo indicado por este autor podemos señalar que el remedio compensatorio busca reparar el daño sufrido y además, colocar a la persona en aquella situación anterior al hecho lesivo.

En relación con el remedio compensatorio, Stoll indica lo siguiente: "By virtue of the compensation the injured party should generally be placed in neither a better nor a worse position than that in which he would have stood in absence of the injurious event" (1978:11). Para este autor, el remedio de la compensación no pone al perjudicado en una posición mejor ni más desfavorable a la que tenía antes del evento dañoso.

Por su parte, Rowan indica sobre el remedio compensatorio lo siguiente:

Compensatory damages are a substitutional remedy. The aim is to provide the injured promisee with the sum of money necessary to put him in the position in which he would have been had the contract been performed. To this extent, the remedy is protective of the performance interest. However, in contrast with specific remedies, it does not give the promisee the very thing for which he bargained (2012: 109).

De lo indicado por el autor precedente podemos inferir que los remedios compensatorios se caracterizan por otorgar al perjudicado una suma de dinero ante el daño sufrido, que lo ponga en la situación en la cual estaría si el contrato se hubiera celebrado; por el contrario, dentro de los remedios específicos tenemos: "injunctions, specific performance of contracts, restitution of specific property, and restitution of a specific sum of money" (Laycock 2012: 5); los cuales se caracterizan por otorgar al perjudicado no el sustituto en dinero de lo que perdió sino lo que realmente quiere recibir. Como ocurre con la pretensión del falso representado, que pretende obtener lo que realmente desea: su propiedad.

Por último, Burrows plantea sobre el remedio compensatorio lo siguiente: "the aim of compensatory damages for breach of contract is to put the claimant into as good a position as it would have been in if the contract had been performed. For tort the aim of compensatory damages is to put the claimant into as good a position as it would have been in if not tort have been committed" (2009:33). De lo afirmado por este autor se desprende, que el remedio compensatorio puede ser de utilidad para el perjudicado tanto en el ámbito contractual como del extracontractual, puesto que, en caso de *breach of contract*, el remedio compensatorio coloca al perjudicado en la situación en la cual estaría si se hubiese celebrado el contrato. Por otro lado, en caso de *torts*, el perjudicado es colocado en la situación anterior en la cual estaría si el evento dañoso no se hubiese producido.

Finalmente, podemos indicar que el remedio compensatorio sirve para reparar el daño que una persona ha sufrido como consecuencia del quebrantamiento de un contrato, o de un evento lesivo que no tiene origen contractual. Además, dicho remedio es de carácter sustitutorio y difiere de los *specific remedies*.

En el caso de análisis, el de la falsa representación anómala, dicho remedio compensatorio no sería el más idóneo, debido a que, como lo describimos en el líneas anteriores, el falso representado no podría ver satisfecho su interés si solicita una suma de dinero por el daño sufrido al ver perdida su propiedad, porque sería difícil que el falso representante y el tercero contratante le paguen la suma que solicita si ambos se han confabulado para estafarlo. Visto que, podemos inferir que si son parte de una red criminal que se dedica a la estafa de bienes inmuebles utilizando la figura de la falsa representación, difícilmente tendrán bienes a su nombre que puedan cubrir el resarcimiento solicitado. En consecuencia, el falso representado encontraría que su derecho ha sido doblemente lesionado, por una parte, por el falso representante y el tercero contratante que no disponen del dinero para pagarle por la propiedad perdida; y por otro, por el sistema jurídico que no le brindó el remedio más idóneo para recuperar su propiedad.

2) Remedios Preventivos:

En palabras de Laycock los remedios preventivos “are designed to prevent harm before it happens, so that the issue of compensation never arises. Preventive remedies come into forms, coercive and declaratory” (2012:3). De lo indicado por el autor precedente podemos indicar que los remedios preventivos sirven para prevenir situaciones que pueden generar daños. Por consiguiente, dicho remedio no tiene por función compensar, debido a que, la compensación nunca se genera.

Los remedios preventivos se dividen en coercitivos y declarativos. Dentro de los remedios coercitivos el más importante es la *injunction*. “An injunction is a personal command from a court to litigants, ordering them to do or to refrain from doing some specific thing” (Laycock 2012:3). En relación a lo indicado por el autor precedente podemos señalar que el remedio de la *injunction* es un mandato que determina que una parte está obligada a realizar una determinada actividad o abstenerse de realizarla. Ejemplo de ello, es cuando se tiene la orden directa de no entrar en propiedad ajena (del vecino) o de no cortar árboles de propiedad de otro.

De otro lado, Stoll define la *injunction* como “an equitable remedy which may be granted by the court for the purpose of abating unlawful interferences or disturbances in the broadest sense” (1978: 154). De lo señalado por este autor podemos referir que dicho remedio concedido por la corte, tiene como objetivo, aplacar ilegítimas injerencias y perturbaciones en la esfera del perjudicado. Inclusive, este remedio sirve para prevenir alteraciones de los derechos lesionados o una repetición de la lesión.

En referencia a la *injunction* y a la *specific performance*, Rowan indica: “They are equitable remedies, and discretion ary in nature, to be granted only where a court considers that it is just to do so. Disobedience of and order for specific performance or an injunction may put the defaulting promisor in contempt of court” (2012: 25). En referencia al remedio de la *injunction*, este autor plantea que en caso de que el causante de la lesión del derecho no cumpla con la orden dictada por el juez, se le impondrá una sanción mayor.

Por último, Burrows refiere que existen clases de *injunctions* que pueden ser utilizadas in breach of contracts or in torts: "A prohibitory injunction acts negatively, ie it orders the defendant not to do something. A mandatory injunction acts positively, ie it orders the defendant to do something" (2009:511). De lo señalado por este autor podemos plantear, que las *injunctions* pueden consistir en conductas positivas (como las obligaciones de hacer en nuestro ordenamiento) y conductas negativas (como las obligaciones de no hacer); no obstante, se diferencian en que las *injunctions* son mandatos dispuestos por el juez.

Con respecto a los remedios declarativos estos se carecterizan por "prevent harm to the litigants by resolving uncertainty about their rights before either side has been harmed by erroneously relying on its own view of the matter" (Laycok 2012: 3). De lo indicado por el autor precedente podemos inferir que los remedios declarativos tienden a ser coercitivos pero de manera implícita; es decir, que pueden no terminar en un mandato personal. Además, dicho remedio está diseñado para resolver las disputas de derechos que puedan surgir entre las partes, antes de que se origine algún daño.

Por su parte, Lawson en relación con los remedios declarativos indica lo siguiente:

There are, however, situations where a dispute cannot be settled without recourse to a court of law, whether because a party cannot safely act in a certain way without the judicial approval implied in a declaratory judgment, or because it necessary to make a test case, to govern other cases which are likely to arise in the future, or because, although the parties are not on bad terms with each other, they are too much at arm's length to settle the dispute otherwise (1980:231).

Para este autor, el remedio declaratorio sirve para dilucidar conflictos entre las partes respecto a los derechos que se desprendan del contrato, sin llegar a mandatos judiciales que ordenen que la parte deba realizar algún comportamiento.

En ese mismo orden de ideas, Burrows, plantea sobre el remedio declarativo, lo siguiente: "is a remedy, generally regarded as statutory albeit with equitable roots, by which a court simply pronounces on the rights or even the remedies of the parties" (2009: 590). De lo indicado por este autor, podemos mencionar que el remedio declaratorio otorga certeza a la parte de que el conflicto o asistencia que se necesite, tendrá una correcta solución. Inclusive, se indica que este tipo de remedios no tiene carácter resarcitorio; es decir, no busca reparar un daño.

Por último, se señala que los remedios declaratorios "their principal purpose is to resolve uncertainty that future conduct might depend on" (Laycock 2012:465). De lo afirmado con anterioridad podemos indicar, que los remedios declarativos se centran en resolver la incertidumbre de la cual, la futura conducta podría depender.

Finalmente, en relación con los remedios preventivos podemos señalar que en el caso de la falsa representación anómala, no podrían ser de aplicación, porque el falso representado lo que busca es un mandato judicial que ordene, que el tercero contratante y el falso representante le devuelvan la propiedad del bien del cual fue despojado. Lo cual, no puede obtenerse por medio del remedio preventivo. Además, los remedios preventivos no buscan compensar a la víctima sino prevenir el daño.

3) Remedios Punitivos:

En relación con los remedios punitivos, Laycock establece lo siguiente: "are designed to punish wrongdoers (...). But there are punitive civil remedies: The best known is punitive damages" (2012: 4). El autor precedente indica que los remedios punitivos se caracterizan por su carácter sancionador; debido a que, no buscan resarcir sino perseguir el delito.

Desde la perspectiva de Burrows, los remedios punitivos: "punish the defendant for his or her wrongful conduct" (2009: 408). Es decir, dicho remedio es utilizado para desincentivar las conductas delictivas, puesto que su función principal es la de sancionar.

Además, es indicado por la doctrina que dicho remedio solo puede ser utilizado en los casos de *torts* y no en *breach of contract*; visto que, tiene un carácter no compensatorio. Inclusive, se indica que no debería ser aplicado, un remedio sancionador tan drástico, para los delitos civiles.

Por otro lado, Lawson refiere acerca de los remedios punitivos, lo siguiente: "Punitive or exemplary damages are awarded in certain cases, not in order to compensate the plaintiff, but to punish and make an example of the defendant and deter others from acting in a similar manner" (1980: 60). Según este autor, el propósito de los remedios punitivos es castigar y poner como ejemplo a aquellas personas infractoras; para así, desincentivar dichas conductas.

Para Rowan, los remedios punitivos: "do not seek to compensate. Instead, they impose liability beyond the sum of money necessary to repair the harm caused to the injured promisee. The threat to the promisor of liability for a sum which is greater than his likely compensatory and restitutionary liability removes any incentive for him to renege on his bargain" (2012: 171). De lo indicado por este autor podemos inferir que la suma otorgada por el ejercicio del remedio punitivo busca que la conducta del transgresor no se vuelva a repetir en el futuro. Además, podemos señalar que el remedio punitivo siempre tendrá éxito, en caso de que el remedio restitutorio o compensatorio falle.

Por último, para Stoll los elementos para otorgar una suma de dinero por concepto de daños punitivos son los siguientes: "A prerequisite for the award of exemplary damages is a context of humiliating or outrageous circumstances surrounding the tort inflicted upon the victim. The element of outrage is most obvious if the tortfeasor either acted with malice or intentionally disregarded the victim's rights" (1978:99). Para este autor, para que el afectado pueda ejercitar el remedio punitivo se deben dar dos requisitos: el primero, que el afectado sea víctima de humillación o indignación; segundo, que el transgresor actué sin importarle en lo más mínimo, los derechos del afectado.

Finalmente, podemos indicar que los remedios punitivos no serán de aplicación para el caso de la falsa representación anómala porque consideramos que en el ámbito civil, el remedio que mejor tutela al falso representado es el restitutorio, no el sancionatorio. Puesto que, si bien el falso representado puede buscar una sanción para los involucrados en la falsa representación anómala (estafa), esta se podrá tramitar por la vía penal no civil. Además, los remedios punitivos se encargan de sancionar delitos civiles tales como: la difamación, excluyendo al delito de la estafa por considerarlo un delito mayor.

b) Remedios Restitutorios:

Los remedios restitutorios "are designed to restore to plaintiff all that defendant gained at plaintiff's expense" (Laycock 2012: 4). Es decir, que para este autor, el remedio restitutorio estaría amparado en recuperar la ganancia adquirida por el demandado, puesto que, otorga al

demandante todo aquello que el demandado ha obtenido a su costa. Además, el referido autor indica que los "restitutionary remedies differ from compensatory remedies conceptually, in their focus on defendant's side of the transaction, and sometimes practically, because they may reverse the transaction in kind, restoring possession of specific property where it is practical to do so" (Laycock 2012:4). En palabras de dicho autor, a través del remedio restitutorio, el demandante podría obtener la devolución de su propiedad, debido a que, dicho remedio se centra en que el demandado restablezca en forma específica lo que fue objeto del contrato.

Por otro lado, Lawson en referencia a los remedios restitutorios indica: "On this basis an attempt is made to cure certain financial maladjustment, not arising from tort or breach of contract or trust, by which a defendant has been unjustifiably enriched at the expense of the plaintiff" (1980: 139). Para este autor, los remedios restitutorios son utilizados para los casos de enriquecimiento sin causa, que no proviene de un trust, breach of contract o un tort.

En palabras de Cooter y Ulen, en relación al remedio restitutorio indican: "la restitución simplemente revoca la transferencia que se llevó a cabo; es un remedio mínimo en los contratos. No compensa a la víctima del incumplimiento por la expectativa, la oportunidad o la confianza" (2016:432). De lo señalado por el autor precedente podemos plantear, que en el caso de la falsa representación anómala, si se utilizará dicho remedio, el tercero contratante deberá restituir la propiedad al falso representado. Visto que, el contrato celebrado es nulo por causa ilícita al contravenir una norma imperativa penal relacionada con la estafa en ocasión de bienes inmuebles.

En resumen podemos indicar que en cuanto a su clasificación, los remedios restitutorios pueden surgir:

- Enriquecimiento sin causa (unjust enrichment)
- De errores (wrongs)
- Reivindicar derechos de propiedad (vindicate property rights).

A continuación analizaremos cada uno de ellos:

b.1 Enriquecimiento sin causa:

"In a few but well-established situation the plaintiff can recover from the defendant the benefit he has acquired in consequence of the wrong he has done to the plaintiff, irrespective of the loss, if any, suffered by the plaintiff, and even, on occasion, when it is hard to see that any wrong has been done to him" (Lawson 1980:52-53). Para este autor el enriquecimiento sin causa se define como aquel beneficio que puede recobrar el demandante, como consecuencia del daño que el demandado le ha ocasionado. Además, dicho "daño" puede surgir del quebrantamiento de un deber. Inclusive, se puede obtener dicho beneficio cuando el quebrantamiento sea difícil de reconocer.

En referencia a los remedios restitutorios y su relación con el enriquecimiento sin causa, Burrows refiere "some commentators on English Law would confine restitution of an unjust enrichment to that personal right and the remedies enforcing it, which we can loosely refer to as "personal restitution" (2011:785). Para el autor precedente, algunos analistas de la ley inglesa

limitan la restitución de un enriquecimiento injusto, al ámbito del "derecho personal", por ejemplo: el demandado es condenado a pagar una suma de dinero por el beneficio que ha recibido. Por otro lado, se señala que "beyond such a personal right to value received there are others rights to restitution (...). In very general terms, these other rights are "rights in property" (including rights tangible and intangible property)"(2011:785). Como se puede apreciar, no solo la restitución en un enriquecimiento injusto deviene de derechos "personales", sino también de derechos de propiedad. Como en nuestro caso de falsa representación anómala. En vista de que, el falso representado podría pedir que le restituyan la propiedad del inmueble del que fue despojado a través del remedio del enriquecimiento sin causa, por la colusión del falso representante con el tercero contratante.

Por su parte, Laycock refiere acerca del remedio restitutorio lo siguiente: "The remedy for unjust enrichment is restitution. A persons who pays money to another by mistake is entitled to restitution from the payee or other beneficiary of the payment. This is true even though the mistake is due solely to the payor's "lack of care", or "inadvertence, as well as where the payee shares in payor's mistake" (2012: 490). Para este autor, el remedio de la restitución es el remedio idóneo en los casos de enriquecimiento sin causa, basado en que, permite que una persona que paga dinero a otro por error tenga el derecho a la restitución por parte del beneficiario del pago. Inclusive, tendrá derecho al pago, si el error se debe únicamente a la "falta de cuidado" del pagador, o "inadvertencia", así como en el caso de que el beneficiario comparta el error del pagador.

De otro lado, Burrows señala que existen "four different types of proprietary rights or remedies may be said to be involved in affecting restitution of an unjust enrichment: equitable liens, subrogation to a discharged security, rescission or rectification revesting proprietary rights, and trust imposed by law" (2011:785). Este autor señala que la restitución en caso de enriquecimiento sin causa se puede dar en cuatro casos: gravámenes equitativos, subrogación a una seguridad descargada, rescisión o restableciendo de la rectificación de derechos de propiedad, y en de los trust, que tienen naturaleza de fideicomiso.

El gravamen equitativo y la subrogación a una seguridad descargada sirven para asegurar la restitución monetaria de la adjudicación. Por su parte, la rescisión incluye una orden necesaria para restablecer derechos. Además, revierte el enriquecimiento y efectúa una restitución donde se restablecen derechos sobre bienes retenidos por el demandado. Por último, los fideicomisos revierten el enriquecimiento injusto del demandado (quien se enriquece reteniendo los derechos sobre la propiedad) a expensas del reclamante (Burrows 2011:786-787)²⁸.

Por otra parte, Traynor subraya sobre los remedios restitutorios lo siguiente: "Questions of restitution and unjust enrichment might conceivably arise in connection with conduct that is "wrongful" although not necessarily in violation of presently applicable common law or

²⁸ Traducción Libre por la autora. "Equitable liens are used to secure a personal monetary restitutionary award.

Subrogation to a discharged security is directly analogous to an equitable lien and can achieve the same effect in securing a monetary restitutionary award.

Rescission of a contracto r gift reverses and enrichment and effects proprietary restitution where it revest rights in property retained by the defendant.

The imposition of that trust is restitutionary and, on the best analysis, reverses the unjust enrichment of the defendant (who is enriched by retaining the rights in property) at claimant's expense".

statutes. Such conduct might involve the violation of a social norm (...), whether or not it is entitled to legal protection" (2011: 903). De lo indicado por este autor podemos inferir, que los remedios restitutorios están relacionados a conductas contrarias a la ley, puesto que, la violación de por ejemplo una norma imperativa penal, podría generar que la parte afectada pueda reclamar la restitución de su propiedad como es en el caso de la falsa representación anómala.

Por último, Salmons refiere sobre los remedios restitutorios y el enriquecimiento sin causa lo siguiente: "a number of unjust enrichment scholars have argued that proprietary restitution is, or at least should be, available for claims arising from unjust enrichment" (2015:538). En palabras de dicho autor, la restitución de la propiedad debería estar habilitada para los casos de enriquecimiento injusto. Tal como, ocurre en el caso de la falsa representación anómala.

b.2 De errores (wrongs):

Antes de comenzar nuestro análisis, debemos enfocarnos primero en definir que debemos entender por "wrong". Para el Common Law la palabra "wrong" hace referencia al quebrantamiento de un deber. Tal como lo indica Giglio: "wrong has been taken as meaning of "breach of duty" (2007:4). Es decir, que en el caso de la restitución por "wrongs" (quebrantamiento de un deber), el derecho de las restituciones se concentra en el quebrantamiento del deber ocasionado por el demandado en perjuicio del reclamante. Tal como lo señala Burrows: "where the unjust enrichment is 'at claimant's expense' in the sense of 'by the defendant committing a wrong to the claimant' the law of restitution is concerned with the wrong as the cause of action not the unjust enrichment" (2009:371).

En otro orden de ideas, Lawson plantea acerca del término wrongs lo siguiente: "A wrong may be considered an infringement of a right, but, since that term is apt to be unduly restrictive, it is better to speak of an interest protected in some way or other by law" (1980:4). En palabras de este autor, el considerar el termino "wrong" como un quebrantamiento de un derecho, es una interpretación muy restrictiva; por tanto, es mejor considerarlo como un interés protegido de alguna manera u otra por ley. En el caso de la falsa representación anómala, no se da el supuesto del quebrantamiento de un deber, sino el de una norma imperativa penal que prescribe un comportamiento contrario a lo estipulado por el ordenamiento jurídico, que en el caso de análisis es: la estafa.

Por otro lado, el remedio de la restitución en caso de "wrongs", se puede originar dentro del marco de un incumplimiento contractual (breach of contract) o en caso de un daño causado injustamente (torts). El primero, consiste en "remedies that reverse gains because defendant has acquired them by breach of a contract with the claimant" (Burrows 2009:395). El segundo, consiste en "remedies that reverse gains because defendant has acquired them by committing a tort against the claimant" (Burrows 2009:375). En conclusión, podemos indicar que los remedios restitutorios en el caso del quebrantamiento de un deber (wrongs) derivado de un incumplimiento contractual como de un daño causado injustamente, generan que los beneficios obtenidos por el demandado se reviertan; ocasionando, que el reclamante reciba un monto mayor a la pérdida sufrida. En el caso de la falsa representación anómala este remedio no podría ser ejercitado, visto que, lo que el demandado está reclamando es la restitución in natura; es decir, del inmueble del cual ha sido despojado, desistiendo del monto dinerario.

De otro lado, en palabras de McBride, las restituciones en el caso de "wrongs", se basan en los daños que se originan en las ganancias que el demandado ha obtenido en perjuicio del demandante. Para dicho autor siguiendo la tesis del Edelman:

There are *two* forms of gain based damages. There are, first of all, damages that are designed to make the wrongdoer disgorge whatever tangible, in-hand gains he has made from doing what he did. These are straightforwardly known as 'disgorgement damages'. The second set of gain-based damages seem to be designed to make the wrongdoer pay a reasonable sum for the privilege he has enjoyed of committing his wrong (2013:3).

Para este autor, la restitución en caso de "wrong" cabría en los siguientes supuestos: el primero, cuando el infractor es despojado de las ganancias obtenidas por su conducta ilícita (disgorgement damages); el segundo, cuando el infractor es obligado a pagar una suma razonable por haberse beneficiado con su actuar.

En referencia a nuestro caso de estudio somos de la opinión que el remedio restitutorio en el caso de "wrongs" no puede ser de aplicación en caso de falsa representación anómala, porque dicho remedio busca que el infractor pague una suma de dinero por haberse beneficiado con su conducta ilícita; en consecuencia, dicho remedio no puede ser de aplicación para nuestro caso de estudio, porque no te otorga la restitución del bien sino una suma de dinero.

Por último, Danneman refiere acerca de la restitución en caso de wrongs lo siguiente:

Courts and the majority of academics now apply Wilburg's and von Caemmerer's doctrine of attribution in order to distinguish wrongs which give rise to restitution from those which do not. This theory links the gain which made with the right which was interfered with. If the legal order attributes the gain in question to the owner of the right, restitution will be granted. On the other hand, if the right in question is not bestowed on the owner so that he or she can reap and keep this particular gain, there is no restitution (2009: 94).

En conclusión, para este autor no en todos los casos un "wrong" da lugar a la restitución. Solo se da en el caso de que el ordenamiento jurídico atribuya la ganancia en cuestión al titular del derecho, en caso contrario, la restitución no surgirá.

b.3 Restitución in natura de la propiedad:

En relación a los derechos de propiedad y el remedio restitutorio, Dannemann indica lo siguiente: "Of the claims arising under the owner/possessor model, three are of a restitution-type nature. First, the vindication claim itself, that is, the claim to restore the property to the owner (...). Secondly, the owner's claim for the benefit which the possessor has gained from using the property, for example by living in the house. Thirdly, the possessor's counterclaim for unauthorized expenditure on the property" (2009:15). En palabras de este autor, se puede utilizar el remedio restitutorio-reivindicatorio, para que el propietario o poseedor de un inmueble recupere la propiedad. Además, se indican otros remedios restitutorios de la propiedad como: la petición de los beneficios que el poseedor ha obtenido por el uso del bien y la contrademanda de parte del propietario por los gastos no autorizados en la propiedad.

En el caso materia de análisis, consideramos que el remedio restitutorio-reivindicatorio sería de utilidad en el caso de la falsa representación anómala, puesto que, lo que solicita el falso representado es que le devuelvan la propiedad que fue objeto del delito de estafa.

Por otro lado, Lawson refiere que se puede utilizar la specific restitution en los casos de restitución de chattels; es decir, para bienes muebles, haciendas o bienes raíces. Sobre la regla en el uso de la specific restitution refiere: "hence would not order specific restitution if the thing in question could be replaced by another thing purchasable in the open market" (1980: 204). Es decir, que para dicho autor el remedio restitutorio en forma específica, se utiliza para algunos bienes que son irremplazables y por tanto, insustituibles en el mercado. En conclusión, podemos inferir que en el caso de falsa representación anómala, el bien inmueble materia de controversia no es un bien fungible intercambiable por otro, por tanto, el remedio de la restitución en forma específica también podría ser de aplicación.

De otro lado, Mc Lean plantea acerca de los proprietary restitutionary remedies lo siguiente: "Birks believes that a proprietary rights(or right in rem in his terminology) is only restitutionary if its results in the transfer from the defendant to the plaintiff of the precise benefit conferred at the plaintiff's expense or through the defendant's wrong"(1989: 488). Es decir, que para el autor precedente, el remedio restitutorio, que el propietario puede utilizar para recuperar su propiedad, puede devenir del enriquecimiento sin causa, debido a que, el demandado se ha beneficiado a expensas del demandante. En referencia a dicho remedio podemos indicar que también podría ser utilizado en caso de la falsa representación anómala, puesto que, el demandado se ha enriquecido a costa del demandante, A causa de que, el primero se ha coludido con el tercero contratante para despojar al demandante de su propiedad.

Por su parte, Stoll refiere sobre el remedio restitutorio in natura lo siguiente: "Restitution in kind is sometimes an indispensable legal remedy if it enables the injured party to free himself of a contractual obligation created by a tortious act. For instance, the party who has been induced to enter a contract through a fraud perpetrated by the other contracting party can request the annulment of the contract as a measure of restitution in kind" (1978: 131). Sobre lo planteado por este autor podemos indicar que la restitución en especie es un remedio legal indispensable, debido a que, permite que la parte lesionada se libere de una obligación contractual creada por un acto ilícito. Por ejemplo, la parte que ha sido inducida a firmar un contrato a través de un fraude perpetrado por la otra parte contratante, puede solicitar la anulación del contrato como medida de restitución en especie. Lo que claramente ocurre en el caso de falsa representación anómala.

Finalmente, en relación a los remedios restitutorios podemos señalar que son medios de defensa que tiene en nuestro caso, el falso representado para poder recuperar la propiedad del cual ha sido despojado. Además, somos de la opinión de que el Sistema del derecho del Common Law, a través del Restatement, Third, Restitution and Unjust Enrichment, regula una serie de supuestos en los cuales el remedio de la restitución otorga una satisfacción mayor al remedio compensatorio, puesto que, con el remedio compensatorio solo se puede obtener el sustituto de lo que se perdió, no lo que realmente se quiere obtener.

2.4 Derecho Italiano:

El Código Civil italiano (Codice), indica con respecto al recesso lo siguiente:

a) Recesso:

Art. 1373°: "Si a una de la partes se le hubiese atribuido la facultad de rescindir el contrato, tal facultad podrá ser ejercida mientras el contrato no haya tenido principio de ejecución (...)"

Con respecto al recesso Ravera indica: "las definiciones doctrinarias de la rescisión presentan el común denominador de subrayar el poder del recedente, a través de un acto de voluntad unilateral extintiva de los efectos del contrato, de liberarse del vínculo que entre las partes, según el dictado normativo, tienen en cambio fuerza de ley"²⁹(2004:8). Para este autor lo primordial en el remedio del recesso está en el poder del recedente, que mediante una declaración unilateral, pueda separarse del contrato y del vínculo que lo une con la contraparte.

Por otro lado, Galgano refiere acerca del recesso lo siguiente: "el contrato puede sin embargo, permitir a una de las partes o a ambas partes la facultad de disolverlo mediante el desistimiento unilateral, derogando el principio en virtud del cual el contrato no puede disolverse más que por mutuo disenso" (1992:151). De lo indicado por el autor precedente podemos señalar que el remedio del recesso no podría ser utilizado por el falso representado, porque este último, no forma parte del contrato. Solamente, el tercero y el falso representante podrían apartarse del contrato.

Por su parte, De nova refiere sobre el recesso como remedio lo siguiente:

"Decir que el contrato tiene fuerza de ley significa afirmar que no puede ser modificado unilateralmente y que tiene que ser cumplido, pero también significa que no puede ser resuelto unilateralmente: y pues, recesso y resolución constituyen-junto- un tema central para medir la fuerza de ley de un contrato"³⁰(1994:1). Dicho autor refiere que el recesso sirve para medir la fuerza de ley de un contrato. Además, indica que la fuerza de ley, permite que los contratos sean cumplidos y no puedan ser modificados unilateralmente.

Si bien creemos, que el recesso es un remedio adecuado cuando una de las partes ya no quiere seguir vinculada por el contrato; en el caso de la falsa representación anómala, este remedio no podría ser de aplicación puesto que el falso representado no forma parte del negocio celebrado. Por tanto, el remedio del recesso solo podría ser ejercido por el falso representante anómalo o por el tercero contratante coludido.

Por último, Barbero señala con respecto al recesso lo siguiente: "el retiro unilateral (...) significa abandono de la relación (por ejemplo, de trabajo) por decisión de una de las partes, sin reaccionar en forma alguna sobre la que es su causa, el contrato. El contrato está fuera de cuestión: sólo interesa la relación. En el sentido de poner fin a ella" (1967:664). Para dicho

²⁹ Traducción Libre por la autora. "le definizioni dottrinarie del recesso presentano il comune denominatore di sottolineare il potere del recedente, mediante un atto di volontà unilaterale estintivo degli effetti del contratto, di liberarsi dal vincolo che tra le parti, secondo il dettato normativo ha invece forza di legge".

³⁰ Traducción Libre por la autora. "dire che il contratto ha forza di legge significa affermare che non può essere modificato unilateralmente e che deve essere adempiuto, ma significa anche che non può essere sciolto unilateralmente: e dunque recesso e risoluzione costituiscono- insieme-un tema centrale per misurare la forza di legge di un contratto".

autor en el recesso no hay que explicarle a la contraparte porque no se quiere seguir con el contrato, simplemente es una prerrogativa de la parte el no seguir y por eso se aparta.

Finalmente, como lo expresamos en líneas anteriores, el recesso es un remedio por el cual una de las partes se aparta del contrato, sin expresión de causa. No obstante, en el caso de la falsa representación anómala este remedio no es de aplicación porque el falso representado no es parte contractual.

b) Ratificación:

En relación con la ratificación, el Código Civil italiano (Codice) indica lo siguiente:

Art. 1399º: "En la hipótesis prevista por el artículo precedente, el contrato podrá ser ratificado por el interesado observando las formas prescritas para su conclusión" (...).

En dicho artículo se regula como remedio la ratificación del acto celebrado por el falso representante sin poder de representación, indicando que debe ser el falso representado el que lo ejerce.

Con respecto a la ratificación Scognamiglio indica que: "es un negocio integrador de la posición del representante, equivalente en ese sentido a la procura" (1996:90). Para este autor, sin la ratificación el negocio nunca surtiría efectos ya que es un elemento esencial para que el contrato recobre todos sus efectos. En relación a si este remedio puede ser utilizado en el caso de la falsa representación anómala, opinamos de que no, porque el falso representado nunca otorgaría efectos a un contrato celebrado con un poder falso y con el cual ha sido despojado de su propiedad.

En ese mismo orden de ideas, Stolfi señala con respecto a la ratificación lo siguiente: "si se produce la ratificación, los efectos del negocio concertado por el representante se verifican directamente en la esfera jurídica del representado como si este hubiera concedido con anterioridad la autorización representativa: según una conocida formula, el negocio concertado para el dominus deviene en negocio del dominus" (1959:249). En referencia a la ratificación este autor indica que el falso representado deberá querer que los efectos del contrato celebrado sin poder de representación recaigan sobre su esfera jurídica patrimonial. Contrariamente, a lo que ocurre en el caso de la falsa representación anómala, en la que el falso representado no tiene interés en que los efectos del contrato celebrado por el falso representante recaigan en su esfera jurídica porque la finalidad de las partes al celebrar el contrato es ilícita.

De otro lado, para Barbero la ratificación del acto celebrado por un falso representante implica lo siguiente: "es un negocio unilateral con el cual precisamente el representado se apropia de los efectos del negocio concluido por el representante sin poder o que se extralimita de los poderes recibidos" (1967:510). En palabras de dicho autor, el falso representado asumirá los efectos del contrato celebrado por el representante sin poder, si dicho negocio satisface su interés. Sin embargo, puede suceder que el falso representado nunca ratifique el acto y que el tercero tenga que pedirle un resarcimiento al falso representante. O puede ocurrir que el falso representado nunca ratifique porque dicho negocio se celebró con la finalidad de cometer un ilícito penal, como sucede en el caso de la falsa representación anómala.

Por último, para Galgano la ratificación "excluye, como regla general, la responsabilidad del falsus procurator frente al tercero contratante" (1992:370). Como lo advertimos en líneas precentes, la ratificación no podría ser utilizada por el falso representado en un supuesto de falsa representación anómala porque no es posible ratificar un acto proveniente de un ilícito que además, te priva de tu propiedad. Inclusive, el falso representado anómalo no va a querer liberar de responsabilidad al tercero contratante que también se coludió con el falso representante para despojarlo de su bien inmueble.

c) Conversión:

En el Código Civil italiano (Codice) la conversión está regulada de la siguiente manera:

Art. 1424° "El contrato nulo podrá producir los efectos de su contrato distinto, del que contenga su requisitos de sustancia y de forma, cuando, teniendo en consideración el fin perseguido por las partes, haya de estimarse que estas lo habrían querido si hubiesen conocido la nulidad"

De dicho artículo se desprende que el acto nulo puede ser convertido en otro que tenga plena validez, no obstante, este tendrá que tener los mismos elementos de aquel contrato declarado nulo.

En referencia, a la conversión Scognamiglio refiere:

Nunca se puede admitir la conversión de un contrato ilícito. En este límite de la figura se encuentran acordes las mejores doctrinas y jurisprudencia. Sucede que en este caso las partes contemplaron un resultado contrastante con las normas imperativas, el orden público y las buenas costumbres, y ciertamente no se puede admitir que la ley otorgue su tutela, ni siquiera limitada a una determinación de la autonomía privada enderezada a un objetivo de esa laya (1996:237).

De lo indicado por este autor podemos inferir que si el contrato quebranta normas imperativas como es el caso de la falsa representación anómala; este es considerado ilícito y por tanto, no podrá ser convertido.

Por otro lado, Betti refiere acerca de la conversión lo siguiente: "no basta, sin embargo, la posibilidad de la conversión; es preciso que sea también reconocida su oportunidad, su correspondencia al criterio de la buena fe y, en general, a exigencias de justicia" (2000:435-436). Como se aprecia de esta cita, la buena fe en el contrato es requerida para la conversión; por el contrario, si es que hay mala fe de las partes contratantes, el negocio no se podrá remediar.

En el caso de falsa representación anómala, el negocio no podrá ser convertido porque hay mala fe de los contratantes, tanto de falso representante como del tercero contratante al querer dar efectos a un contrato cuyo fin es ilícito.

Por su parte, Galgano refiere acerca de la conversión lo siguiente: "la conversión implica un cambio en la causa del contrato: lo hace posible dentro del ámbito circunscrito al fin perseguido por las partes" (1992:324). Para dicho autor, es el fin que persiguen las partes lo que es esencial para utilizar el remedio de la conversión. Por consiguiente, debido a que en el contrato celebrado por el falso representante anómalo se persigue un fin ilícito este remedio no podría ser utilizado.

Por último, Stolfi indica que se requieren dos elementos para la conversión:

En primer lugar, que el negocio nulo tenga todos los requisitos de forma y sustancia o contenido que se requieren o exigen para que exista un acto diverso del que fue concertado (...). Es necesario después, en consideración a la finalidad perseguida por las partes, tener en cuenta que el segundo negocio es válido y querido por aquellas si tuvieron conocimiento de la ineficacia del primero (1959:92-93).

Por tanto, la finalidad perseguida por las partes es un elemento determinante para la conversión. Visto que, si dicha finalidad es ilícita no podrá operar dicho negocio, tal como sucede en la falsa representación anómala.

d) Confirmación:

En el Código Civil italiano (Codice) la confirmación está regulada de la siguiente manera:

Art. 1444° "El contrato anulable podrá ser confirmado por el contratante a quien corresponda la acción de anulación, mediante un acto que contenga la mención del contrato y del motivo de anulabilidad y la declaración de que quiere confirmarlo (...)" .

De dicho articulado se desprende que la confirmación solo podrá ser ejercida por aquella persona que quiera los efectos del negocio para sí mismo, y además, podrá ser ejercitada solo cuando el negocio tenga algún vicio de la voluntad. En el caso de la falsa representación anómala no existe un vicio de la voluntad que pueda ser remediado porque el contrato está viciado con nulidad absoluta.

De otro lado, Barbero indica que la confirmación "consiste en querer remover la ineficacia del negocio afectado de invalidez" (1967:640). Es decir, que la confirmación del negocio generará que este, recobre todos sus efectos. No obstante, tendrá que cumplir con ciertos requisitos.

Por otro lado, Galgano refiere sobre la confirmación lo siguiente: "no se le exige que reúna los requisitos de forma del contrato que se desee confirmar(a diferencia de la ratificación del contrato del falsus procurator)"(1992:322). Para este autor, no es necesario que la confirmación cumpla con determinados requisitos de forma, puesto que solo importa que el interesado quiera los efectos del negocio para sí mismo.

En referencia a si este remedio es útil para el caso del falso representado en el supuesto de falsa representación anómala, debemos indicar que no es útil porque no se puede confirmar un acto que deviene de un ilícito y además, que adolece de nulidad absoluta.

En otro orden de ideas, Scognamiglio indica sobre la confirmación lo siguiente: "El acto de convalidación puede celebrarse, en forma expresa o tácita. La convalidación expresa debe contener la mención del contrato y del motivo de anulabilidad, así como la declaración de que se pretende convalidarlo, y en ese sentido puede definirse en todo caso como un acto formal" (1996:247). Para dicho autor, la convalidación o confirmación puede implicar ciertos requisitos formales para su utilización, como la declaración y el motivo de la anulabilidad.

Por último, Stolfi indica con respecto a la confirmación lo siguiente: "implica la renuncia a la acción de anulación y por tanto, no se haya motivo para sustraerla a la norma general acerca del carácter unilateral de la renuncia" (1959:104). Para este autor, si se ejerce la anulación, ya no

podrás pedir la nulidad del acto celebrado, porque ya desde un principio renuncias a dicha facultad para otorgarle efectos jurídicos al acto viciado.

Finalmente, podemos indicar que la confirmación como remedio no podrá ser utilizado por el falso representado anómalo porque no se puede confirmar un acto que deviene de un ilícito. Además, no estamos dentro de lo que la teoría de la anulabilidad denomina: vicios de la voluntad”.

2.5 Derecho Peruano:

En el Código civil peruano la figura del mutuo disenso se regula de la siguiente manera:

a) Mutuo disenso:

Art. 1313°: “Por el mutuo disenso las partes que han celebrado un acto jurídico acuerdan dejarlo sin efecto. Si perjudica el derecho de tercero se tiene por no efectuado”

De dicho artículo se desprende que, el mutuo disenso es aquel acto por el cual las partes de mutuo acuerdo deciden dejar sin efectos el contrato que celebraron. Este remedio es aplicado para el caso del falso representante que regula el Art. 161° del Código Civil.

Dentro de ese mismo orden de ideas, Priori indica sobre el mutuo disenso y su relación con la figura del falso representante lo siguiente: “el tercero no puede unilateralmente disolver los efectos del contrato celebrado con el falsus procurator; siendo posible más bien que ello se haga a través de una declaración de voluntad conjunta entre tercero y falsus procurator, luego de lo cual se hará imposible la ratificación” (2003:709).

Es decir, que en el mutuo disenso solo intervienen el tercero contratante y el falso representante no el falso representado. Por tanto, creemos que no puede ser de aplicación a nuestro caso de estudio porque el supuesto al cual nos referimos es un caso de falsa representación distinto al regulado en el Art. 161° del Código Civil, sin embargo analizaremos las características de dicho remedio.

En relación con el mutuo disenso, Torres Vásquez refiere lo siguiente: “el mutuo disenso es el convenio entre las partes para de común acuerdo dejar sin efecto un contrato celebrado anteriormente” (2012:1134). Esto es, que para que haya mutuo disenso es necesario que las voluntades de las partes contratantes concuerden. Además, con dicho remedio se deja sin efecto un contrato porque no se satisface los intereses de ambas partes.

Por último, para Osterling Parodi “el mutuo disenso, también denominado resiliación (ressiliation en Francia), es un modo de extinción de las obligaciones que, por sus características particulares, resulta uno de los pilares en que se fundamenta la base de nuestro sistema; es decir, el libre ejercicio de la autonomía privada” (2013:107). En otros términos, dicho remedio es utilizado por las partes contratantes cuando el interés en la prestación se pierde. Por tanto, se ponen de acuerdo para extinguir los efectos del contrato.

Finalmente, podemos indicar que el mutuo disenso si bien no puede ser utilizado como remedio para el caso de la falsa representación anómala porque el falso representado no es parte del contrato, en el caso de la falsa representación del Art. 161° del Código Civil, esta sería la mejor opción para las partes, en caso de no darse la ratificación.

b) Ratificación:

En el Código civil peruano la figura de la ratificación se regula de la siguiente manera:

Art. 162°: En los casos previstos por el artículo 161°, el acto jurídico puede ser ratificado por el representado observando la forma prescrita para su celebración. La ratificación tiene efecto retroactivo, pero queda a salvo el derecho de tercero.

El tercero y el que hubiese celebrado el acto jurídico como representante podrán resolver el acto jurídico antes de la ratificación, sin perjuicio de la indemnización que corresponda

La facultad de ratificar se trasmite a los herederos.

De dicha definición se desprende que el acto celebrado por el falso representante puede ser ratificado por el falso representado si este considera que dicho acto lo puede beneficiar. No obstante, se indica que existe el remedio del mutuo disenso en caso nunca se otorgue la ratificación.

De otro lado, en relación con la ratificación, Vidal Ramírez refiere lo siguiente: "Es un acto unilateral recepticio, pues la manifestación de voluntad, a nuestro entender, se dirige a quienes celebraron el acto representativo anómalo" (2013:335). Para este autor, la ratificación tiene el efecto de remediar el acto celebrado por el falso representante en un supuesto de ineficacia, mas no creemos que pueda aplicarse en un supuesto de nulidad como es en el caso de la falsa representación anómala, puesto que, no se puede ratificar un acto que deviene de un ilícito.

Por su parte, Torres Vásquez indica sobre la ratificación lo siguiente: "es un acto jurídico recepticio y unilateral, en virtud del cual el dominus acepta como suya la declaración de voluntad hecha en su nombre por el falsus procurator para quedar el mismo vinculado al tercero" (2007: 519). Como se observa, la ratificación sirve para dar efectos jurídicos al contrato celebrado por el falso representante, no obstante, debemos acotar que para el caso de falsa representación anómala esto no podría ser posible dado que, el fin del negocio es ilícito y por tanto, no susceptible de ratificación.

De otro lado, Priori Posada refiere acerca de la ratificación lo siguiente: "se permite que a través de una declaración posterior, el supuesto representado haga suyos los efectos de un negocio celebrado en su nombre por una persona que no tenía el poder de representación" (2003: 707). Por tanto, si el falso representado le es beneficioso el negocio celebrado por el representante sin poder, ratificará el acto, sino simplemente seguirá siendo ineficaz dentro de su esfera.

Por último, Espinoza señala en referencia a la ratificación lo siguiente: "la ratificación es un negocio autónomo que tiene como efecto integrar (o subsanar) un acto ineficaz" (2010: 162). En consecuencia, la ratificación sirve como elemento esencial para otorgarle efectos al contrato

celebrado por el falso representante en un supuesto de ineficacia no de nulidad, como es nuestro caso de estudio. Por tanto, en el caso de falsa representación anómala, el remedio de la ratificación no podrá ser utilizado, porque el falso representado jamás podrá dotar de efectos a un negocio en donde pierde su propiedad.

c) Conversión:

La figura de la conversión no está regulada en nuestro código civil. Pero haremos un breve análisis de lo indicado por la doctrina peruana al respecto. Puesto que, el acto nulo puede ser remediado utilizando dicho remedio.

Con respecto a la conversión, Toyama indica que "es posible que un negocio jurídico nulo pueda ser convertido en uno válido si reúne ciertos requisitos. En efecto, la doctrina señala que si un negocio jurídico nulo tiene los requisitos de fondo y forma de uno diferente y se aprecia que el fin querido por las partes conduce a este otro negocio jurídico válido, puede operar la conversión" (2012:456).

Para este autor, la conversión puede ser utilizada en caso de que las partes quieran que un negocio nulo pueda adquirir validez, mediante otro negocio que revista similares características del negocio anterior. No obstante, en el caso de la falsa representación anómala, dicho negocio no podría ser convertido porque la finalidad perseguida por las partes es ilícita, debido a que, el falso representante se ha coludido con el tercero contratante para despojar al falso representado de su propiedad.

Por otro lado, Torres Vásquez indica acerca de la conversión lo siguiente: "Hay actos nulos que no pueden ser convertidos, como sucede con el acto simulado con el cual no se persigue producir efectos, o con los actos con fin ilícito u objeto ilícito. La razón de la inadmisibilidad de la conversión de un acto ilícito radica en que en este caso las partes buscan obtener un resultado contrario a las normas imperativas" (2007:781). De lo expresado por este autor se infiere que el contrato celebrado por el falso representante en un supuesto de falsa representación anómala, no puede ser convertido porque el fin que persiguen las partes es ilícito (despojar al falso representado de su propiedad), y por tanto, el falso representado no podría utilizar el remedio de la conversión para convertir un negocio ilícito en otro lícito. Además, en el supuesto de falsa representación anómala se quebranta una norma imperativa penal vinculada a la estafa.

De otro lado, Escobar Rozas establece con respecto a la conversión lo siguiente: "La conversión material (que, en realidad, es la única conversión propia) constituye una modificación legal del negocio nulo que determina que este se transforme en uno válido, aunque con efectos y alcances distintos de los previamente configurados por las partes" (2003:910).

De lo indicado por este autor, podemos indicar que el remedio de la conversión es útil para los casos distintos de nulidad absoluta por fin ilícito u objeto; por ejemplo cuando no haya manifestación de voluntad, o cuando no haya seguido la forma prescrita bajo sanción de nulidad.

Por último, Espinoza refiere sobre la conversión lo siguiente: "si bien teóricamente se comparte la distinción entre ilicitud del fin que impide la conversión, e ilicitud solo del instrumento, que la permite con la sola condición que el contrato transformado sea válido, en concreto, no es simple plantear un contrato ilícito que se pueda convertir en otro contrato lícito, consintiendo con ello que el fin práctico de las partes sea merecedor de tutela" (2010:596). Concordamos con dicho autor cuando señala que no se podrá convertir un contrato ilícito en otro lícito, visto que, en el caso de la falsa representación anómala, el contrato celebrado por el falso representante con un poder falso es ilícito por contravenir una norma imperativa penal que indica lo siguiente:

Art. 196-A: Código Penal:

"La pena será privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años y con noventa a doscientos días-multa, cuando la estafa:
(...)

4. Se realice con ocasión de compra-venta (...) bienes inmuebles" (El subrayado es nuestro).

Es decir, podemos concluir, que el falso representado no podrá convertir un acto cuya finalidad es ilícita para darle efectos de un acto válido. Porque, uno de los requisitos para la conversión es que no se trata de negocios cuyo fin sea ilícito.

d) Restitución:

En el Código Civil no existe una norma que regule el remedio de la restitución en el caso de venta de bienes inmuebles. Solo existen las normas del enriquecimiento sin causa que como señala Espinoza "pertenecen a la categoría de los remedios restitutorios" en la cual también se encuentran la gestión de negocios y el pago indebido" (2010: 117).

Por tanto, analizaremos las normas que regulan el enriquecimiento sin causa, para dilucidar si el remedio de la restitución puede ser utilizado en nuestro caso de estudio.

Las normas que regulan la figura del enriquecimiento sin causa son las siguientes:

Art. 1954º: "Aquel que se enriquece indebidamente a expensas de otro está obligado a indemnizarlo".

Art. 1955º: "La acción a que se refiere el artículo 1954 no es procedente cuando la persona que ha sufrido el perjuicio puede ejercitar otra acción para obtener la respectiva indemnización".

En relación con el tema de la restitución y el falso representado, Torres Vásquez señala lo siguiente:

Su derecho de propiedad y cualquier otro derecho real está protegido constitucional y legalmente, la acción de ineficacia y, en su caso, la de la consiguiente restitución solamente puede prescribir, por mandato del art. 2001.1 en el plazo ordinario de diez años: no es justo obligarlo a que primero siga un largo proceso de ineficacia para luego otro de restitución de los bienes de los que ha sido despojado. La justicia

tiene que proteger al titular del derecho, o sea al del falso representado, y no a los que se inmiscuyen en los asuntos sin autorización alguna. (2015:508-509).

El autor precedente señala que el falso representado que pierde su propiedad, tiene derecho a que le restituyan el inmueble del cual fue despojado. En vista de que, la constitución garantiza que el derecho de propiedad de cualquier ciudadano este plenamente protegido ante circunstancias que generen su vulneración.

En cuanto a nuestro caso de estudio, las dos partes contratantes actúan de mala fe y por tanto, el tercero contratante no podría ampararse en la protección ofrecida por el Art. 2014° del Código Civil. En consecuencia, es el falso representado quien debería estar protegido por la ley (en el caso de falsa representación anómala) y no el tercero contratante.

Por su parte, Barandiaran indica con respecto a la restitución lo siguiente: "las partes por lo tanto quedan obligadas a la restitución recíproca de lo que hayan recibido o perdido" (1961:71). El autor refiere que cuando se declara la nulidad del contrato, el efecto es la restitución de las prestaciones que fueron recibidas. No obstante, creemos que el remedio de la restitución es "el medio concreto puesto a disposición del sujeto para hacer efectiva una forma de tutela concedida por el ordenamiento jurídico; es decir, son" (...) en concreto medios puesto a disposición del sujeto para hacer efectiva las formas de tutela individualizadas (...) " (Fernández Cruz: 2015). En conclusión, podemos inferir que el remedio de la restitución puede servir para el caso de falsa representación anómala porque es la tutela o medio que tiene a disposición el falso representado para pedir que le devuelvan el bien del cual fue despojado. Si bien creemos que no debe ser confundido con el efecto de la nulidad, consideramos que si es posible utilizar el remedio de la restitución a través de la figura del enriquecimiento sin causa o el remedio de la reivindicación, para que el falso representado recupere su propiedad.

De otro lado, Geldres Campos, refiere con respecto al deber de restitución y su relación con la nulidad lo siguiente: "surge como consecuencia de la nulidad y que vienen a ser un efecto indirecto de éste. Por ende, si se concluye un contrato de compraventa y este es declarado nulo, el comprador no será propietario de bien, solo será poseedor (si hay entrega), que deberá restituir el bien a su vendedor, quien es el titular del bien" (2014:7).

De lo señalado por este autor podemos indicar que, si el falso representado en un supuesto de falsa representación anómala pide la restitución del bien, este debería ser restituido porque el contrato celebrado por el falso representante con un poder falso y un tercero contratante coludido, no estaría amparado por el Art. 2014° del Código Civil, que protege al tercero adquirente de buena fe.

Por último, Fernández Cruz indica con respecto a la acción de enriquecimiento sin causa y la restitución lo siguiente:

"La acción de enriquecimiento sin causa es una forma de tutela típicamente restitutoria y de naturaleza subsidiaria, que subordina su aplicación a cualquier tipo de acción concurrente que pueda eliminar el desequilibrio patrimonial producido cualquiera sea el título de esta acción concurrente, por lo que de existir una acción proveniente de la tutela resarcitoria, está excluye la posibilidad de acudir al enriquecimiento sin causa" (2015:403). El autor precedente indica que la tutela restitutoria es subsidiaria en su aplicación, puesto que, si hay una acción proveniente que pueda resarcir el daño ocasionado, se excluye a la restitución.

No obstante, somos de la opinión que para el caso de la falsa representación anómala, si bien el falso representado podría pedir un resarcimiento ante el daño sufrido por la pérdida de su propiedad, creemos que el remedio de la restitución sería el más adecuado en lugar de un resarcimiento, porque puede darse el caso que los involucrados no tenga el dinero, para pagar el resarcimiento y el falso representado quedaría aún más dañado por la estafa y a la vez por el sistema judicial que no le pudo devolver su inmueble.

Después de hacer un análisis de las diversas normativas comparadas en el tema de los remedios, plantaremos nuestra posición acerca del remedio que podría ser el más adecuado para el caso de la falsa representación anómala.

Somos de la opinión que el remedio más adecuado al caso del falso representante en un supuesto de falsa representación anómala, es la restitución. Si bien creemos que la conversión podría haber sido otro remedio adecuado para el caso del falso representante anómalo; el requisito de la no ilicitud del negocio es lo que ocasiona que no sea un remedio ideal para el caso.

En consecuencia, la restitución a través del enriquecimiento sin causa sería el remedio aplicable en el caso de la falsa representación anómala, debido a que, es el remedio que otorga mayor protección al falso representado, en cuanto resulta, un mecanismo idóneo para recuperar su propiedad, contrario a lo que el resarcimiento, le brindaría; puesto que, consideramos que si el falso representado utilizara el remedio de la responsabilidad civil, para obtener un resarcimiento de parte del falso representante y el tercero contratante, ocasionaría un esfuerzo inútil, debido a que, el falso representante y el tercero contratante se coluden para obtener un beneficio económico, con la estafa. Puede darse el caso que estos delinquentes no tenga un patrimonio el cual se pueda embargar, o dinero suficiente para pagar el resarcimiento. Lo cual dejaría al falso representado en la indefensión y en el desamparo por parte del ordenamiento jurídico.

Por otro lado, en referencia a la ratificación, consideramos que no es posible jurídicamente ratificar un acto que deviene de un ilícito penal, como lo es en el caso de la falsa representación anómala. Puesto que, si nos situamos en el supuesto que el falso representado ratifique el contrato celebrado con un poder falso y un tercero contratante también coludido; el primero, sería también considerado, cómplice de la estafa si trata de vender dicho inmueble a otra persona.

En referencia al mutuo disenso, somos de la opinión que dicho remedio no puede ser de aplicación porque el falso representado no es parte contratante en el negocio celebrado con el falso representante, puesto que, la otra parte contratante es el tercero adquirente. No obstante, nos ponemos en la situación de que el falso representado desee ponerle fin a dicho contrato; e inferimos que primero tendría que ponerse de acuerdo con el falso representante y con el tercero contratante, para que ambos decidan dejar sin efecto dicho contrato y por ende, se deberán restituir las prestaciones. Empero, como eso solo ocurriría en un mundo idílico y no en el Perú, consideramos que dicho remedio es impráctico, debido a que, ninguna persona en su sano juicio se podría de acuerdo con los estafadores para recuperar su inmueble.

De otro lado, no podemos aplicar la confirmación porque el acto que se pretende confirmar no está viciado por nulidad relativa sino absoluta. Por tanto, el remedio de la confirmación no podrá ser ejercido.

En cuanto al remedio del recesso nos preguntamos si, ¿podría ser de aplicación la separación unilateral?, y la respuesta es que no podría ser de aplicación, porque está diseñado para que cualquiera de las partes contratantes se separe unilateralmente del contrato sin expresar causa alguna. En consecuencia, como el falso representado no es parte contractual, porque quien actúa negociablemente es el falso representante, no podría hacer uso del recesso para poder liberarse del contrato.

Finalmente, reiteramos nuestra posición de que el único remedio que podría ser de utilidad es la restitución. Sin embargo, en el siguiente acápite se ahondará más en el estudio de los remedios que podrían ser de aplicación para el caso de falsa representación anómala.



CAPÍTULO 3: REMEDIOS UTILIZADOS POR EL FALSO REPRESENTADO EN LA FALSA REPRESENTACION ANÓMALA

Sumario: 3.1 Definición del término remedio y su diferenciación con los remedios impugnatorios 3.2 Ratificación 3.3 Mutuo Disenso 3.4 Restitución 3.5 Recesso 3.6 Conversión.

En la falsa representación anómala, el falso representante se colude con el tercero contratante para despojar de su propiedad, al falso representado. La particularidad de esta figura radica en que el falso representante utiliza un poder falsificado, generando que el contrato celebrado por las partes contratantes sea considerado nulo por causa ilícita, al contravenir una norma imperativa penal, que regula la estafa sobre bienes inmuebles. Ante dicha problemática nos preguntamos lo siguiente: ¿El acto celebrado por el falso representante puede ser susceptible de ratificación por parte del falso representado?, ¿Puede ser utilizado el remedio de la conversión en la falsa representación anómala?, ¿El falso representado tiene algún medio de defensa o mecanismo por el cual pueda recuperar su propiedad?, ¿Debe preferirse el remedio restitutorio por encima del compensatorio?. Todas las interrogantes antes planteadas, serán respondidas a lo largo del desarrollo del presente capítulo.

No obstante, antes de responder a las interrogantes anteriormente señaladas y analizar los remedios que pueden ser de utilidad para el falso representado en el caso de la falsa representación anómala, definiremos lo que la doctrina comparada llama "remedios" y realizaremos la diferenciación entre dicha figura y los llamados remedios impugnatorios.

3.1 Definición del término remedio y su diferenciación con los remedios impugnatorios:

El término "remedio es definido, en el lenguaje del jurista anglosajón, como la particular forma de protección reservada de la ley a un interés del sujeto donde éste sea lesionado"³¹ (Di Majo 2003:15). Es decir, que el remedio se centra en tutelar un interés que es salvaguardado por la ley. Además, el referido autor realiza una diferenciación entre dos diversos sistemas jurídicos en cuanto a su aplicación: "En el sistema de *Common law* el juicio de relevancia de los intereses que se pretende proteger está a cargo de los jueces y eso con motivo de la concesión del remedio mientras, en el sistema de *Civil Law*, este juicio emana del legislador y tiene la calidad se ha dicho, de la norma atributiva de derechos"³²(Di Majo 2003:15). Para este autor, en el *Common Law* la protección del interés se da por medio del remedio no a través de una norma

³¹ Traducción Lbre por la autora. "IL rimedio é definito, nel linguaggio del giuristi anglosasoni, come la particolare forma di protezione riservata dalla legge ad un interesse del soggetto ove questo venga leso".

³² Traducción Lbre por la autora. "Nel sistema di *Common law* il giudizio di rilevanza degli interessi che si intendono proteggere é dato dai giudici e ciò in occasione della concessione del rimedio mentre, nel sistema di *Civil Law*, questo giudizio promana dal legislatore ed ha la veste si é detto, della norma attributiva di diritti".

que atribuya derechos a los sujetos; esto es, por medio del reconocimiento por parte del ordenamiento jurídico de un poder o facultad que le permita protegerse ante intromisiones de terceros que vayan en contra de sus intereses. Tal como Espinoza refiere: "un derecho subjetivo privado que cada uno puede hacer valer frente a comportamientos lesivos del mismo, realizados por cualquier otro sujeto" (1999:273).

Por su parte Torres Vásquez, refiere al término remedio jurídico como lo siguiente:

Son instrumentos que la ley pone a disposición de las partes del acto jurídico o de terceros interesados para que, ante la presencia de defectos, puedan determinar la cancelación o revisión de la eficacia negocial. Así tenemos la nulidad, anulabilidad, resolución, rescisión, revocación, acción de cumplimiento del contrato (...). Son establecidos en la ley ponderando comparativamente los intereses en conflicto; privilegiando a unos y sacrificando a otros se establece si debe prevalecer este o aquél remedio ante un determinado defecto del acto jurídico (2018: 1198-1199).

En otras palabras, para este autor, la noción de remedio esta relacionada a un medio de defensa asignado a las partes por medio de la ley para que pueda ser ejercitado en el caso de que el negocio jurídico presente defectos que afecten la operatividad del negocio. Además, del interés de cualquiera de las partes en su celebración.

Como lo expresó el autor precedente, algunos de los remedios que son reconocidos por el ordenamiento jurídico podrían ser de aplicación para el caso de la falsa representación anómala, uno de estos sería la nulidad, que como explicamos en el primer capítulo, es utilizada ante el contrato celebrado por el falso representante anómalo con poderes falsificados. No obstante, nos preguntamos si existiría alguna diferencia entre la nulidad como remedio y la llamada impugnación. Interrogante que será abordada en breve en el siguiente párrafo.

En cuanto a la impugnación Coviello plantea lo siguiente:

Actos impugnables son los sometidos a la eventualidad de: 1º resolución por incumplimiento de cargas, si se trata de contratos bilaterales; 2º revocación por la misma causa, si se trata de donaciones por supervivencia de hijos o por ingratitud del donatario; 3º rescisión por lesión, si se trata de venta de inmuebles o de actos que importan división; 4º, revocación por fraude en perjuicio de los acreedores; 5º, reducción, si se trata de liberalidades que excedan la cuota disponible. Presentan estos actos gran afinidad con los actos anulables: desde el principio producen todos los efectos jurídicos, pero los pierden en todo o en parte sólo cuando se hace valer en juicio la causa especial de ineficacia. La ineficacia no se produce **ipso iure** sino por obra del magistrado (1938: 373).

Es decir, que para este autor la impugnabilidad estaría relacionada a la ineficacia, desde la perspectiva en como se despliegan los efectos. Puesto que, la producción de los efectos de la ineficacia solo estaría determinada para algunos sujetos en particular, y por un determinado periodo. Además, podemos inferir que algunos de los llamados remedios impugnatorios que difieren del remedio de la nulidad son: la resolución por incumplimiento, la rescisión por lesión, la revocación por fraude a los acreedores.

Por otro lado, el autor precedente refiere que existen diferencias entre la impugnabilidad y los actos anulables:

La causa de la ineficacia puede destruirse por el transcurso del tiempo, no por confirmación, ya que falta el presupuesto de la existencia de un vicio que ha de subsanarse; en cambio, es necesario un acto de renuncia. Además, la sentencia que pronuncia la resolución, la revocación, la rescisión de un acto, no es siempre y enteramente retroactiva hasta abarcar el principio del negocio, como la que pronuncia la nulidad. Porque si se trata de negocios generadores de derechos reales inmuebles, la sentencia no tiene efectos en perjuicio de los terceros que han adquirido derechos sobre el inmueble, antes de la transcripción de la demanda de impugnación (1938: 373-374).

Para este autor, la impugnabilidad y la anulabilidad difieren tanto en los efectos de la sentencia; por ejemplo, en la primera no siempre se dan los efectos retroactivos como en caso de la nulidad, como también, en la forma en que deben de ser remediados, en el caso de la anulabilidad, el acto viciado puede confirmarse, por el contrario, en la impugnabilidad la ineficacia esta sometida al transcurso del tiempo.

En otro orden de ideas, Scognamiglio refiere acerca de la impugnabilidad lo siguiente:

Una mención especial merece en el campo de la ineficacia la noción de la impugnabilidad, comprensiva, según una opinión reciente, de la rescisión y la resolución de los contratos, de la reducción de las disposiciones testamentarias y de las donaciones, de la acción revocatoria en favor de los acreedores, e incluso de la revocación de las donaciones y de las restituciones de presentes por falta de matrimonio (1996:254).

De lo indicado por este autor podemos inferir que los llamados remedios impugnatorios, son la rescisión, la resolución, la revocación. En consecuencia, dichos remedios difieren de la nulidad y la anulabilidad. Por tanto, en el caso de la falsa representación anómala, los remedios de los cuales el falso representado podría disponer son: la nulidad, la anulabilidad, la ratificación, y la restitución. Sin embargo, en nuestra tesis anterior, al trabajar el acápite de los remedios ejercidos en el caso de la falsa representación en la venta ilegal de predios, coincidimos en señalar que el remedio de la anulabilidad no era de aplicación por considerar que el contrato celebrado con poderes falsificados no era susceptible de anulación al no encontrarnos frente a una nulidad relativa que pueda ser remediada a través de la confirmación.

Inclusive, afirmamos que en dicho contrato estábamos ante una nulidad absoluta que tampoco podía ser remediada por la figura de la conversión, al encontrarnos frente a un contrato cuya causa/fin práctico de negocio es ilícita. Por el contrario, somos de la opinión, que el remedio de la nulidad, puede ser utilizado para el caso de la falsa representación anómala, en virtud de que el contrato adolece de una causa ilícita que quebranta una norma imperativa penal que prescribe que no se podrán vender bienes inmuebles en donde la estafa este presente. No obstante, queremos realizar una diferenciación entre el remedio que es utilizado en el contrato celebrado por el falso representante anómalo, que en dicho caso sería el de la nulidad, y por el contrario, el remedio habilitado para el falso representado, que es el de la restitución o reivindicación a través de la figura del enriquecimiento sin causa.

Desde otro punto de vista, Von Tuhr señala acerca de la impugnabilidad lo siguiente:

“Ya bajo el Derecho común se distinguía entre la verdadera nulidad y la simple impugnabilidad. Dicense impugnables los negocios jurídicos cuya nulidad depende de la declaración de una de las partes contratantes o terceros. El derecho a impugnar el negocio, es decir, la facultad de decidir acerca de la nulidad o la validez del negocio impugnado, se cuenta entre los llamados <<derechos potestativos>>”. (2007:133).

Para el autor precedente, la impugnabilidad estaría dentro de los llamados derechos potestativos:

En materia de las obligaciones los derechos potestativos cancelatorios que podríamos llamar también, atendiendo a sus efectos negativos. La mayoría de estos derechos negativos se dirigen contra una obligación a la que ponen término: tales son la impugnación, la revocación (...). También, podríamos incluir entre estos derechos potestativos negativos la facultad de impedir, por medio de una declaración, que se produzca un determinado efecto jurídico. Es lo que ocurre con la revocación de una oferta o con la declaración a que en términos generales podemos dar el nombre de impugnación, por medio de la cual el contratante se considera desligado del contrato, por hallarse éste aquejado de algún vicio jurídico (2007:12-13).

En otras palabras, podemos colegir, que los remedios impugnatorios se caracterizarían por los efectos que producen al poner finalización al negocio jurídico por algún vicio o al poder imposibilitar la producción de algún efecto jurídico que pueda perjudicar a alguna de las partes contratantes. En consecuencia, podemos afirmar que hay una marcada diferencia entre lo que podemos denominar “remedios”: como la nulidad, anulabilidad, ratificación, conversión; de los llamados remedios impugnativos, en donde no se produce los mismos efectos retroactivos que si podemos observar por ejemplo, en la nulidad. Asimismo, los remedios impugnativos estarían comprendidos dentro de los derechos potestativos que “confieren a una persona poder para engendrar, por su sola y exclusiva voluntad, un determinado efecto jurídico” (Von tuhr 2007: 11).

Por último, Larenz subraya, en concordancia con el autor precedente, sobre la impugnabilidad lo siguiente: “en el negocio jurídico impugnado, a diferencia del negocio nulo, la decisión sobre si debe o no ser válido se deja a la apreciación del facultado para impugnar. Este tiene un derecho potestativo que, en principio, corresponde a quien ha emitido la declaración de voluntad impugnado (...)” (1978:657). Como podemos apreciar, este autor reitera que existe una marcada diferenciación entre el negocio nulo y el negocio impugnado, en el primero, la causal de nulidad puede ser alegada por cualquiera que se sienta perjudicado con la celebración del negocio nulo; en el segundo, la impugnación puede ser alegada por cualquiera de las partes contratantes o algún tercero.

Finalmente, después de todo lo anteriormente expuesto, podemos indicar que la diferencia entre remedio y remedios impugnatorios radica en que el primero, es utilizado como medio de defensa frente a intromisiones de terceros que pueden lesionar el interés de alguna de las partes por ejemplo, en la celebración de un contrato. Por otro lado, los segundos se caracterizan por los efectos que producen, además, de la forma de ejercicio. Puesto que, están comprendidos dentro de lo que

podemos identificar como derechos potestativos que atienden al vicio que pueden encontrar en el negocio celebrado, suprimiendo sus efectos.

3.2 La Ratificación:

Es aquel acto unilateral y recepticio por el cual una persona hace suyos los efectos de un contrato ineficaz. Dicho remedio se caracteriza por tener efecto retroactivo, es decir, que cuando el acto ineficaz sea ratificado, los efectos se retrotraen a la fecha de celebración del contrato. Esto es, que el contrato recobra todos sus efectos como si nunca los hubiese perdido.

Por su parte, la doctrina indica que la ratificación se suele utilizar para el caso de falsa representación, supuesto distinto al de la falsa representación anómala, en la cual el falso representante celebra un contrato con un tercero contratante sin tener un poder de representación. Dicho contrato celebrado es considerado ineficaz en la esfera jurídica patrimonial del falso representado; es decir, que no produce efectos ni le genera ningún tipo de responsabilidad, puesto que, nunca ha prestado su asentimiento a dicho acto.

En referencia a la ratificación y su relación con el falso representado, Roppo indica lo siguiente:

El falso representado no está vinculado por el contrato, y en esta situación puede hacer tres cosas. Rechazar la ratificación: y en tal caso, el contrato se torna definitivamente ineficaz para él, pero también ya no vinculante para el tercero (al cual el rechazo produce una confianza sobre la cancelación del negocio, que debe tutelarse). O al contrario ratificar: de este modo haciendo el contrato vinculante para sí, y definitivamente vinculante para el tercero contratante. O finalmente una cosa intermedia, esto es, ni ratificar ni rechazar la ratificación: una actitud que puede derivar o de la decisión de tomarse un tiempo para decidir con calma que hacer, o simplemente de la no calculada inercia (2009: 288).

Para el autor precedente, el falso representado tiene la posibilidad de no pronunciarse sobre la ratificación y en consecuencia, dicho acto no surtiría efectos sobre su esfera jurídica. Por el contrario, si el falso representado ratifica dicho acto, el contrato surtirá todos sus efectos. Inclusive, se caracteriza por el efecto retroactivo que genera; es decir, "los efectos del contrato ratificado se consideran producidos desde el momento de la celebración no desde el momento de la ratificación" (Roppo 2009: 288).

No obstante, habrá casos en donde dicho remedio no pueda ser de aplicación como en la falsa representación anómala porque en dicho caso, el falso representado no podría ratificar un acto que deviene de un delito, en donde ha sido despojado de su propiedad. Además, contra un contrato nulo el remedio de la ratificación no es el idóneo, porque la nulidad absoluta es difícil de sanar, inclusive cuando hay un acto ilícito que vulnera normas imperativas y de orden público.

De otro lado, Galgano refiere sobre el remedio de la ratificación lo siguiente:

La persona en nombre de la cual el falso procurador ha contratado o sus herederos puede, sin embargo, ratificar el contrato (Art.1399º), con una declaración de voluntad unilateral posterior; la ratificación debe darse de manera precisa, teniendo

la misma forma requerida para el poder y se dirija a remediar la falta original de poder representativo de quienes han contratado³³(2011:417).

Para dicho autor, el remedio de la ratificación solo puede ser ejercido por el falso representado o sus herederos, además debe guardar una determinada formalidad para que surta los respectivos efectos.

Por otro lado, Von Tuhr refiere en cuanto a la ratificación lo siguiente: "Cabe que el contrato celebrado sin poderes obligue al representado, siempre y cuando que lo ratifique. Entretanto que la ratificación se decida, el contrato así celebrado atraviesa por un periodo de incertidumbre, semejante al de los contratos celebrados por quien no tiene plena capacidad de obrar sin la autorización de su representante"(2007:207). Para el citado autor, la ratificación opera cuando el falso representado quiera que los efectos de negocio celebrado sin poder de representación recaigan en su esfera jurídica. Sin embargo, puede ocurrir que el falso representado no quiera los efectos del contrato celebrado y por ende, dicho contrato no producirá efectos en su esfera jurídica ni en la de terceros con los cuales, el falso representante haya contratado. Por otro lado, en el caso de la falsa representación anómala, esta situación no podría originarse porque el falso representado no tiene ninguna intención de ratificar un acto que le causa un perjuicio, puesto que, perdería su propiedad en manos de los estafadores.

Inclusive, la ley prohíbe que se puedan ratificar contratos que contravengan el orden público y que utilicen como instrumento un delito para ocasionar un daño que pueda menoscabar el patrimonio de otro.

En otro orden de ideas, Enneccerus hace referencia a la ratificación de la siguiente manera: "Puede hacerse por declaración al tercero o al representante y no requiere la forma que, en su caso, se prescriba para el contrato mismo. Si el representado lo ratifica, el contrato se considera (en tanto que con ello no se lesionen derechos de terceros) como eficaz desde el principio, a favor y en contra del representado (...). Si el representado se niega a ratificar, el contrato es ineficaz frente a él " (1981:501-502). En palabras de este autor, la ratificación no debe lesionar los derechos de terceros, si es que lo hace, es mejor que el falso representado se abstenga de ratificar, debido a que, podría ser cómplice de un delito, como ocurre en el caso de la falsa representación anómala en la que las partes contratantes se coluden para cometer una estafa que perjudica el derecho de propiedad del propietario primigenio.

Desde otro punto de vista Larenz plantea que la ratificación conlleva a lo siguiente:

Si alguien concluye como representante de otro un contrato sin tener poder de representación (suficiente), el representado puede declarar válido para sí el contrato ratificándolo. Hasta el otorgamiento o la denegación de la ratificación, la eficacia del contrato para el representado se halla en estado de pendencia. Por tanto, la Ley concede al representado la posibilidad de decidir el mismo si quiere o no admitir para sí el contrato concluido en su nombre sin poder ni otra facultad de representación análoga por parte del representante (1978: 814).

³³ Traducción Libre por la autora. "La persona in nome della quale il falso procuratore ha contrattato o gli eredi di essa possono però ratificare il contratto (art. 1399), con una successiva dichiarazione unilaterale di volontà, la ratifica appunto, avente la stessa forma richiesta per la procura e diretta a sanare l'originario difetto di potere rappresentativo di chi ha contratto".

En relación a la ratificación, el citado autor menciona que el falso representado debe de querer los efectos del contrato para sí mismo. Sin embargo, como lo indicamos en el párrafo precedente, en el caso de la falsa representación anómala no podría ser de aplicación, porque el falso representado nunca otorgaría efectos a un contrato mediante el cual pueda ser despojado de su propiedad.

Por su parte, Sapone plantea acerca del remedio de la ratificación lo siguiente: "La ratificación es un negocio unilateral mediante el cual el sujeto determina la eficacia en la esfera legal colocada en su lugar por el falso procurador. La ratificación, afirmada en la doctrina, se presenta a nivel funcional como un "recobrar", en la esfera jurídica de la persona interesada, el resultado de la actividad realizada por otros sin ser legitimado"³⁴(2011:103). En referencia a lo estipulado por el autor precedente podemos señalar, que si el falso representado desea los efectos del contrato celebrado por el falso representante, debe ratificarlo, para que así se puedan generar los efectos de dicho contrato en su esfera jurídica, no obstante, si no ejercita dicho remedio, el contrato nunca recobrará sus efectos, y por tanto, quedará como si nunca hubiese sido celebrado.

En relación con nuestro caso de análisis, consideramos que el remedio de la ratificación no puede ser de utilidad en el caso de la falsa representación anómala, porque no se puede otorgar efectos a un contrato que va en contra del ordenamiento jurídico ni de los principios que lo sustentan. Debido a que, es un contrato nulo desde su origen que reviste una finalidad ilícita, que incide inclusive en el ámbito penal. Por tanto, si el falso representado quisiera ejercer dicho remedio, podría ser considerado cómplice de la estafa. Dado que, si a sabiendas de que está celebrando un contrato con finalidad ilícita, lo ratifica; está implícito que tiene un interés subrepticio en deshacerse del bien, lo que puede dar cabida a otros delitos como: el de lavado de activos, o fraude a los acreedores.

De otro lado, Bianca apunta sobre el remedio de la ratificación lo siguiente:

El negocio jurídico unilateral mediante el cual el sujeto hace eficaz en su propio ámbito el acto del no autorizado. Con la ratificación el representado no celebra un nuevo contrato con el tercero ni estipula el contrato ya estipulado por el representante. La voluntad de quien ratifica está dirigida más bien a aceptar la actuación del falso representante y por tanto a conferirle aquella posición de legitimación que el falso representante debió haber tenido al momento de estipular el negocio (2007: 129).

De lo establecido por este autor podemos indicar que el falso representado con el remedio de la ratificación, legitima el acto celebrado sin poder de representación. Asimismo, al ser un negocio jurídico unilateral, la voluntad de ratificar debe estar dirigida al tercero contratante para "hacer el vínculo irrevocable, impidiendo las posibilidades de disolución del vínculo- por resolución acordada con el falso representante, o por inútil transcurso del plazo en vía interrogativa al falso representado-que se da antes de la ratificación" (Roppo 2009:287).

³⁴ Traducción Libre por la autora. "La ratifica é un negozio unilaterale mediante il quale el soggetto determina l'efficacia nella propria sfera giuridica dell'atto posto in essere dal *falsus procurator*. La ratifica, é stato affermato in dottrina, si presenta sul piano funzionale come "recupero, nella sfera giuridica dell'interessato, del risultato dell'attività da altri compiuta senza esserne legittimato".

En cuanto a nuestro caso de estudio, si bien el falso representante no tiene la legitimación respectiva, el falso representado no puede otorgar efectos a un contrato nulo celebrado con un poder falsificado, dado que, dicho contrato va en contra del orden público y de las buenas costumbres, al ser concebido para cometer un acto ilícito. Asimismo, si nos situamos en la hipótesis de que el falso representado pueda ratificar un acto nulo, su declaración tendría que dirigirse hacia el tercero contratante que en muchos casos, ni siquiera ha conocido, o que su identidad pueda ser falsa. Lo cual, lo perjudicaría porque los efectos de la ratificación lo vincularían al supuesto tercero. Que podría ser, además, una persona insolvente que se dedique a la estafa con el objeto de ganar dinero fácil.

Por otro lado, en palabras de Romano, si no se ejerce el remedio ratificatorio ocurre lo siguiente: "la negativa a ratificar tiene un significado diverso: mientras que en realidad el decaimiento se debe a la falta de ejercicio y se traduce en la imposibilidad de ejercer en esa situación, la negativa presupone un ejercicio que se produjo en el poder, incluso si el contenido en el que se especifica toma la forma negativa"³⁵(2015:205). Es decir, que la negativa a ratificar se debe a que el falso representado no está de acuerdo con los actos que se van a realizar en su nombre. Puesto que, el apoderamiento puede estar inmerso en alguna causal de nulidad, que no permite el ejercicio del poder. En conclusión, no puede darle efectos a un acto que en vez de beneficiarlo lo puede perjudicar.

En relación con la falsa representación anómala, como mencionamos en líneas posteriores, el remedio de la ratificación, si bien es idóneo para los casos de falsa representación en los cuales no haya una estafa o delito de por medio; para nuestro caso de estudio, no es de aplicación, visto que, nos encontramos frente a un contrato nulo con finalidad ilícita y además, en donde la transferencia de la propiedad ya se realizó; por tanto, la declaración de ineficacia no es de utilidad porque el contrato celebrado surtió todos sus efectos.

Por último, si nos situamos en el supuesto de que el falso representante anómalo pudiera hacer uso de la ratificación, (si la norma lo permitiera); este último, perdería la propiedad de su inmueble, a causa de que, no se espera que el tercero contratante le pague por el inmueble, porque todo ha sido parte de la estafa. No obstante, no consideramos que dicho caso pueda ocurrir porque nos encontramos en medio de una estafa que ha sido instrumentalizada utilizando la figura de la falsa representación.

Finalmente, opinamos que el remedio de la ratificación en el caso de falsa representación anómala no es de aplicación por considerar que no es posible ratificar un acto que deviene de un ilícito y con el cual el falso representado se puede perjudicar. Inclusive, con dicho remedio el falso representado no podría satisfacer su interés, el cual es: el que le restituyan su propiedad.

A continuación analizaremos el remedio del mutuo disenso para determinar si este otro remedio puede satisfacer el interés del falso representado.

3.3 El mutuo disenso:

³⁵ Traducción Libre por la autora. "La negazione di ratifica, come atto di rifiuto di ratifica, ha una portata concettuale ben diversa: mentre infatti la decadenza consegue al mancato esercizio e si traduce nella impossibilità di esercizio in quella situazione, il rifiuto presupone un esercizio avvenuto del potere, anche se il contenuto in cui si specifica assume forma negativa".

El mutuo disenso es el remedio por el cual, las partes previo acuerdo, deciden dar por terminada la relación contractual. Es un acto bilateral, pues se necesita que ambas partes presten su consentimiento.

La doctrina señala que dicho remedio puede ser aplicado en el caso de la falsa representación, al darle la potestad a las partes; al falso representante y al tercero contratante para que de mutuo acuerdo puedan dar por terminado el contrato celebrado sin poder, antes de darse la ratificación.

En referencia al remedio del mutuo disenso, Roppo resalta lo siguiente:

El mutuo disenso es evocado en tema de contrato celebrado con defecto de representación, que antes de la ratificación puede ser disuelto por acuerdo entre el falso representante y el otro contratante (art. 1399). La norma no deviene en superflua por la presencia de la previsión general del art. 1372: ella reconoce al (falso) representante un poder de cual podría dudarse, dada su calidad de parte en el sentido solo formal y no sustancial; y marca el límite más allá del cual no puede ejercer el poder (2009: 504).

Es decir, que para este autor, en el caso de falsa representación, el falso representante puede ponerse de acuerdo con el tercero contratante antes de la ratificación y dejar sin efecto el contrato celebrado sin poder. No obstante, si se da la ratificación por parte del falso representado, el falso representante y el tercero contratante quedarán vinculados al contrato, sin posibilidad de ejercer dicho remedio. Asimismo, dicho autor indica que quien actúa negocialmente es el falso representante, aunque los efectos del contrato recaigan en la esfera jurídica patrimonial del falso representado, que es la parte sustancial del negocio.

Empero, en el caso de la falsa representación anómala, el falso representado no podría utilizar dicho remedio porque no es parte formal del negocio celebrado con un poder falso; dado que, quien negocia con el tercero contratante es el falso representante. Asimismo, en la hipótesis de que la ley permitiera que el falso representado pudiera resolver el contrato celebrado por su falso representante, el primero tendría que ponerse de acuerdo con el tercero, quien se coludió con el falso representante para despojarlo de su propiedad. Lo cual creemos inverosímil porque ninguna persona razonable se arriesgaría a ponerse de acuerdo con un estafador.

Por su parte, Galgano en referencia al remedio del mutuo disenso indica:

Mas: el art. 1399, párrafo 3, establece que el *falso procurador* y la parte contratante pueden, antes de que la ratificación del *dominus* se haya originado, pueden disolver el contrato que han celebrado; y esta resolución convencional, que es una aplicación textual de mutuo disenso, tiene un efecto retroactivo: impide la ratificación posterior porque elimina de manera ex tunc el objeto sobre el cual debería haberse dirigido la ratificación³⁶(2011:487).

³⁶ Traducción Libre por la autora. "Ancora: l' art. 1399, comma 3°, dispone che il *falsus procurator* ed il suo contraente possono, prima che sia intervenuta la ratifica del *dominus* sciogliere il contratto da essi concluso; e questa risoluzione convenzionale-che é un' applicazione testuale del mutuo dissenso-ha effetto retroattivo: essa impedisce una successiva ratifica perché elimina ex tunc l' oggetto sul quale la ratifica si sarebbe dovuta rivolgere".

Para este autor, en concordancia con el autor precedente, el falso representante y el tercero contratante pueden dejar sin efecto el contrato celebrado en un caso de falsa representación, con solo concordar sus voluntades. Además, se indica que el remedio del mutuo disenso tiene naturaleza de resolución; es decir, que lo que se genera es que ambas partes se pongan de acuerdo para resolver, aludiendo a alguna causal que hace imposible el seguir con el contrato.

Por último, el citado autor refiere que el ejercitar el remedio del mutuo disenso, elimina la posibilidad de ejercitar la ratificación, pues se prescinde del efecto retroactivo que pudo crear en el contrato.

En referencia a nuestro caso de estudio, podemos inferir que en caso de falsa representación anómala, el remedio del mutuo disenso no podrá ser ejercido porque no existe un contrato que se tenga que dejar sin efecto, puesto que, el contrato desde un inicio es nulo por causa ilícita. Asimismo, como indicamos en líneas posteriores, el falso representante nunca se pondría de acuerdo con el tercero contratante, porque es un contrato que se utilizó para estafar al falso representado y despojarlo de su propiedad.

De otro lado, en palabras de Mirabelli el remedio del mutuo disenso se caracteriza porque "comprende tres distintas figuras: se puede dar luego de una revocación, en cuyo caso tendrá efecto retroactivo; puede darse luego de un contrato extintivo, cuando cesan los efectos del contrato; puede darse luego de un contrato modificativo en cuyo caso no tendrá efectos retroactivos"³⁷(1980:291). Para este autor el mutuo disenso puede tener distintas consecuencias dependiendo de si nos encontramos en un contrato revocatorio, extintivo o modificatorio. Además, podemos inferir que el efecto retroactivo dependerá de lo que las partes hayan dispuesto en el contrato.

En referencia a nuestro caso de estudio, el remedio del mutuo disenso no puede ser ejercido por el falso representado sino en teoría por las partes contratantes. No obstante, debemos considerar que nos encontramos frente a un contrato nulo por finalidad ilícita, cuyas partes contratantes se coludieron para perjudicar al falso representado. Por tanto, el remedio del mutuo disenso sería de poca utilidad, dado que, sería inverosímil creer que los estafadores se podrían de acuerdo para dejar sin efectos al contrato que utilizaron para perjudicar a un tercero.

En otro orden de ideas, Bianca plantea acerca del remedio del mutuo disenso lo siguiente: "El mutuo disenso es expresión de la autonomía contractual, pues el poder de crear actos dispositivos de la propia esfera jurídica comporta también el poder de disolver tales actos, en el respeto del derecho ajeno" (2007:757). En referencia a lo indicado por el autor precedente somos de la opinión de que, el remedio del mutuo disenso sirve para dejar sin efecto algún acto que las partes consideran que ya no satisface sus intereses. Del mismo modo, consideramos que dicho acto debe respetar las obligaciones contraídas con terceros. Puesto que, si bien las partes no desean continuar con el contrato, "se deben salvaguardar los derechos adquiridos por terceros" (Roppo 2009:504).

³⁷ Traducción Libre por la autora. "Comprende tre distinte figure: puó dar luogo ad un atto di revoca, ed in tal caso ha effetto retroattivo e ripristina direttamente la situazione precedente; puó dar luogo ad un contratto estintivo, quando faccia cessare gli effetti del contratto,(...); puó dar luogo ad un mero contratto modificativo, ed in questo caso non potrà mai avere efficacia retroattiva".

No obstante, dicho remedio no puede ser utilizado para el caso de la falsa representación anómala, visto que, el falso representante con el tercero contratante han quebrantado la voluntad contractual de un tercero, celebrando un contrato nulo con finalidad ilícita, a nombre del falso representado para poder despojarlo de su propiedad. Si bien la ley estipula que sea el falso representante y el tercero contratante quienes resuelvan el contrato, estos nunca ejercerían dicho remedio porque reconocerían que realizaron una estafa y que por esta razón lo están resolviendo.

Por último, en referencia al remedio del mutuo disenso Carresi señala: "el mutuo disenso es un remedio destinado para extinguir los efectos de otro contrato estipulado (o en el que hayan sucedido por acto entre vivos o a mortis causa a las partes originarias)"³⁸(1987: 871-872). Para este autor, el mutuo disenso puede ser ejercido por los herederos del causante de la parte contractual que fallezca; es decir, serán estos los que celebre el mutuo disenso con la otra parte contratante.

En referencia al caso de análisis, consideramos que dicho remedio no puede ser ejercitado por el falso representante porque él no es una de las partes contractuales. Inclusive, dicho contrato es nulo desde su origen y ninguna de las partes contratantes lo resolvería porque dicho contrato está inmerso en un delito penal denominado estafa. Con el cual, han realizado actos ilícitos como: el despojar de su propiedad al falso representado mediante el uso de un poder de representación falsificado.

Finalmente, somos de la opinión que el remedio del mutuo disenso no puede ser ejercitado por el falso representado en un supuesto de falsa representación anómala porque él no es parte formal del contrato, e inclusive, ha sido víctima del delito de estafa por la colusión del falso representante con el tercero contratante. No obstante, consideramos que dicho remedio si puede ser de utilidad en caso de la falsa representación en la cual no se utilice un poder falsificado para estafar al falso representado. Puesto que, en dicho supuesto las partes contratantes podrán ejercer dicho remedio para no perjudicar al falso representado si existe un defecto o exceso de poder.

A continuación analizaremos el remedio restitutorio para dilucidar si este puede ser de utilidad para el falso representado en el supuesto de falsa representación anómala.

3.4 La Restitución:

El remedio restitutorio es el mecanismo de defensa que tiene la persona agraviada, para defenderse ante agresiones que puedan afectar derechos jurídicamente relevantes, y además, sirve para tutelar intereses. Dicho remedio puede surgir como consecuencia del beneficio que el demandando ha obtenido a expensas del demandante (enriquecimiento sin causa) o de violaciones de los derechos del propietario, que otorgan derecho a reivindicar la propiedad perdida. A diferencia de los remedios compensatorios, el remedio restitutorio "no compensa a la víctima del incumplimiento por la expectativa, la oportunidad o la confianza" (Cooter y Ulen 2016:432).

Desde otro punto de vista, Von Turh refiere sobre el remedio de la restitución lo siguiente:

³⁸ Traducción Libre por la autora. "Si é già detto del mutuo dissenso come dell'unico contratto col quale le parti possono estinguere gli effetti di altro contratto da esse stipulato (o nel quale siano subentrate per atto fra vivi o a causa di morte alle parti originarie) ".

Además, de este derecho de indemnización, la ley concede al tercero una acción de enriquecimiento injusto. Mas para que haya lugar a ejercitarla, será necesario que el tercero, confiando en los poderes del representante, entreguen a éste una prestación con destino al representado. Claro está que, para reclamar su devolución, el tercero dispondrá muy en primer término de la acción reivindicatoria, ya que los objetos así entregados no han podido entrar en el patrimonio del representado por falta de poderes, y el tercero no pierde la propiedad. Únicamente cuando el representante se anticipe a consumir los objetos entregados se le podrá demandar por la acción de enriquecimiento, extensiva al representado, si es que los objetos se invistieron en su patrimonio (2007:209).

De lo indicado por este autor podemos inferir, que si para el caso del tercero contratante está disponible la acción de enriquecimiento sin causa para restituir los objetos que han sido entregados al falso representante; también estaría disponible para el falso representado en el caso de que este sea despojado de su inmueble por la colusión del falso representante y el tercero contratante, la misma acción, con la cual podrá recuperar el inmueble que fue materia de la compraventa fraudulenta.

En otro orden de ideas, Larenz refiere acerca de la restitución lo siguiente: "dado que la pretensión de enriquecimiento, en cuanto pretensión obligacional que tiene por objeto la devolución de lo adquirido, se dirige solamente contra el deudor del enriquecimiento, esto es, concretamente contra quien sin fundamento legal ha adquirido un derecho, tal pretensión no afecta al acreedor de aquél ni a un posible adquirente" (1978:441). Es decir, que en el caso de la falsa representación anómala, la pretensión de enriquecimiento debe ser interpuesta por el falso representado hacia el tercero contratante, puesto que, este último, se ha enriquecido a costa suya y ha disminuido su patrimonio.

De otro lado, Flume indica sobre el enriquecimiento sin causa lo siguiente:

Sin embargo, porque en estos casos falta la causa de la atribución en la relación que media entre el que la hace y el que la recibe, nuestro ordenamiento jurídico establece que el que la hizo puede reclamar su prestación al accipiens como enriquecimiento sin causa (§§812 y ss.). En los ejemplos citados en los que la cosa ha sido transmitida en virtud de un contrato de compraventa ineficaz, el vendedor puede exigir al comprador, conforme a los §§812 y ss., la retransmisión de la cosa vendida (1998:198).

De lo anteriormente citado podemos inferir que en el caso de la falsa representación anómala, el falso representado podría reclamar la restitución de su bien inmueble si nos situamos en las reglas del enriquecimiento sin causa; que en Alemania regula el supuesto de enriquecimiento injustificado en el §§812, de la siguiente manera: " (1) Quien mediante la prestación de otro o de cualquier otro modo a su costa adquiere algo sin causa jurídica está obligado frente a éste a su restitución. Esta obligación existe igualmente si la causa jurídica desaparece posteriormente o si el resultado perseguido con una prestación, según el contenido del negocio jurídico, no se produce. (2) Como pretensión también se considera el reconocimiento realizado mediante contrato de la existencia o no existencia de una relación obligacional". Por consiguiente, el falso representado tendría expedita la vía del enriquecimiento sin causa, para pedir que el tercero contratante poseedor, le entregue de vuelta el bien que fue materia de la compraventa con poderes falsificados.

En relación al remedio restitutorio Sacco indica lo siguiente:

La acción de restitución es una acción de pago indebido o de enriquecimiento, como tal, sujeto a las disposiciones expresas del código en la materia. Los frutos y los intereses se pagarán a partir del día del pago, si el destinatario fue de mala fe (en el caso del contratista impago) o desde el día de la demanda (en caso de la parte contratante que ha pagado), según lo dispuesto en el art. 2033. A la destrucción de la cosa, a la enajenación, a los gastos, a las mejoras se encargaran los artículos 2037, 2038, 2040. Las prestaciones de hacer estarán sometidas a las normas sobre el enriquecimiento ³⁹(1999:637).

Para este autor, el remedio restitutorio puede ser ejercido a través de la figura del pago indebido o el enriquecimiento sin causa.

En el primero, si el enajenado de la cosa indebida lo ha realizado de mala fe, está obligado a restituirla en especie o a abonar su valor (Art. 2038° del Código Italiano). Además, según la norma del Art. 2040° del mismo cuerpo normativo, a quien se le ha restituido la cosa esta obligado a reembolsar los gastos y las mejoras al poseedor. Entendemos, que esto está bien para el caso del poseedor de buena fe, pero ¿cuándo es de mala fe?, no debería recibir nada en nuestra opinión. No obstante, la norma no hace distinción entre estos dos supuestos. En el segundo, la acción de enriquecimiento sin causa, de acuerdo al Art. 2041° del Código Civil Italiano, regula que cuando se trate de una cosa determinada (un bien inmueble por ejemplo), aquel que lo ha recibido está obligado a restituirlo en especie, si existe en el momento de la demanda.

En el caso de análisis, si el falso representado utiliza la figura del pago indebido, estaría en la obligación (si nos ceñimos a lo establecido por el Código Civil Italiano) a pagarle al tercero contratante, por las mejoras o gastos que haya realizado en el bien. Lo cual nos parece poco apropiado, porque dicho tercero se ha coludido con el falso representante para estafarlo, y nos situamos en la hipótesis que realice dichas mejoras al bien para venderlo y estafar a otro incauto.

Por otro lado, si bien las normas del pago indebido regulan obligaciones de dar suma de dinero de forma errónea, el Art. 2038° del Código Italiano regula el supuesto en el que "el enajenado de la cosa indebida lo ha realizado de mala fe, está obligado a restituirla en especie"; supuesto que podría ser utilizado para el caso de la falsa representación anómala, donde existe un tercero contratante quien ha recibido la cosa (bien inmueble) de mala fe.

Por el contrario, si aplicamos las normas del enriquecimiento sin causa de acuerdo al Art. 2041° del Código Civil Italiano, en el cual se regula que "cuando se trate de una cosa determinada, aquel que lo ha recibido está obligado a restituirlo en especie, si existe en el momento de la demanda". Dicha regulación también podría ser de aplicación en nuestro caso de estudio, porque el falso representante se ha enriquecido a causa del contrato celebrado con

³⁹ Traducción Libre por la autora. "La azione restitutoria é un'azione d'indebito o di arricchimento, come tale soggetta alle esprese norme codicistiche in materia. I frutti e gli interessi saranno allora dovuti dal giorno del pagamento, se il ricevente era in mala fede (caso del contraente inadempiente), o dal giorno della domanda (caso de contraente adempiente), poiché così dispone l'art. 2033, Al perimento della cosa, all'alienazione, alle spese, ai miglioramenti provvederanno gli artt. 2037, 2038, 2040. Le prestazioni di fare saranno soggette alle norme sull'arricchimento."

el tercero contratante, puesto que, con dicho contrato han perjudicado la situación patrimonial del representado, al este último, ver disminuido su patrimonio. Por tanto, el tercero contratante estará en la obligación de restituir el bien inmueble, si es que este no se ha transferido al momento de la demanda.

En conclusión, podemos afirmar que tanto la figura del enriquecimiento sin causa como la del pago indebido podrían ser de utilidad el caso de la falsa representación anómala si nos basamos en la normativa italiana.

De otro lado, Checcherini indica sobre el remedio restitutorio lo siguiente: El autor establece que "está explícito en la jurisprudencia, la afirmación de que el restablecimiento en una forma específica debe incluir el retorno de lo robado ilícitamente, puesto que, de esta manera se restablece una situación similar a la situación preexistente y se reintegra el interés del acreedor lesionado de la sustracción ilícita del bien"⁴⁰(1989:57). Es decir, que para el autor precedente, la restitución in natura, es el remedio que mejor satisface al acreedor, visto que, le devuelve el bien del cual ha sido despojado ilícitamente y además, lo deja en una situación semejante a la cual se encontraba antes de que su derecho de propiedad fuese lesionado.

Asimismo, señala que "la restitución, además, se consigue a través de la reivindicación que, como es conocido, es la acción otorgada al propietario en contra de cualquier persona que posea o detenta la cosa, así como a través de acciones personales de restitución; donde la compensación se realice en las formas de ley y en la medida en que se cumplan todos los requisitos de responsabilidad civil (artículos 2043, 2058)"⁴¹(1989:57-58). Para este autor, la restitución se hace efectiva a través de la reivindicación, debido a que, dicha acción permite al propietario recuperar la posesión o propiedad perdida, de quien lo haya despojado injustamente. Inclusive se indica que se debe utilizar las normas de la responsabilidad extracontractual por hecho ilícito, para obtener la restitución del bien en forma específica.

De todo lo anteriormente afirmado por este autor, podemos inferir que en nuestro caso de estudio, el falso representado podría invocar que se le restituya el bien ilícitamente sustraído, considerando que, el falso representante se ha coludido con el tercero contratante para despojarlo de su bien inmueble. Por tanto, con la restitución del bien, el demandante quedará satisfecho en su interés, en vista de que, ha recibido lo que ha pedido, no el sustituto en dinero de su bien. Además, coincidimos con el autor precedente en que deben aplicarse las reglas de la responsabilidad extracontractual, para el caso de la falsa representación anómala, dado que el contrato es nulo por finalidad ilícita y no generó obligaciones posteriores, como ocurre en el caso de que el contrato fuera resuelto.

De otro lado, Gallo refiere que el remedio restitutorio implica lo siguiente: "Declarado nulo, el contrato abre el camino a las consiguientes reclamaciones resarcitorias y restituciones. En lo que concierne al resarcimiento del daño, se dispone el art. 1338 cc. Más problemático es la

⁴⁰Traducción Libre por la autora. "Se esplicita é in giurisprudenza l'affermazione per cui nella reintegrazione in forma specifica si deve comprendere la restituzione della cosa illecitamente sottratta, in quanto in tal modo si ricostituisce una situazione simile a quella preesistente, e si reintegra, quindi l'interesse del creditore leso dalla illecita sottrazione del bene".

⁴¹Traducción Libre por la autora. "La restituzione, inoltre, si consegue attraverso la rivendicazione che, come é noto, é l'azione accordata al proprietario contro chiunque possiede o detiene la *res*, oltre che attraverso le azioni personali restitutorie; laddove il risarcimento si realizza nella forme di legge ed in quanto sussistano tutti i requisiti per la responsabilità civile (artt. 2043, 2058)".

discusión en torno a la restitución.⁴² (2014:905). Para este autor, la restitución deviene como una de las alternativas posteriores a la declaración de nulidad de un contrato. Asimismo, se indica que en caso de nulidad se podrá aplicar si se solicita el resarcimiento las normas que regulan la culpa in contrahendo.

Por otro lado, dicho autor señala en referencia a la reivindicación que existe la "posibilidad de actuar en reivindicación sin límites de tiempo, por lo menos hasta cuando otros no hayan poseído, abiertas son las discusiones en materia del pago indebido."⁴³(2014:906) En relación con lo estipulado por este autor podemos indicar, que el remedio de la restitución permite que se pueda pedir la reivindicación de un bien inmueble sin mediar tiempo, a menos que exista otra persona que está poseyendo. En cuyo caso la doctrina discute si es que se deben aplicar o no las normas del pago indebido. Es decir, si es merecedor a los gastos o mejoras en los que incurrió, o si recibió la cosa de buena o mala fe.

Con respecto a nuestro caso de estudio, somos de la opinión, que el falso representado debería pedir la restitución del bien inmueble del cual fue despojado sin límite de tiempo, dado que, la posesión la tiene el tercero contratante (por ejemplo: en los casos en que el falso representado estuviese de viaje y el tercero toma posesión del bien), quien esta vinculado a la estafa. Este último, podría vender el bien a otro incauto y perjudicarlo. En consecuencia, el falso representado debería actuar de forma inmediata al conocer que fue víctima de la falsa representación anómala, para poder salvaguardar su derecho de propiedad.

De otro lado, Scognamiglio refiere acerca del remedio restitutorio lo siguiente: "un punto nos parece de fundamental importancia: la idea misma de la restitución - y sus aplicaciones están para demostrarlo- hace surgir la otra de la ilegitimidad o injusticia de la compra de la cosa. A su vez, una compra de este tipo constituye sin duda una transgresión de la ley: más esto de por sí, y no solo porque se traduce en un supuesto de daño injusto (y de responsabilidad civil)"⁴⁴(2010:256). Para este autor, la restitución está relacionada con la injusticia que sufre el perjudicado por la desposesión de su bien. Es decir, que se debe aplicar las reglas de la responsabilidad civil extracontractual. Puesto que, un tercero que compra una cosa que ha sido obtenida de manera ilícita, no estará respaldado por la ley, en vista de que, el perjudicado podrá solicitar que se le restituya la cosa objeto de compra, utilizando la acción reivindicatoria.

En referencia a la restitución y su relación con la acción reivindicatoria el autor precedente indica lo siguiente:

La restitución generalmente se logra a través de la reivindicación, que es la acción que se le otorga al propietario, contra cualquier persona que posee o retiene la cosa sin título (y, al mismo tiempo, se la despoja de manera violenta o vehemente), así

⁴² Traducción Libre por la autora. "Dichiarato nullo il contratto si apre la strada alle conseguenti domande risarcitorie e restitutorie. Per quel che riguarda il risarcimento del danno dispone l' art. 1338 cc. Più problematico é il discorso relativo alle restituzioni".

⁴³ Traducción por la autora. "Ferma la possibilità di agire in rivendicazione senza limiti di tempo, per lo meno fino a quando altri non abbia uscapito, aperte sono le discussioni in materia di indebito".

⁴⁴ Traducción Libre por la autora. "un punto soprattutto ci sembra di fondamentale importanza: l'idea stessa di restituzione- e le sue applicazioni stanno a dimostrarlo- richiama subito l'altra della illegittimità o ingiustizia dell'acquisto della cosa. A sua volta un acquisto di tal fatta costituisce senza dubbio una trasgressione al diritto: ma questo già di per sé e non solo in quanto si traduce in un'ipotesi di danno ingiusto (e di responsabilità civile)".

como a través de acciones de restitución personal, que eventualmente pueden competir con el acreedor. Mientras que la indemnización por daños y perjuicios se realiza en forma de ley, en cuanto se cumplan todos los elementos de la responsabilidad civil ⁴⁵(2010:256).

En palabras de este autor, el remedio de la restitución se ejercita por medio de la acción reivindicatoria y faculta a la parte perjudicada con el despojo de su propiedad para que pueda recuperarla sin límite de tiempo. Además, indica que el remedio restitutorio difiere del compensatorio, en que en este último, se puede obtener el resarcimiento en forma pecuniaria y con el primero, "se compensa el ulterior perjuicio."⁴⁶(Scognamiglio 2010:257).

En cuanto a nuestro tema de estudio, el falso representado podrá ejercitar el remedio de la restitución por medio de la acción reivindicatoria para recuperar el bien del cual fue despojado de manera ilícita; puesto que, se utilizó la figura de la falsa representación, un poder falsificado y la figura de la estafa para que los estafadores pudieran apoderarse del bien. Por consiguiente, consideramos entonces que solo mediante el remedio de la restitución el falso representado podrá satisfacer su interés. Debido a que, lo que el falso representado solicita es que le devuelvan su inmueble no que le otorguen el equivalente en dinero.

Por último, De nova plantea acerca del remedio restitutorio lo siguiente:

El artículo 15:104 de la PECL(Principles of European Contract Law), relacionado con el caso de reclamos hechos sobre la base de un contrato ineficaz en oposición a los principios inderogables o a las normas imperativas, y el artículo 4: 115 de la PECL, relacionado con el caso de la prestación exigida sobre la base de un contrato posteriormente anulado, establecen, como regla general, la obligación de la parte que ha recibido un beneficio, de devolver lo obtenido en especie o equivalente, siempre y cuando, se trate de un contrato con prestaciones correspectivas, la parte que solicita la restitución retornará a su vez y al mismo tiempo, lo que la contraparte ha prestado⁴⁷(2012:17).

Para este autor, los principios europeos de derecho contractual, regulan el caso de la restitución, a partir de un contrato nulo que quebranta una norma imperativa. Es decir, que por regla general, se establece que quien ha recibido un beneficio obtenido a expensas de la contraparte, está en la obligación de restituir en especie o equivalente, el objeto de la prestación.

⁴⁵ Traducción Libre por la autora. "E pertanto la restituzione si consegue tipicamente attraverso la revindica, che é l'azione accordata al proprietario contro chiunque possiede o detiene la cosa senza titolo (e parallelamente violentemente o occultamente spogliato) oltre che attraverso le azioni personali restitutorie, che eventualmente possono competere al creditore. Mentre il risarcimento del danno si realizza nelle forme di legge in quanto sussistano tutti gli elementi della responsabilità civile".

⁴⁶ Traducción Libre por la autora: "al ristoro dell' ulteriore pregiudizio".

⁴⁷ Traducción Libre por la autora. "L' articolo 15:104 dei PECL, relativo al caso di prestazioni eseguite in base a un contratto inefficace per contrarietà a principi inderogabili o a norme imperative e l' articolo 4:115 dei PECL, relativo al caso di prestazioni eseguite in base a un contratto successivamente annullato, prevedono infatti, quale regola generale, l' obbligo della parte che ha ricevuto una prestazione di restituire quanto ottenuto in natura o per equivalente purché, trattandosi di contratto a prestazioni corrispettive, la parte che ha domandato la restituzione restituisca a sua volta e in pari tempo quanto la controparte abbia prestato".

En relación con la falsa representación anómala podemos indicar, que si utilizamos lo establecido en la regulación europea, podemos inferir que de un contrato nulo por finalidad ilícita al quebrantar una norma imperativa penal, puede surgir la obligación de restituir a la parte afectada(falso representado), el bien inmueble del cual fue desposeído. Sin embargo, consideramos que la restitucion debe tener origen en el enriquecimiento sin causa, lo cual difiere del efecto de la nulidad, que prescribe que se restituya lo que cada contratante otorgó.

Por tanto, en vista de que el falso representante y el tercero contratante se han coludido para realizar la estafa, buscando sacar un provecho dinerario; somos de la opinión de que seria imposible que se dé el efecto de la nulidad en este caso en particular, porque ni el falso representante, devolvería el supuesto dinero entregado por la venta fraudulenta, ni el tercero contratante, devolvería el bien a su propietario si nos situamos en el caso de que ambos son cómplices de un delito.

Por otro lado, podemos indicar que Art 4:115, establece que si la restitución no se puede otorgar en especie por alguna razón, se debe pagar una suma razonable por lo que se ha recibido. No obstante, consideramos que una "suma razonable" no satisfaría el interés del falso representado, dado que, basado en los hechos de análisis, el estafador puede ser insolvente y no poseer ningún bien que pueda ser subastado para pagar un resarcimiento pecuniario.

En cuanto al Ar. 15:104, en que se hace referencia a que las partes deberán restituirse las prestaciones que se hicieron recíprocamente, si es que el contrato se tornó ineficaz o se quebrantó algún principio rector que acordaron los países europeos como: la buena fe, la libertad contractual, normas imperativas, las buenas costumbres entre otros); somos de la opinión, de que si aplicamos lo indicado por el artículo anterior a nuestro caso de estudio, podemos inferir que dicho efecto de restituir lo que las partes han otorgado como efecto del contrato nulo, no aplica en nuestro caso de estudio, porque como explicamos en líneas precedentes, el falso representado y el tercero contratante jamás se pondrán de acuerdo para restituir uno el precio y el otro el bien, en vista de que, ambos han sido partícipes de la estafa, por ende, puede darse el caso que ni el precio se haya pagado en realidad y todo haya sido parte del engaño.

Desde otro punto de vista Thibierge, señala en cuanto a la restitución plantea lo siguiente:

En cuanto a la acción de restitución de un inmueble después de la anulación de un contrato traslativo de su propiedad, no es raro que se asimile a una acción reivindicatoria. La acción de restitución estaría entonces fundada en el derecho de propiedad restaurado en cabeza del vendedor debido al hecho del aniquilamiento retroactivo del contrato traslativo de propiedad (2010: 560).

De lo anteriormente citado podemos inferir, que la citada autora refiere que la propiedad, en nuestro caso de estudio ilícitamente adquirida, podría ser restituida al falso representado en base al remedio de la restitucion a través de la acción reivindicatoria. Puesto que, el contrato celebrado por el falso representante anómalo es nulo por que su causa/fin practico del contrato es contraria a una norma imperativa penal que refiere que no se pueden vender bienes inmuebles en donde la estafa pueda estar inmersa.

Con relación a la restitución, Rodriguez Olmos expresa lo siguiente:

En general, la solución que remite al criterio de la buena o mala fe ha sido criticada por ser considerada moralista y poco adaptada a la situación de la restitución de un bien derivada de un contrato eliminado. ¿Cuándo se considera una parte de buena fe o de mala fe? Se afirma que en el caso de la nulidad sería de mala fe quien conociera la causa de invalidez, mientras que en el caso de la resolución podría ser quien dio lugar a ella (2007:487).

Es decir, que para el citado autor, la parte contratante que conociera la causa de invalidez sería considerada como de mala fe, en nuestro de estudio en la primera compraventa, las dos partes tanto el tercero contratante coludido como el falso representante anómalo conocen que el negocio celebrado es nulo por ilicitud de la causa, puesto que, están utilizando un poder falsificado para celebrar dicho acto y a la vez, quebrantan una norma imperativa penal que regula la figura de la estafa sobre los bienes inmuebles. No obstante, también se ha discutido en el capítulo uno, acerca de si el tercero contratante anómala vendiera el inmueble en una segunda compraventa a un tercero adquirente de buena fe. Y la respuesta que damos es la misma, el ordenamiento jurídico no puede ampararse sobre falsificaciones para otorgar un derecho de propiedad en nuestro caso. Si bien la protección al tercer adquirente de buena fe, esta dada por el Art. 2014° del Código Civil, que protege la apariencia de quien aparece como propietario; en el caso de la falsa representación anómala dicha apariencia no es amparable, dado que, la nulidad del primer contrato se reflejará en el segundo contrato, debido a que, como reiteramos de una falsificación no se pueden derivar derechos. Por tanto, el falso representado (propietario primigenio) debe de ser preferido por el ordenamiento jurídico, en base a que, este último, posee una indemnidad que protege su derecho de propiedad de futuras intromisiones de terceros que quieran despojarlo de su propiedad.

Finalmente, en relación al remedio de la restitución podemos indicar: que es el remedio idóneo para el caso de la falsa representación anómala, puesto que, con dicho remedio el falso representado podrá satisfacer su interés de forma plena, debido a que, lo único que solicita es la devolución de su inmueble.

Inclusive, podrá demandar la restitución de su inmueble a través de 3 figuras: la primera, la del enriquecimiento sin causa, porque se evidencia que existe un beneficio que el falso representante y el tercero contratante han obtenido en perjuicio del falso representado. Quien se ha empobrecido, debido a que su esfera patrimonial ha sido mermada. La segunda, a través del pago indebido, como está regulado en el ordenamiento italiano, en donde quien ha enajenado la cosa recibida de mala fe, está obligada a restituirla en especie. Y por último, mediante la acción reivindicatoria.

En conclusión, en todos los casos, el tercero contratante deberá restituir el inmueble que ha comprado de manera fraudulenta, considerando que, actuó de mala fe, en la primera compraventa, pues conocía la causa de nulidad del contrato y que estaba cometiendo un delito. Asimismo, en el caso de la segunda compraventa donde puede intervenir un tercero adquirente de buena fe, el resultado es el mismo, este último deberá restituirla la posesión al verdadero propietario al no estar amparado con la protección de la apariencia jurídica. Debido a que, el Art. 2014° del Código Civil peruano no ampara falsificaciones de donde deriven derechos de propiedad.

3.5 El *Recesso*:

El *recesso* es un acto jurídico unilateral y recepticio, por el cual, una de las partes tiene la facultad de separarse del contrato sin expresión de causa. Además, es un remedio muy utilizado en caso de que alguna de las partes contratantes no desee quedar vinculada a su contraparte, por haber perdido interés en la prestación debida.

En referencia al remedio del *recesso*, Roppo indica: "es más realista ver en la separación un instrumento normal y fisiológico de ajuste de los intereses contractuales. En efecto, la facultad de separación está prevista en las disciplinas legales de un gran número de contratos típicos; y en la disciplina del contrato en general se presenta como la posibilidad generalmente ofrecida a la autonomía privada" (2009:505). Es decir, que el remedio del *recesso* ofrece a las partes contratantes la posibilidad de elegir si desean continuar o no con dicho contrato. Igualmente, permite que las partes lo puedan regular en alguna cláusula del contrato y determinar el alcance de sus efectos.

Adicionalmente, el autor precedente indica: "El ejercicio de la separación puede ser totalmente libre, o vinculado a un presupuesto: indicando a veces de manera genérica (por ejemplo, "justa causa"), otras veces definido al detalle" (2009: 506). En referencia a lo estipulado por este autor podemos indicar que, el *recesso* es un remedio por el cual una de las partes contratantes puede desvincularse del contrato atendiendo a supuestos que pueden estar regulados en el contrato, o a razones que no necesitan de mayor explicación; sin embargo, "puede tener un efecto inmediato (separación *ad nutum*) o bien requerir un plazo de preaviso" (2009:506).

En relación a nuestro caso de estudio, consideramos que dicho remedio no puede ser ejercitado, porque solo está habilitado para las partes contratantes: que en nuestro caso de análisis serían: el falso representante y el tercero contratante. Aunque se podría alegar que como el falso representado es la supuesta parte sustancial de la relación contractual, si podría ejercitar su derecho a separarse del contrato. No obstante, en algunos casos, el falso representado no tiene tiempo de reaccionar ante la estafa, y solo puede ejercitar algún remedio, cuando la transferencia de propiedad ya se produjo.

En palabras de Galgano, el remedio del *recesso* implica lo siguiente: "En cualquier caso, el *recesso* termina la relación contractual sin efecto retroactivo: el contrato permanece plenamente eficaz todo el tiempo antes de la fecha de vigencia del *recesso*, y las partes no pueden reclamar la restitución de lo que, hasta esa fecha se hayan otorgado" ⁴⁸(2011:490). Para este autor las partes no podrán reclamar la restitución de las prestaciones otorgadas por cada una sino hasta después de haberse ejercitado el *recesso*. Puesto que, el contrato antes del *recesso* sigue siendo plenamente eficaz y la ejecución de las prestaciones no se suspende. Además, cuando se ejercite el *recesso*, lo que ya se ejecutó por medio del contrato no podrá ser restituido.

En referencia al caso materia de análisis, debo indicar que el remedio del *recesso* no podría ser de utilidad, visto que, el falso representado no es parte contractual en el negocio jurídico celebrado. Inclusive, no podría pedirle al falso representante que se separe del contrato celebrado en su nombre con un poder falso, porque en muchas ocasiones ni si quiera lo conoce ni puede dar con su paradero, en vista de que, cuando se celebra un contrato en donde

⁴⁸ Traducción Libre por la autora. "In ogni caso, el *recesso* scioglie il rapporto contrattuale le senza effetto retroattivo: il contratto conserva piena efficacia per tutto il tempo anteriore alla data di efficacia del *recesso*, e le parti non possono pretendere la restituzione di ciò che, fino a quella data, hanno prestato"

la estafa ha sido determinante para la celebración, las partes que contrataron se escapan de la acción de la justicia y es muy difícil localizarlas.

Por otro lado, Sacco en relación con el *recesso* indica lo siguiente: "El derecho de rescisión previsto en el contrato se ejerce mediante una declaración: no es suficiente un comportamiento que tenga como resultado la intención de no cumplir el contrato. Con aquella declaración se integra un negocio unilateral, que debe ser de la misma forma prescrita para la conclusión del contrato sujeto a disolución"⁴⁹ (1999:694). Para dicho autor el remedio del *recesso* debe tener una formalidad, no basta con la simple intención de separarse del contrato. Debe ceñirse a alguna cláusula estipulada en el contrato o alguna causa justa. Además, indica que con la declaración de separarse se construye el negocio unilateral que debe estar dirigido a la contraparte mediante alguna formalidad que le exprese de forma indubitable su voluntad.

Por otro lado, el referido autor también señala que " las partes pueden subordinar el pacto de recesso a condición, y pueden prever un plazo para el ejercicio de recesso. Sin embargo, la provisión de un plazo final para el ejercicio del recesso no legitima al recesso cuando se inicia la ejecución de un contrato que no sea de duración"⁵⁰ (1999:694-695). Para este autor, el *recesso* debe tener un plazo determinado por las partes para su ejercicio. Asimismo, puede estar sujeto a condición suspensiva o resolutoria.

En referencia a nuestro caso de estudio, el de la falsa representación anómala, dicho remedio no puede ser utilizado, visto que, el falso representado no puede valerse de alguna cláusula del contrato para separarse (en caso la ley le otorgara dicho derecho), porque no conoce el contenido del contrato ni los pactos celebrados. Solo advierte que el contrato existe cuando es notificado de que ya no es propietario de su inmueble. Inclusive, son el falso representante y el tercero contratante los que regulan el ejercicio del recesso en alguna de las cláusulas del contrato, y el plazo para poder ejercer dicho remedio.

Por su parte, Klein indica sobre el remedio del *recesso* lo siguiente: "se caracteriza en términos generales por no requerir una justa causa, pero si el respeto de un plazo de preaviso" (1997:27). Para este autor, el termino justa causa significa que el *recesso* se ejercita solo por hechos sobrevenidos a la celebración del contrato. Asimismo, refiere sobre dicho remedio, "la exigencia de que éste se ejercite respetando un plazo previo, es decir, dando un preaviso, a fin de evitar los perjuicios que una ruptura brusca pueda suponer al otro contratante" (1997:182).

De otro lado, dicho autor precedente, también refiere sobre el remedio del *recesso* lo siguiente: "esta fuera de duda que se trata de una figura extintiva de ejercicio extrajudicial, y que, en general actúa irretroactivamente- suele concederse en contrato duraderos, o, excepcionalmente, en contratos de ejecución instantánea pero diferida-, y en la versión que estamos examinando, está sujeta a la aparición de una causa sobrevenida" (1997: 44). Para dicho autor, el *recesso* está ligado a una causa sobrevenida que genera que la parte que lo alegue pueda desistirse del

⁴⁹ Traducción Libre por la autora. "la facoltà di recesso prevista dal contratto si esercita per mezzo di una dichiarazione: non é sufficiente un comportamento da cui risulti la volontà di non adempiere al contratto. Codesta dichiarazione integra un negozio unilaterale ricettizio, che deve rivestire la stessa forma prescritta per la conclusione del contratto oggetto di scioglimento".

⁵⁰ Traducción Libre por la autora. "le parti possono subordinare il patto di recesso a condizione, e possono prevedere un termine per l' esercizio del recesso. Tuttavia, la previsione di un termine finale per l'esercizio del recesso di per sé non legittima il recesso quando sia iniziata l'esecuzione di un contratto che non sia di durata".

contrato. También se indica que se ejercita extrajudicialmente, es decir, no necesita de un proceso judicial para que se haga efectiva, basta con mandarle una carta notarial a la otra parte contratante para avisarle que se apartará del contrato por una causa justa que puede tener origen en el objeto del contrato, o la pérdida del interés por parte de recesante.

En referencia a nuestro caso de estudio, nos situamos en el caso de que el falso representado pudiera hacer uso de este remedio y opinamos, que tendría que haber una coordinación entre el falso representante y el falso representado para que esto se pudiera efectivizar, no obstante, tendría que realizarlo antes de que el tercero contratante transfiera la propiedad a otro.

En otro orden de ideas, el falso representado no podría hacer uso tampoco de la revocación (remedio que aplica el mandante en caso de que su mandatario este realizando actividades contrarias a sus intereses), la cual consiste en "una declaración de voluntad, acto jurídico unilateral, por el que se deja sin efecto otro cuya existencia o subsistencia depende de aquella misma voluntad" (Klein1997:115). Puesto que, el falso representante, no tiene un poder de representación fidedigno sino una fraguado; por tanto, el falso representado no podría revocar un poder inexistente porque el acto es nulo.

Por último, De nova indica acerca del remedio del *recesso* lo siguiente: "El *recesso* permite a las partes modificar o disolver la relación existente debido a la presencia de defectos originados en el contrato o fallas que ocurrieron después de la conclusión del contrato, estableciendo al *recesso* como un instrumento paralelo a la anulación o resolución"⁵¹(1994:149).

Para el autor precedente el remedio del *recesso* puede ser ejercido en los casos en los que se presente un vicio o defecto insalvable en la relación contractual, en el momento de la celebración. Lo que nos conduce a pensar que se pueda aplicar dicho remedio en vez de la nulidad. Puesto que, el acto se considera nulo cuando tiene un vicio que es contemporáneo a la celebración del contrato. No obstante, la nulidad y el *recesso* difieren en que para el segundo no es exigible que se explique de forma específica el porqué de su intención de separarse del contrato. Por el contrario, en el primero, se debe alegar una causa tipificada por la ley para declarar la nulidad.

Dentro de ese mismo orden de ideas, el mismo autor precedente refiere lo siguiente: "las diversas normas que prevén un << poder de reacción, con el *recesso*, a un vicio, originario o sobrevenido, del reglamento contractual >> deben considerarse excepcionales"⁵² (1994:150). Es decir que, para el citado autor, si existe la posibilidad de ejercer el remedio del *recesso* cuando exista un vicio originario del contrato, no obstante, indica que dicho caso será excepcional. En vista de que, inferimos que si actualmente existe el remedio de la nulidad para el caso en que se generen vicios originarios; el remedio del *recesso* solo podrá ejercitarse para los casos en los cuales existan vicios que no estén regulados bajo la norma de la nulidad y que sin embargo, sean originarios.

⁵¹ Traducción Libre por la autora. "il recesso consente alle parti di modificare o sciogliere il vincolo già esistente per la presenza di vizi originari del contratto o di vizi sopravvenuti successivamente alla conclusione di esso, atteggiandosi così il recesso come strumento parallelo all'annullamento o alla risoluzione"

⁵² Traducción Libre por la autora. "le varie norme che prevedono un <<potere di reagire, con il recesso, a un vizio, originario o sopravvenuto, del regolamento contrattuale>>devono ritenersi eccezionali".

Finalmente en referencia al remedio del *recesso* podemos indicar lo siguiente: en el caso de la falsa representación anómala dicho remedio no podría ser de aplicación porque el falso representado no es parte del contrato celebrado entre el falso representante y el tercero contratante. Además, el *recesso* permite que una de las partes contratantes, se separe sin expresión de causa del contrato, en el caso de la falsa representación el contrato es desde un inicio nulo, nació viciado; es decir, no podría separarse de un contrato nulo sin expresar la causa de la nulidad.

3.6 La Conversión:

El remedio de la conversión es aquel que transforma un contrato nulo en otro válido. Es el remedio por excelencia para paliar los vicios de una nulidad. En el caso de falsa representación anómala sería el remedio ideal, no obstante, existe una serie de requisitos para su aplicación.

En palabras de Cariota Ferrara el remedio de la conversión es "el negocio en el cual se convierte en inválido o ineficaz, es un negocio diverso, o sea un negocio de otro tipo, o, si se quiere, de otra naturaleza, o incluso un negocio con contenido o efecto diverso, pero siempre un negocio entre los mismos sujetos" (1956:310). Para este autor la conversión implica el celebrar un negocio distinto, con similares elementos que el negocio que fue declarado nulo. Además, podemos inferir que en los caso de falsa representación en los cuales se invoque una causal distinta a la del fin ilícito para declarar nulo el contrato de compraventa celebrado sin poder, puede utilizarse dicho remedio, para subsanar la nulidad.

Asimismo, el autor precedente refiere que

Para que la conversión pueda tener lugar es necesario: 1) el contrato que se va a convertir debe tener los requisitos de sustancia y de forma de aquel en el que se convierte (el denominado elemento objetivo); 2) habida cuenta del fin perseguido, se debe poder considerar que el declarante o los declarantes habrían querido el negocio diverso si hubiesen podido prever la nulidad del realizado. (el denominado elemento subjetivo) (1956:310-311).

Es decir, que las partes contratantes deben ser las mismas que celebraron el contratado nulo, además, debe tener el mismo programa contractual, aunque los efectos que genere será distintos. Por último, se deberá excluir del nuevo contrato, el elemento que dio origen a la nulidad.

Por otro lado, Roppo en referencia al remedio de la Conversión indica lo siguiente: "Se afirma que la conversión es imposible cuando el contrato es (nulo porque) ilícito. Ello puede ser verdad en la mayor parte de los casos, pero no siempre. La conversión está excluida cuando es ilícito el "fin perseguido por las partes", como decir la causa o el motivo común del contrato: el contrato fruto de la conversión debe ser coherente a tal "fin" (2009:789). Para este autor no podrá utilizarse el remedio de la conversión, si el contrato nulo es contrario a una norma imperativa, las buenas costumbres o el orden público. Adicionalmente, se puede inferir que en caso de nulidad del contrato, si aquel vicio no genera que la causa sea ilícita, el contrato celebrado podrá ser susceptible de conversión.

No obstante, en el caso de la falsa representación anómala, el contrato tiene un fin ilícito, a saber, la causa es ilícita, porque contraviene una norma imperativa penal que prescribe que no pueden celebrarse contratos de venta de bienes inmuebles en donde la estafa este inmersa. Por

tanto, el remedio de la conversión no sería de aplicación porque se excluye en los casos en que el fin sea ilícito o la causa de nulidad sea conocida por las partes. Sin embargo, en caso de que nos encontremos frente a un caso de falsa representación, en donde exista un defecto de poder y se haya declarado nulo el contrato, dicho defecto podrá ser subsanado mediante el remedio de la conversión.

Desde otra perspectiva, Larenz refiere acerca del remedio de la conversión lo siguiente:

Que no entra en consideración una conversión cuando los propósitos que las partes persigan con el negocio se desapruében por el ordenamiento jurídico, y por tanto, especialmente, cuando sus fines sean inmorales. Si el negocio infringe en la forma contravenida una prohibición legal, solo es lícita una conversión en otro negocio cuando la finalidad de la prohibición no se opone a éste. Por ello entran en consideración principalmente los negocios jurídicos nulos por defecto de forma, así como aquellos que, conforme a las normas legales imperativas, no pueden celebrarse, debido ante todo a la obligatoriedad de tipos existente en el respectivo ámbito jurídico(1978:643-644).

De lo anteriormente citado podemos inferir, que en el caso de la falsa representación anómala, el remedio de la conversión no podría ser de utilidad porque las partes contratantes persiguen una finalidad ilícita, dado que, se han coludido para celebrar un contrato que contraviene una norma imperativa penal que prescribe que no se puede celebrar un contrato de compraventa en donde la estafa sea determinante para la celebración. De igual modo, con dicho contrato se pretende despojar al verdadero propietario (falso representado) de su bien inmueble.

En palabras de Flume, el remedio de la conversión implica lo siguiente: "Por último, como ya se indicó a propósito del § 139, en general en el caso de las normas prohibitivas hay que preguntarse si una conversión es conciliable con el sentido de la norma prohibitiva. Especialmente los negocios inmorales no pueden mantenerse por la vía de conversión, disminuyendo la prestación en una medida que ya no haya de considerarse inmoral (1998:699). Para este autor, si el remedio de la conversión va en contra de normas prohibitivas como pueden ser las inmorales, el remedio de la conversión no puede ser utilizado, en vista de que, no puede convertirse un contrato cuya finalidad atente contra el ordenamiento jurídico. En cuanto a nuestro caso de estudio, al ser la norma penal de carácter prohibitiva, el remedio de la conversión no podría ser de aplicación en el caso de la falsa representación anómala, debido a que, las partes se confabulan para celebrar un contrato en donde utilizan la estafa para despojar al falso representado de su inmueble.

Desde otro punto de vista, Lehmann indica sobre el remedio de la conversión lo siguiente:

Cuando un negocio no puede ser eficaz en la modalidad que intentan las partes, pero responde a las exigencias mínimas de otro negocio jurídico que hace posible un resultado aproximadamente igual. En tal caso será válido este último, cuando pueda suponerse que su validez se hubiese querido racionalmente conociendo la nulidad del primero (conversión). Conversión es la explicación (no la interpretación) judicial de la voluntad de las partes, derivada de la situación de los intereses (1956:251).

En palabras de este autor, la conversión es un remedio que responde a los intereses de las partes, considerando que, son estas, las que deciden celebrar otro contrato con similares elementos de aquel contrato que fue declarado inválido.

No obstante, en el caso de la falsa representación anómala, el falso representado no podría utilizar dicho remedio, porque él ha sido víctima de una estafa por la cual ha perdido la propiedad y posesión del bien. Además, en el hipotético caso de que lo utilizara, la doctrina indica la prohibición de conversión de un contrato que configura un fin ilícito, destinado a perjudicar a un tercero, contraviniendo inclusive lo prescrito por el ordenamiento jurídico.

Por otro lado, Galgano en referencia al remedio de la conversión indica lo siguiente: "La conversión del contrato nulo es la aplicación de un principio más general, que es el de la conservación del contrato: la ley pretende, en la medida de lo posible, atribuir efectos a una declaración de voluntad; expresa su favor por la conclusión del negocio, en lugar de por su falta de conclusión, por la circulación de la riqueza, en lugar de por su inmovilidad"⁵³(2011:359). Como lo señala el autor precedente, la conversión es un remedio que busca la preservación del contrato, debido a que, trata de que las partes contratantes no desistan de su negociación inicial. Por ello, las faculta para que puedan celebrar otro contrato con algunas estipulaciones del contrato original. Por último, la conversión implica "un cambio en la causa del contrato, el art. 1424 lo hace posible, dentro de un ámbito circunscrito por el << fin perseguido por las partes>>"⁵⁴(2011:359). Es decir, que para el derecho italiano la conversión acarrea que el contrato convertido deberá tomar en cuenta, la finalidad que las partes persigan.

Además, dicho autor señala que "la jurisprudencia ha puesto otros límites a la conversión: no funciona si las partes conocían la causa de la nulidad del contrato; Si la nulidad deriva de ilicitud"⁵⁵(2011:361) ". En referencia al remedio de la conversión dicho autor señala que se ciñe a ciertos requisitos para ser utilizada, como: que la parte no conozca la causa de anulación y que el fin del contrato no sea ilícito.

En referencia a la falsa representación anómala, el remedio de la conversión no es de aplicación, dado que, la causa-fin del contrato es ilícita por contravenir el orden público y una norma imperativa penal que se circunscribe a la estafa sobre bienes inmuebles. En conclusión, solo en los casos en los cuales no se presente, la colusión entre falso representante y tercero contratante se podrá ejercer el remedio de la conversión.

En otro orden de ideas, Sacco sostiene acerca del remedio de la conversión lo siguiente: "Se suele afirmar que el contrato ilícito no da lugar a la conversión, porque persigue un propósito contrastante con las normas imperativa o con el orden público o las buenas costumbres. Esta solución es demasiado absoluta. No siempre la ilicitud utilizará aquellos elementos que el art. 1424 bautiza con la expresión << fin perseguido por las partes >>. Puede ser utilice el contenido específico de una actuación, y puede darse que este contenido pueda ser reemplazado sin sacrificar los intereses de las partes"⁵⁶(1999:507). Para este autor, no siempre

⁵³ Traducción Libre por la autora. "La converzione del contratto nullo é applicazione di un piú generale principio, che é quello della *conservazione* del contratto: la legge tende, fin che é possibile, ad attribuire effectti ad una dichiarazione di volontà; esprime il proprio favore per la conclusione degli affari, anziché per la loro mancata conclusione, per la circolazione della ricchezza, anziché per la sua immobilità"

⁵⁴ Traducción Libre por la autora. "un mutamento della causa del contratto l' art. 1424 lo rende possibile entro un ámbito circoscritto dallo <<scopo perseguito dalle parti>>"

⁵⁵ Traducción Libre por la autora. "la giurisprudenza ha posto altri limiti alla conversione: non opera se le parti conoscevano la causa de nullità del contratto; se la nullità deriva da illiceità".

⁵⁶ Traducción Libre por la autora. "Si suole affermare che il contratto illecito non dá luogo a conversione, perché persegue uno scopo contrastante con norme imperative o con l'ordine pubblico o con il buon costume. Questa soluzione é troppo assoluta. Non sempre l'illiceità investirá quegli

la ilicitud permitirá que el contrato no sea convertido. Puesto que, refiere que el contenido de la prestación es lo que hace posible que se convierta sin afectar el interés que las partes tienen en la celebración del contrato.

Posición con la cual discordamos, considerando que, en el caso de falsa representación anómala no podría convertirse un contrato que deviene de un ilícito penal, como lo es la estafa sobre bienes inmuebles.

En ese sentido consideramos, que si se ejerciera la conversión de un contrato que tiene una finalidad ilícita, se configuraría de nuevo la nulidad, porque las partes siguen persiguiendo la misma finalidad que es la de quebrantar la ley mediante la estafa y la falsa representación. Inclusive, las partes siguen siendo las mismas: el falso representante y el tercero contratante coludidos para perjudicar a un tercero.

Inclusive, la figura de la falsa representación anómala se caracteriza por quebrantar una norma imperativa penal; es decir, que no solamente se quebranta una norma imperativa que prescribe cierto comportamiento como reprochable por el ordenamiento jurídico, sino que también se vulnera el orden público, al ser una norma de carácter penal la que es objeto de vulneración. Por tanto, el convertir un contrato que quebranta una norma imperativa penal, es ir en contra del orden público y de todos aquellos principios consagrados en la constitución para la vida en relación.

Por su parte, Gallo refiere sobre el remedio de la conversión lo siguiente: "En base a la enseñanza actual, los contratos ilícitos no serían susceptibles de conversión; y así también serán inexistentes; también se permitiría la conversión de un acto unilateral en otro acto unilateral, pero no también de un contrato en un acto unilateral."⁵⁷(2014: 888). En referencia a la conversión dicho autor indica que si el contrato tiene una finalidad ilícita contraria a normas imperativas, orden público o las buenas costumbres, se infiere que dicho contrato no podrá ser susceptible de conversión, porque serían considerados como si nunca se hubiesen celebrado, puesto que la inexistencia no permite determinar ante qué tipo de contrato nos encontramos. Tal como lo indica Santoro Pasarelli: "Pero a nuestro entender, hay que distinguir entre la falta que permita, con todo, la identificación jurídica del negocio-falta que produce únicamente la invalidez- y la falta que, por el contrario, impide la identificación del negocio, que es por esto, jurídicamente inexistente" (1964:296).

En el caso de la falsa representación anómala, el remedio de la conversión no puede ser de aplicación porque, el contrato tiene un fin ilícito que es contrario a una norma imperativa penal que prescribe que no podrán celebrarse compraventas donde la estafa este presente. Más aun, la doctrina refiere que la conversión no será posible de aplicar en los casos en los que se quebrante una norma imperativa, el orden público y las buenas costumbres. Lo que refuerza nuestra posición de la no aplicación de la conversión por cuanto el fin ilícito es un supuesto que excluye el ejercicio de dicho remedio.

elementi che l'art. 1424 battezza con l'espressione <<scopo perseguito dalle parti>>. Potrà darsi che investa lo specifico contenuto di una prestazione, e potrà darsi che tale contenuto possa essere sostituito senza sacrificare l'interesse delle parti".

⁵⁷ Traducción Libre por la autora "In base all'insegnamento corrente i contratti illeciti non sarebbero suscettibili di conversione; e così pure quelli inesistenti; sarebbe inoltre consentita la conversione di un atto unilaterale in un altro atto unilaterale, ma non anche di un contratto in un atto unilaterale".

De otro lado, en referencia al remedio de la conversión, Mirabelli indica lo siguiente:

Los requisitos de sustancia incluyen, más allá de la causa, es decir, la existencia de una función que, aunque reducida o diferente de aquella asignada por las partes, merecedora de tutela, y más allá del objeto, que debe tener los requisitos de licitud, posibilidad y certeza, también la capacidad del sujeto y sobre todo la inexistencia de prohibiciones o limitaciones de autonomía en relación con el objeto del negocio⁵⁸(1980:508).

Es decir, que para este autor, para ejercitar el remedio de la conversión debe haber un contrato con fin lícito, en vista de que, si no existe dicho requisito la conversión es inútil. Inclusive, las partes deben ser las mismas que celebraron el contrato viciado de nulidad; no pueden ser distintas, porque lo que se preserva es el fin que originalmente tenían las partes en el negocio anulado. Por último, el objeto del negocio debe ser de posible realización, no debe estar inmerso en prohibiciones o limitaciones impuestas por la ley.

Por último, el citado autor refiere con respecto a la conversión lo siguiente:

Parece que nada impide que la conversión se aplique, incluso en negocios nulos o ineficaces, en sentido estricto, ya que la norma no es de carácter excepcional, sino que es la aplicación de un principio general, el de la conservación de la actividad negocial; la conversión se realiza, en tales casos, solo después de que la nulidad o la ineficacia, se hayan hecho valer, porque solo entonces el negocio deviene en inválido⁵⁹(1980:508).

En palabras del autor precedente, la conversión se otorga como remedio a los contratos nulos e ineficaces, que por razones diversas como: la falta de manifestación de voluntad del agente, la falta de incapacidad de alguna de las partes contratantes, que el objeto sea indeterminable, cuando adolezca de simulación absoluta o no revista la forma prescrita bajo sanción de nulidad o por falta de legitimidad; no pueden alcanzar la finalidad prevista por las partes. Es por ello, que la conversión se orienta a conservar los elementos de forma y sustancia del contrato anulado. Para que al final las partes puedan ver satisfecho su interés con el nuevo contrato celebrado.

Asimismo, en referencia a la falsa representación anómala, podemos indicar que el remedio de la conversión no es aplicable porque el fin del contrato celebrado es ilícito. Y dicho elemento es excluido de la configuración del remedio de la conversión. Además, un sector de la doctrina considera que las partes no deben conocer la causa de anulación del contrato, puesto que, esto acarrearía a que las partes deseen evadir la prohibición o limitación utilizando diversas figuras contractuales.

⁵⁸ Traducción Libre por la autora. "Nei requisiti di sostanza rientra, oltre la causa, ossia la sussistenza di una funzione che, sebbene ridotta o diversa da quella assegnata dalle parti, sia meritevole di tutela, ed oltre l'oggetto, che deve avere i requisiti di liceità, possibilità e determinatezza, anche la capacità del soggetto e soprattutto l'insussistenza di divieti o limitazioni di autonomia in relazione all'oggetto del negozio".

⁵⁹ Traducción Libre por la autora. Sembra che nulla osti a che la conversione si applichi anche ai negozi annullabili od inefficaci, in senso stretto, in quanto la norma non ha carattere eccezionale, ma è applicazione di un principio generale, quello della conservazione dell'attività negoziale; la conversione ha luogo, in tali casi, solo dopo che l'annullabilità o l'inefficacia siano state fatte valere, perché solo allora el negozio diviene invalido".

Por último, de todo lo anteriormente expuesto en el desarrollo del presente capítulo, podemos indicar que el remedio que encaja mejor en el supuesto falsa representación anómala es el restitutorio, puesto que, por medio del enriquecimiento sin causa, permite que el falso representado, quien se ha visto disminuido en su patrimonio, por la colusión entre el tercero contrante y el falso representante, quienes se han visto enriquecidos; recupere su propiedad. Además, a través de la figura del enriquecimiento sin causa, el falso representado puede hacer uso de la acción reivindicatoria para pedir al juez que se le restituya su propiedad.

En referencia al efecto de la nulidad, denominado también restitución, somos de la opinión que en el caso de la falsa representación anómala, no podría ser de utilidad, porque de la celebración de un contrato utilizando poderes falsificados y persiguiendo un fin ilícito; sería poco verosímil que las partes contratantes que idearon la estafa, puedan restituirse las recíprocas prestaciones que fueron objeto del contrato. Dado que, puede ocurrir que el falso representado nunca haya recibido dinero por la transferencia fraudulenta y que el tercero contratante, nunca restituye el inmueble (a menos que haya una orden judicial), porque nunca va a reconocer que fue parte de la estafa.

De otro lado, si aplicáramos lo estipulado en el Art. 162° de Código Civil que prescribe que el acto puede ser ratificado por el falso representado, estaríamos contraviniendo el orden público, puesto que, no puede ratificarse un acto jurídico que provenga de un delito como lo es el caso de la falsa representación anómala, en la que el falso representante y el tercero contratante se coluden para realizar una estafa que origine que el falso representado pierda la propiedad de su bien inmueble.

Inclusive, si el falso representado tratara de ratificar dicho acto, estaría atentando contra el orden público, considerando que, hay un poder falsificado de por medio con el cual, ha sido celebrada la compraventa, y además, puede coludirse con ellos, si cree en la falsa promesa que recibirá más dinero por la venta de su bien, en una segunda venta, a un tercero incauto.

Por otro lado, tampoco podríamos utilizar el remedio de la conversión porque no puede ser de aplicación cuando el contrato celebrado tenga un fin que es ilícito. Por tanto, en el caso de la falsa representación anómala, el falso representado no podría hacer uso de dicho remedio, porque contradice los principios que el ordenamiento jurídico protege.

Finalmente, en cuanto a cómo debería de presentar el falso representado su recurso para poder hacer uso del remedio de la restitución mediante la falsa representación anómala, este debería solicitar lo siguiente:

Primero, debe pedir la nulidad del poder de representación, además, de la nulidad del contrato de compraventa celebrado con dicho poder, y por último, la cancelación del asiento en los registros públicos.

Segundo, debe fundamentar su pretensión en la nulidad del contrato celebrado con el poder de representación falso, en la causa ilícita que contraviene una norma imperativa penal que prescribe que no se podrán vender bienes inmuebles en donde la estafa resulta manifiesta. (Art. 219° inciso 4 Código Civil y Art. 196-A inciso 4 del Código Penal).

Tercero, en cuanto a la pretensión de restitución del bien, está deberá de pedirla en base a las normas que regulan el enriquecimiento sin causa. Y sustentar su pedido en base a lo siguiente: existe alguien que se enriquece (falso representante y el tercero contratante) a costa de otro

(falso representado), quien ve mermado su patrimonio. También, puede ejercer la acción reivindicatoria contra el poseedor no propietario; que en el caso de estudio, es el tercero contratante.

Por último, somos de la opinión de que la vía del resarcimiento no podría ser de utilidad, porque dicho remedio no satisfará el interés del representado, dado que, si el falso representante y el tercero contratante se coluden es para obtener un beneficio o ventaja patrimonial; vale decir, el falso representado puede correr el riesgo de que los antes mencionados resulten insolventes, y que nunca le paguen una reparación. Y eso generaría que nunca obtenga lo que perdió; es por ello, que el remedio más idóneo es que le restituyan el bien. Por otro lado, también podría pedir la reivindicación del bien de parte del poseedor (tercero contratante). Lo cual, podría ser sencillo si es que existe un proceso penal de estafa en donde los involucrados (falso representante y tercero contratante) estén procesados.



CAPÍTULO 4: SEGURIDAD JURIDICA VS. DERECHOS DE PROPIEDAD: ANÁLISIS DESDE LA POSICIÓN DEL FALSO REPRESENTADO EN LA FALSA REPRESENTACION ANÓMALA

Sumario: 4.1 ¿Prevalencia de la seguridad jurídica? 4.2 ¿Prevalencia de los derechos de propiedad? 4.3 Posición de la Jurisprudencia y la Doctrina 4.4 Nuestra Posición

4.1 ¿Prevalencia de la seguridad jurídica?

Después de haber analizado la figura de la falsa representación anómala, sus particularidades, y los remedios por los cuales el falso representado podrá recuperar su propiedad, nos centraremos en distinguir lo que debemos entender por derechos de propiedad constitucionalmente protegidos y lo que el ordenamiento jurídico trata de proteger, que es: la seguridad jurídica. Puesto que, queremos dilucidar si en casos de falsa representación anómala debería prevalecer el derecho del tercero contratante por sobre el derecho de propiedad del falso representado. Debido a que, existe una normativa en caso de protección del tercero adquirente de buena fe, Art. 2014° del Código Civil Peruano, en la cual se indica lo siguiente:

Art. 2014°.- El tercero que de buena fe adquiere a título oneroso algún derecho de persona que en el registro aparece con facultades para otorgarlo, mantiene su adquisición una vez inscrito su derecho, aunque después se anule, rescinda, cancele o resuelva el del otorgante por virtud de causas que no consten en los asientos registrales y los títulos archivados que lo sustentan.

La buena fe del tercero se presume mientras no se pruebe que conocía la inexactitud del registro.

En relación con dicha normativa opinamos lo siguiente: en caso que el tercero contratante actuará de mala fe, como ocurre en el supuesto de falsa representación anómala, no podría ser de aplicación dicho cuerpo normativo. En vista que, el tercero contratante se colude con el falso representante con poder falsificado para defraudar al falso representado y así, despojarlo de su propiedad. Es decir, que en dicho supuesto, la seguridad jurídica no sería preferida por sobre el derecho de propiedad del falso representado.

Para poder sustentar dicha posición nos ampararemos en lo que indica la doctrina comparada sobre la seguridad jurídica y sus características esenciales, para realizar el análisis en el caso de la falsa representación anómala.

a) Seguridad Jurídica:

La seguridad jurídica es entendida como "el poder de predecir o pronosticar con algún fundamento el resultado que tendrá un litigio futuro que se contempla solo hipotéticamente en cuanto a su producción o que se contempla como ya ocurrió" (Diez-Picazo 2014:14). Vale

decir, que para el autor precedente, la seguridad jurídica puede ser predicha, considerando que, se centra en vaticinar múltiples escenarios en donde un litigio se pueda originar. Es por ello, que el ordenamiento jurídico se centra en regular las posibles consecuencias de determinados conflictos jurídicos otorgando una mayor protección a algunos derechos por sobre otros. Pero siempre nos queda la duda de ¿Cómo el ordenamiento jurídico decide quitarle protección a un derecho por sobre otro?, ¿Bajo qué criterios hace dicha selección?. Son algunas de las interrogantes que trataremos de dilucidar en el transcurso del presente ítem.

En relación a la seguridad jurídica y su vinculación con los derechos subjetivos, Díez-Picazo indica que “la seguridad del ordenamiento jurídico comporta la seguridad de los derechos subjetivos de que los privados hayan llegado a ser titulares. Y ello cualquiera que sea la naturaleza jurídica teórica o doctrinal que tales derechos puedan tener o alcanzar, es decir, tanto la propiedad y los derechos reales como los derechos de crédito, como cualquiera otros por muy imperativos o escasamente imperativos que sean”(2014: 32). En palabras de dicho autor la seguridad jurídica despliega protección hacia los derechos subjetivos; es decir, hacia aquellos que son inherentes a la persona y que son reconocidos por el ordenamiento jurídico, puesto que, permite que puedan ser protegidos frente a lesiones de terceros u otros individuos.

Por otro lado, Castillo Freyre refiere que “la noción misma de seguridad jurídica, habida cuenta de que debe alcanzar tanto a la titularidad y al contenido de los derechos como la certeza en el tráfico comercial de aquéllos, ha dado nacimiento a la distinción entre la llamada seguridad estática y la seguridad dinámica” (2007: 35). Dicho de otro modo, para el autor precedente, la seguridad jurídica se desdobra en dos: un aspecto estático que “tiene por finalidad otorgar protección al derechohabiente o titular del derecho frente a terceros” (Castillo 2007: 35). Y por otra parte, un aspecto dinámico, denominado también como seguridad del tráfico que “tiene por objetivo proteger a los terceros, lo que se proyecta básicamente en dos direcciones: Por un lado se otorga seguridad a los acreedores del enajenante y por el otro a los adquirentes” (Castillo 2007:35).

En el caso de la falsa representación anómala, la seguridad estática protegería al falso representado frente a las actuaciones del tercero contratante de mala fe y del falso representante. Asimismo, no podríamos afirmar que se configuraría el aspecto dinámico, porque el tercero contratante es de mala fe, y por tanto, no merece protección por parte del ordenamiento jurídico. Sin embargo, nos situamos en el caso de que este tercero de mala fe venda el bien a otra persona; es decir, se origine una segunda transferencia por la cual, dicho tercero desconozca el proceder ilícito de la transferencia; en dicho caso opinamos, que si bien podría ser amparado por el ordenamiento jurídico, dicho tercero adquirente de buena fe no podría quedarse con la propiedad porque supondría que este último, también estaría implicado en una mafia de transferencia ilegales. Por tanto, en dicha situación, lo único que podría pedir es una indemnización por daños y perjuicios al falso representante y al tercero contratante de mala fe.

De otro lado, Paz-Ares plantea sobre la seguridad jurídica subjetiva lo siguiente:

Es la seguridad del derecho subjetivo(o de otras situaciones jurídicas subjetivas; es una seguridad de realización. (...) que busca garantizar y hacer cierto el disfrute de un derecho subjetivo. Puede decirse, por consiguiente, que hay seguridad jurídica allí donde reina la confianza de que el disfrute del valor de uso y del valor de cambio del recurso económico que constituye el objeto de derecho subjetivo no

está amenazado por el riesgo de conductas ajenas que –total o parcial, transitoria o definitivamente- lo impidan; allí donde el titular de un recurso económico (lo sea a título de crédito o a título de propiedad u otro derecho real) posea la certeza de que podrá disfrutar del uso y del cambio del recurso; del goce y la disposición(...)(195: 13-14).

Es decir, que para el autor precedente, la seguridad jurídica garantiza la protección del derecho subjetivo, por ejemplo: el derecho de propiedad. Puesto que, se asegura que el titular de dicho derecho; disfrute, use o disponga de él, sin preocuparse por conductas externas que puedan perjudicar dicha titularidad. En el caso de la falsa representación anómala, el falso representado ve perjudicado su derecho de propiedad (derecho subjetivo) al verse despojado de su propiedad frente a la colusión entre el falso representante y el tercero contratante de mala fe. Por tanto, nos situamos en el caso en que deberá preferirse por sobre el derecho del tercero contratante de mala fe, el derecho de propiedad del falso representado, debido a que, la seguridad jurídica debe proteger el derecho subjetivo de amenazas externas de terceros que pretendan perjudicar a su titular.

En otro orden de ideas, Moliner Tamborero indica con respecto a la seguridad jurídica lo siguiente: “cuando se habla de seguridad jurídica se está uno refiriendo a la garantía de que la persona, los bienes y los derechos de cualquiera que actué de una determinada manera no serán violentados o que si esto último llegara a producirse, tendría asegurada la protección y reparación de los mismos” (2013:7). Para dicho autor, la seguridad jurídica asegura que los derechos de la persona no puedan ser vulnerados, y además, otorga mecanismos por los cuales, el titular de derechos subjetivos afectados, pueda conseguir una adecuada reparación o protección frente a amenazas externas de terceros. En el caso de la falsa representación anómala, somos de la opinión de que la seguridad jurídica debe garantizar que el derecho del falso representado no sea vulnerado, y si dicho derecho subjetivo de propiedad es afectado, se debe de preferir dicho derecho de propiedad, porque el tercero contratante ha actuado de mala fe, dado que, además, de haberse originado una colusión entre el falso representante y el tercero contratante, se ha cometido un delito : el de la estafa por medio de la venta de bienes inmuebles; por consiguiente, el derecho del tercero contratante de mala fe, no puede ampararse por sobre el de propiedad del falso representado; vale decir, la seguridad del tráfico(seguridad dinámica) no debe ser amparada en dicho caso.

Desde otra perspectiva Arrazóla Jaramillo refiere sobre la seguridad jurídica lo siguiente:

Puede afirmarse que el concepto de seguridad jurídica contiene tres dimensiones desde las cuales debe ser entendido: como la certeza de la actuación del Estado y de sus agentes, al igual que la de los ciudadanos; como la certeza y estabilidad del derecho mismo, independientemente del contenido material de las normas que integran el ordenamiento; y como la seguridad que resulta del derecho, que deviene de las normas bien dispuestas y que resulta en una seguridad jurídica específica con respecto a algunos o varios bienes jurídicos protegidos (...)(2014:9).

En otras palabras, para este autor la seguridad jurídica tiende a salvaguardar bienes jurídicos protegidos, por ejemplo en nuestro caso de estudio: la propiedad. Basado en que, dichos bienes si bien pueden tener un contenido económico, son parte de los derechos que son denominados de la personalidad; es decir, derechos que los seres humanos detentan.

En referencia al caso de la falsa representación anómala, opinamos que el bien jurídico tutelado por el ordenamiento jurídico es el derecho de propiedad, que ostenta el falso representado, debido a que, el falso representante y el tercero contratante, han despojado de su propiedad a este último, valiéndose de la figura de la falsa representación y la estafa. Por consiguiente, debe de preferirse el derecho del falso representado por sobre el del tercero contratante de mala fe; es decir, se prefiere tutelar el derecho de propiedad, por sobre la seguridad del tráfico, trastocando de cierta manera la seguridad jurídica.

De otro lado, en referencia a los elementos de la seguridad jurídica se indica lo siguiente:

Existen dos elementos que, de una u otra manera, los autores consideran fundamentales para que pueda hablarse siquiera de la existencia de la seguridad jurídica. El primero consiste en la existencia de unas reglas claras, estables y que se apliquen a futuro, de tal forma que todos los asociados tengan claridad sobre cuáles son sus derechos y deberes, dichas reglas naturalmente, se encuentran plasmadas en las leyes y demás normas jurídicas. El segundo es la certeza en el cumplimiento y en la aplicación de las normas, de modo que las consecuencias en ellas establecidas, en caso de incumplimiento, tengan materialización en la realidad (2014: 12).

De lo descrito por el autor precedente podemos inferir que la seguridad jurídica implica que el operador jurídico se sitúe en casos hipotéticos en los cuales pueda surgir conflicto de intereses entre los particulares o cualquier miembro de la sociedad. Para ello, se implementan una serie de mecanismos y reglas por las cuales se establezcan con claridad que derechos tienen cada persona y cuáles son las consecuencias que se suscitan si dicho derecho es vulnerado. En nuestro caso de estudio, el ordenamiento jurídico no está actuando de manera adecuada, por cuanto protege al tercero contratante de mala fe en los casos de falsa representación, puesto que, no se permite que el falso representado pida la restitución de su bien inmueble, debido a que, se indica que la seguridad jurídica debe prevalecer ante todo, inclusive si con su preservación se vulneran derechos constitucionalmente reconocidos. Como es en nuestro caso el de la propiedad.

Desde otro punto de vista, Sagüés señala con respecto a la seguridad jurídica lo siguiente:

La seguridad jurídica no se conforma con la necesidad de predecir eventos, de controlar los riesgos y de programar la estabilidad en las relaciones humanas. También requiere que ese mecanismo predictivo, esa neutralización de peligros y tal planificación de procesos humanos estables, brinde a la postre un producto aceptable, básicamente justo, respetuoso de los derechos humanos básicos (1997: 219).

Para este autor, la seguridad jurídica debe respetar los derechos inherentes a las personas; es decir, aquellos derechos que son recogidos en la constitución como derechos fundamentales, por ejemplo: el derecho de propiedad. Que en el caso de la falsa representación anómala, es evidentemente vulnerado, al no permitir que el falso representado recupere su propiedad, de la cual fue despojado por el tercero contratante en complicidad con el falso representante.

En otro orden de ideas, Fernández Cruz refiere en relación a la seguridad jurídica lo siguiente:

Cuando nosotros propugnamos un concepto de seguridad jurídica dinámica, en contra del concepto clásico de seguridad jurídica estática, en el fondo, estamos afirmando que el <<principio jurídico de protección al tercero adquirente de

buena fe>>, debe inspirar toda solución en el Derecho(y no solamente respecto al derecho de propiedad) y que la sola protección legal al mejor modo de generar más riqueza inmobiliaria, incentiva la circulación de bienes y, en general, el tráfico jurídico inmobiliario, que es el concepto de seguridad jurídica que reclama la sociedad(visión colectiva), protegiendo a los adquirentes en conjunto, en su condición de tales(configuración abstracta), con prescindencia de la situación concreta del señor x, quien, individualmente, deberá buscar los medios alternativos que le brinda el ordenamiento jurídico para la tutela de su interés específico(...)
(1994: 153).

Para el autor precedente, la seguridad jurídica implica la circulación de la riqueza mediante la protección al tercero adquirente de buena fe, visto que, se debe privilegiar, la seguridad del tráfico jurídico (seguridad colectiva) por sobre la del individuo. No obstante, para el caso de la falsa representación anómala, discrepamos con el autor precedente, porque en dicho caso, no podría privilegiarse la seguridad dinámica por sobre la seguridad estática, debido a que, el tercero adquirente no es de buena fe. Más aun, si se ha confabulado con el falso representante, para poder despojar de su propiedad al falso representado. Por otro lado, en relación con la seguridad estática, Téllez Miguélez refiere lo siguiente: "la seguridad estática o seguridad de los derechos exige que no pueda producirse una modificación desfavorable en la esfera patrimonial de una persona sin que concurra su voluntad" (1996: 22). Es decir, que en la seguridad estática, se protege el derecho de propiedad del falso representado, de perturbaciones, o despojos. Por tanto, en nuestro caso de estudio, la seguridad jurídica en su dimensión estática, deberá de ser preferida.

De otro lado, Vivar Morales indica con respecto a las dos dimensiones de la seguridad jurídica lo siguiente: "la seguridad de los derechos subjetivos exige que no pueda producirse una modificación desfavorable en las relaciones patrimoniales de una persona, sin la voluntad de esta... la seguridad del tráfico exige que una situación favorable en las relaciones patrimoniales de una persona no puede quedar sin efecto por circunstancias ignoradas de ella" (1997: 25). Para este autor, en la seguridad estática, se protege las relaciones de la persona con los bienes que puedan poseer o detentar propiedad, por lo cual, se asegura que dicho derecho de propiedad no pueda ser violentado o quebrantado. Por otro lado, la seguridad dinámica, tiende a proteger a los terceros adquirentes de buena fe. Debido a que, contribuyen a la circulación de la riqueza en una sociedad. Sin embargo, en el caso de la falsa representación anómala, el tercero adquirente carece de buena fe, por tanto, la protección de la seguridad jurídica, debe verse desde la perspectiva estática, es decir, se debe proteger el derecho de propiedad del falso representado por sobre dicho tercero.

Desde otra perspectiva, la seguridad jurídica es vista como un valor, teniendo en cuenta que, se afirma que "todo sistema jurídico debe brindar seguridad jurídica, pero también justicia. Son dos valores importantes, pero cuando entre ellos surja un conflicto debe prevalecer el valor informador que es la justicia" (Morales Godo 2000: 424). Es decir, que la seguridad jurídica y la justicia son dos valores que deben convivir para que haya estabilidad en el ordenamiento jurídico de una sociedad. Puesto que, si ocurriera una injusticia, por ejemplo, que alguna persona sea despojada de su propiedad, sin poder hacer nada al respecto, la seguridad jurídica no se justificaría. Porque, esta debe proteger al propietario como al tercero adquirente de buena fe.

Por otro lado, la seguridad jurídica también es considerada un principio "que inspira a todo el ordenamiento creado por el Derecho (...). Podríamos decir que la seguridad jurídica es la condición esencial para la vida y el desenvolvimiento de los individuos dentro de una sociedad, representando la garantía de la aplicación objetiva de la ley, de modo tal que los individuos saben en cada momento cuáles son sus derechos y sus deberes" (Hernández Gazzo 1997: 18). Para este autor, la seguridad jurídica implica la idea de orden y de reglas claras, que cada ciudadano debe conocer de modo anticipado. Asimismo, garantiza que las normas sean claras no ambiguas y sin sentido, dado que, a mayor seguridad jurídica habrá mayor confianza en las transacciones que se generen en mercado.

Bajo ese mismo orden de ideas, Jiménez Vargas Machuca indica lo siguiente: "la seguridad jurídica viene a ser una especie del género seguridad, y se entiende como la seguridad proporcionada por el derecho (entendiendo derecho como orden jurídico), lo cual implica la afirmación del ordenamiento aun contra los intereses individuales" (1999: 255). Para la citada autora, la seguridad jurídica protege intereses colectivos por sobre intereses o derechos individuales. Esto es, que si un ordenamiento jurídico privilegia la actuación del tercero contratante de buena fe, por sobre la de un individuo, la seguridad jurídica estaría reafirmada. No obstante, si nos situamos en el caso de estudio, en el del falso representante que utiliza un poder falso y que actúa en complicidad con un tercero contratante, para despojar a un falso representado de su propiedad; creemos que en dicho caso, la seguridad jurídica en relación al tercero contratante, no podría ser amparada, porque dicho individuo, actúa con mala fe, y el ordenamiento jurídico no podría avalar ese tipo de conductas que inclusive resultan siendo en muchos casos delictivas. Por tanto, el ordenamiento jurídico ha de preferir, desplegar su protección hacia aquel perjudicado, quien ha sido despojado de su propiedad.

En palabras de Arcos Ramírez, la seguridad jurídica "exige regularidad estructural y funcional en la estructura y aplicación de las normas jurídicas e, igualmente, ausencia de arbitrariedad en los actos de creación y aplicación de dichas normas. Aquella es, por tanto, una garantía frente a la incertidumbre, la imprevisibilidad, la arbitrariedad, la ineficacia y, en general, todo lo que haga peligrar "la confianza garantizada en su vigencia y en su administración imparcial y justa" (2000: 34). Es decir, que para el autor precedente la idea de seguridad jurídica esta relacionada al ordenamiento jurídico y a la estructura que lo compone, en vista de que, se debe garantizar que todas las personas tengan conocimiento de las normas, y de que su aplicación se realizará de manera justa e imparcial, evitando todo tipo de arbitrariedades.

Por último, Trujillo Blas citando a Delos, quien definía a la seguridad jurídica "como la garantía dada al individuo de que su persona, sus bienes y sus derechos no serán objeto de ataques violentos o que si ellos vinieran a producirse, le serán aseguradas protección y reparación por la sociedad además anotaba que la seguridad importa la existencia de un formalismo jurídico que protege contra lo arbitrario, lo impreciso y lo imprevisto" (2012: 171). Para este autor, la idea de seguridad jurídica está vinculada a la protección que debe ofrecer el ordenamiento jurídico ante casos en los cuales, por ejemplo, una persona se vea despojada de su propiedad sin su consentimiento. Asimismo, dicho autor indica que las normas deben ser claras y no arbitrarias, protegiendo así, al individuo ante situaciones no reguladas por el ordenamiento.

En el caso de la falsa representación anómala, la seguridad jurídica deberá abocarse a dar protección en dicho caso especial, al falso representado por sobre el tercero contratante, puesto que, este último, ha actuado de mala fe, confabulándose con el falso representante para despojar de su propiedad al falso representado. En consecuencia, el ordenamiento jurídico no

debería de preferir otorgar protección al tercero adquirente de mala fe, por sobre el verdadero propietario perjudicado.

Dentro de ese mismo orden de ideas, el autor precedente, distingue entre seguridad estática y dinámica de la siguiente manera:

La seguridad estática es la que está orientada a proteger al derecho-habiente, o la relación de atribución (propiedad) que existen entre un sujeto de derecho y un bien (inmueble), frente a las turbaciones o ataques de terceros que se inmiscuyen ilegítimamente en esa relación. La seguridad estática exige que ninguna modificación ni perjuicio patrimonial de un derecho subjetivo se concrete sin el consentimiento del titular, por lo cual si éste es un propietario legítimo, sólo cabe que sea despojado de su derecho por acto voluntario; cualquier otra cosa es un despojo (...). En tanto que la seguridad jurídica dinámica implica la guardianía de los intereses de terceros involucrados en la circulación de la riqueza (...) (2012: 181).

Para el autor previamente citado, la seguridad estática tiende a proteger el derecho que una persona tiene sobre un bien que es de su propiedad (falso representado), como es en nuestro caso de estudio, de ataques de terceros (falso representante y el tercero contratante de mala fe); debido a que, estos últimos, se han coludido para perjudicar al verdadero propietario utilizando un poder falsificado, para despojarlo de su propiedad. Por su parte, la seguridad dinámica protege al tercero contratante solo cuando, se configure que tenía buena fe.

Si bien hemos realizado el análisis de la seguridad jurídica desde la perspectiva del primer contrato de compraventa en donde el tercero adquirente tiene mala fe, procedemos analizar el caso en que en la segunda compraventa exista un adquirente de buena fe.

En referencia a la seguridad jurídica estática y dinámica, Morales Hervias refiere lo siguiente:

Optamos- como regla general- por proteger la intangibilidad de la esfera jurídica de todo sujeto en nombre de la "seguridad estática de las adquisiciones" afin que ninguno disponga de su situación jurídica. Excepcionalmente y en algunos casos, es pertinente proteger la "seguridad dinámica de las adquisiciones" mediante los procedimientos exteriorizados formales, conocibles y publicitados que los privados tendrán la carga de seguir si quieren que se verifiquen los efectos programados (2011:389).

Para el citado autor, existen casos en donde la buena fe del tercero adquirente debe de ser preferida. No obstante, consideramos que el que en la segunda compraventa se de que el adquirente tenga buena fe, no lo excluye de restituir la propiedad al propietario primigenio (falso representado), dado que, la protección del Art, 2014 del Código Civil no puede amparar falsificaciones de donde se deprendan derechos. Por tal motivo, reiteramos nuestra opinión acerca de que independientemente, que el tercero en la segunda compraventa tenga buena fe, la restitución del bien por su parte es procedente, debido a que su título se funda en la estafa cometida en la primera compraventa.

Por otro lado, Mendoza del Maestro refiere acerca del registro de protección al tercer adquirente lo siguiente: "En los casos de falsificación de documentos no se aplica la fe pública registral, dado que a pesar de configurarse un supuesto de nulidad por ausencia de manifestación de voluntad, no existe título en la adquisición del otorgante emitido por el

verdadero propietario”(2016:42). Posición con la cual concordamos en cierta manera, puesto que, consideramos que en nuestro caso de estudio, si bien en la segunda transferencia puede haber un tercero adquirente de buena fe, no podría ser de aplicación el Art.2014° del Código Civil al no poder amparar la buena fe registral en base a un título nulo por medio de una falsificación del poder por el cual fue transferido el inmueble.

Por último, en palabras de Vargas Machuca, citando a Franz Scholz, acerca del concepto seguridad: “Seguridad significa un estado jurídico que protege en la más perfecta y eficaz de las formas los bienes de la vida; realiza tal protección de modo imparcial y justo; cuenta con las instituciones necesarias para dicha protección y goza de la confianza, en quienes buscan el derecho, de que éste será justamente aplicado” (1999:274). De lo indicado por la referida autora podemos inferir, que lo que busca el ordenamiento jurídico no es proteger a terceros adquirentes de buena fe en base a falsificaciones, puesto que, se estaría perjudicando al verdadero propietario que ha sido víctima de la estafa sobre su inmueble. Si bien, el tercero adquirente puede desconocer la falsificación en la cual funda su título, este tendrá como herramientas o remedios a la responsabilidad civil para poder pedirle al Estado que satisfaga su interés. Puesto que, lo que se busca es un equilibrio entre ambas seguridades (estática y la dinámica), por tanto, consideramos que en casos en los cuales, nos encontremos frente a una falsa representación anómala, se deberá de preferir la seguridad estática por sobre la dinámica, a fin de que el verdadero propietario quede protegido sobre la base constitucional.

En conclusión, somos de la opinión de que en el caso de falsa representación anómala en la que el tercero contratante-adquirente del bien de mala fe, no debe ser amparado por la seguridad jurídica del tráfico-seguridad dinámica, considerando que, ha cometido un delito penal en colusión con el falso representante, por el cual, han despojado de su propiedad al falso representado. Por consiguiente, el ordenamiento jurídico deberá de preferir proteger el derecho de propiedad del falso representado (seguridad estática), ante el despojo que ha sufrido de su propiedad, por parte de terceros (tercero contratante de mala fe y el falso representante). No obstante, en caso de que en la segunda compraventa nos encontremos con un tercero de buena fe, la protección por parte del ordenamiento jurídico deberá de preferir al falso representado propietario por sobre la apariencia de propiedad, visto que, el Art. 2014° del código Civil no puede amparar derechos que se adquieran en base a un título falsificado.

4.2 ¿Prevalencia de los derechos de propiedad?

Ante el despojo de su propiedad, que sufre el falso representado en el supuesto de falsa representación anómala, cabría preguntarnos lo siguiente: ¿El ordenamiento jurídico deberá de preferir proteger el derecho del falso representado a recuperar la propiedad perdida o la conservación del inmueble en manos del tercero contratante coludido? , ante dicha colisión entre el derecho de propiedad del falso representado y el del tercero adquirente coludido, consideramos que el ordenamiento jurídico debe de preferir el derecho de propiedad del falso representado, por las razones que expondremos a continuación.

En principio la propiedad es considerada como “el derecho real que tiene por contenido la facultad de gozar y disponer de la cosa de modo pleno y exclusivo dentro de los límites y con

la observancia de las obligaciones establecidas por el orden jurídico⁶⁰ (Bianca 1999: 147-148). Es decir, que el propietario tiene la potestad de utilizar el bien de la forma que le sea conveniente, si desea puede ceder el uso, destruirlo, enajenarlo, no usarlo, etc. Debido a que, el ordenamiento jurídico le reconoce la titularidad sobre dicho bien.

Por otro lado, Westermann refiere sobre la propiedad lo siguiente:

El instituto jurídico <<propiedad>> designa una relación de la vida, que a pesar de todos los cambios políticos-sociales y de la configuración constitucional de la propiedad, tiene un núcleo jurídico-privado unitario; concretamente, da lugar a un **derecho subjetivo**, pero también a deberes jurídicos y a ciertas particularidades. La determinación del contenido de la propiedad es, ante todo, tarea del Ordenamiento jurídico privado que, como expresa con claridad el tenor literal del § 903, también determina los límites del poder de dominación del propietario frente a <<derechos de terceros>> (1998:305).

En palabras de este autor, el derecho de propiedad es un derecho subjetivo; es decir, "la facultad de obrar que se tiene para satisfacer un interés propio" (Escobar Rozas 1998: 298), debido a que, permite que el propietario pueda ver satisfecho su interés, materializándolo en nuestro caso de estudio, en la posibilidad de recuperar el bien del cual fue despojado ilícitamente. Asimismo, se indica que el propietario puede excluir a los terceros que atenten en contra de su derecho de propiedad, protegido constitucionalmente. Por último, en referencia al derecho de propiedad como derecho subjetivo coincidimos con lo expuesto por Cuenca Casas: "Hoy por hoy es mayoritaria la doctrina que entiende el poder de disposición como la relación jurídica que existe entre quien dispone y el patrimonio de que se dispone. En principio, el poder de disponer del derecho subjetivo corresponde a su titular y se presenta como una facultad que integra el contenido del derecho" (1996:490); vale decir, que la facultad de disponer del bien que caracteriza al derecho de propiedad está comprendida dentro del derecho subjetivo. Por tanto, frente a la lesión del derecho subjetivo de propiedad, el ordenamiento jurídico debe garantizar que dicha actuación cese y que el propietario primigenio recupere la propiedad del bien del cual fue despojado.

De otro lado, Trujillo Blas refiere en relación con la propiedad lo siguiente:

El derecho de propiedad es el derecho real con mayor importancia, toda vez que permite el señoreamiento más cabal sobre los bienes-entre ellos los inmuebles- por parte de un sujeto de derecho, en virtud a la relación de atribución amparada por un conjunto de normas jurídicas, a través del cual el Estado dota de diversos mecanismos de tutela cuya utilización permite conservar y defender dicha atribución de la intromisión ilegítima de terceros (2012:32).

Para este autor, el derecho de propiedad otorga a su titular el dominio total sobre sus bienes y la facultad de excluir a los terceros; es decir, en nuestro caso de estudio, el falso representado tiene la facultad de excluir al tercero contratante porque su intromisión es ilícita, puesto que, se ha coludido con el falso representante para despojarlo de su propiedad por medio de la utilización de un poder falsificado que ha sido ingresado de forma indebida al tráfico jurídico.

⁶⁰ Traducción Libre por la autora "il diritto reale che ha per contenuto la facoltà di godere e disporre delle cose in modo pieno ed esclusivo, entro i limiti e con l'osservanza degli obblighi stabiliti dall'ordinamento giuridico".

En otro orden de ideas, Castillo Freyre plantea sobre el derecho de propiedad lo siguiente: "La propiedad permite crear los incentivos para que el titular de un bien asuma los beneficios y los costos que se derivan del propio bien" (2007:11-12). De lo citado por el autor precedente podemos inferir que la propiedad permite que el titular pueda enajenar el bien y gozar de los beneficios, no obstante, si el propietario es despojado de su propiedad, no podrá sacarle el máximo provecho. En consecuencia, si bien se permite que un no propietario pueda vender la propiedad ajena sin consentimiento de su titular, para fomentar la libre circulación de los bienes (tráfico jurídico), dicha enajenación no puede perjudicar el derecho de propiedad del titular, al utilizar artificios y engaños (como lo es en el caso de la falsa representación anómala), que lleven a la infracción de la ley penal. Creemos que en ese caso en particular, el ordenamiento jurídico, debe tutelar de forma integral el derecho de propiedad del perjudicado por sobre el derecho a la circulación de los bienes o al tráfico jurídico.

Desde otro punto de vista, Baca Olamendi refiere sobre el derecho de propiedad lo siguiente: "es un derecho subjetivo, de naturaleza absoluta y real, que autoriza a un sujeto, que se ubica en un determinado supuesto jurídico, para que use, aproveche y disponga de una cosa, en la forma y las condiciones previstos en la norma, cuyo ejercicio se encuentra limitado a cumplir una función social, y que es distinto a la propiedad, que como derecho público subjetivo sí es de los llamados derechos fundamentales (...)"(2013:55). Como se aprecia, el citado autor hace una diferencia entre el derecho de propiedad como derecho subjetivo y la propiedad en sí misma como derecho fundamental. En consecuencia en nuestro caso de análisis, consideramos que si el falso representado es despojado de su propiedad, el ordenamiento jurídico debe otorgarle protección, puesto que, estamos frente a un derecho fundamental reconocido en nuestra Constitución en el Art. 70º, el cual otorga una protección plena frente a violaciones o intromisiones indebidas de terceros que perjudiquen el derecho de propiedad del titular del bien o predio afectado.

En cuanto a la protección constitucional, el Art. 70º enuncia lo siguiente: "El derecho de propiedad es inviolable. El Estado lo garantiza. Se ejerce en armonía con el bien común y dentro de los límites de ley. A nadie puede privarse de su propiedad sino, exclusivamente, por causa de seguridad nacional o necesidad pública, declarada por ley, y previo pago en efectivo de indemnización justipreciada que incluya compensación por el eventual perjuicio. Hay acción ante el Poder Judicial para contestar el valor de la propiedad que el Estado haya señalado en el procedimiento expropiatorio".

Como podemos observar, en dicho artículo se indica que a ninguna persona se le podrá privar de su propiedad salvo dos excepciones: que se dé una situación de necesidad pública o de seguridad nacional. En nuestro caso de estudio, el de la falsa representación anómala no se origina ninguno de los supuestos antes mencionados, por tanto, al despojar al falso representado de su propiedad hay una evidente vulneración a un derecho fundamental.

En palabras de Pérez Álvarez, "la propiedad es un derecho subjetivo que se ejercita por el propietario para la satisfacción de sus propios intereses, matizado por la función social que le reconoce el texto constitucional y que se traduce en el establecimiento de límites legales a las facultades del propietario por el bien de la comunidad" (2014:22). Para este autor, el derecho del propietario puede ser limitado por circunstancias que beneficien a la colectividad. Vale decir, que en los casos que la propiedad sea destinada a un fin social, el despojo de esta, no trastocará parámetros constitucionales; por el contrario, si el propietario es despojado de su

propiedad, como ocurre en el caso de falsa representación anómala, sin que se justifique dicho despojo; se habrá quebrantado un derecho fundamental: el de la propiedad.

En relación con la propiedad como derecho fundamental, Guarniz Izquierdo refiere lo siguiente:

El reconocimiento de la propiedad como un derecho fundamental implica su interpretación en un sentido más amplio que el del derecho civil. Ello se debe básicamente a dos razones que paso a exponer. La primera (...) es que tratándose de un derecho fundamental, por principio del derecho constitucional, su interpretación debe ser lo más extensiva y protectora posible (...). La interpretación constitucional se hace siempre en favor de los derechos fundamentales puesto que ellos son concebidos como garantías básicas que tiene el particular frente al Estado (así son definidos los derechos fundamentales llamados de primera generación, entre los que se halla la propiedad) siendo su objetivo una protección amplia del individuo que se expresa en esta preferencia por ellos como principios básicos. La segunda (...), es que no puede hablarse de una protección del derecho de propiedad, aun en su acepción más restringida, si no se apareja a ella la protección de otros derechos. Debe recordarse que la propiedad es definida como un derecho absoluto justamente porque encierra en sí todas las facultades que es posible tener sobre la cosa y, en este sentido, cualquier otro derecho distinto del de propiedad que pueda caber sobre ella es una desmembración de aquél (1996:38-39).

Para el citado autor precedente, el derecho de propiedad es un derecho fundamental porque el Ordenamiento jurídico mediante la Constitución le ha otorgado una protección plena al considerarlo un derecho de primera generación; es decir, aquellos que "están destinados a la protección del ser humano individualmente, contra cualquier agresión de algún órgano público. Se caracterizan porque imponen al Estado el deber de abstenerse de interferir en el ejercicio y pleno goce de estos derechos por parte del ser humano" (Cubaencuentro Derechos Humanos). No obstante, creemos que las agresiones al derecho de propiedad, no solamente pueden generarse de parte del Estado, sino también de terceros, como ocurre en el caso de la falsa representación anómala en la que un falso representante y un tercero contratante se coluden para despojar de su propiedad a un falso representado. Asimismo, coincidimos con el autor en señalar que "cualquier otro derecho que recaiga sobre la cosa", es protegible constitucionalmente bajo el concepto propiedad. Por tanto, creemos que la afectación al derecho de propiedad del falso representado es un claro ejemplo de una violación a un derecho reconocido constitucionalmente.

Por otro lado, Álvarez Caperochipi indica sobre la propiedad y su protección constitucional lo siguiente:

La Constitución protege la propiedad ya adquirida (Art. 70º) así como la libertad contractual como mecanismo para que los bienes circulen en el tráfico (artículo 2-14); por tanto, no puede aceptarse que un propietario pueda ser despojado o "expropiado" (en sentido no técnico) de manera impune cuando no existe un valor fundamental que justifique esa solución extraordinaria por la que un titular es privado del derecho en contra de su voluntad (2012:48-49).

En palabras de este autor, si es que no existe una causa justificante que avale la expropiación o el despojo de un bien, no debería de violentarse el derecho de propiedad de un titular. En vista de que, si esto ocurriera como sucede en el caso de la falsa representación anómala en la que

un falso representado es despojado de su propiedad por un tercero contratante coludido, se estaría afectando un derecho constitucional cuya protección es salvaguardada por el ordenamiento jurídico.

También, el citado autor precedente advierte lo siguiente: " La circunstancia natural o normal es que se imponga la realidad jurídica, esto es, que se proteja al verdadero propietario, sin importar que exista un tercer adquirente de buena fe, cuya cadena de dominio se basa en un título nulo, por lo que en teoría su adquisición se desmorona"(2012:49). De lo afirmado por el citado autor, coincidimos en lo siguiente: si es que existe una compraventa que ha sido celebrada mediante un poder falso, y dicha compraventa ha sido inscrita en registros públicos, por un tercero adquirente que, en nuestro caso de estudio, no tiene buena fe porque se coludió con el falso representante para despojar al falso representado; el ordenamiento jurídico deberá respaldar y proteger al verdadero propietario(falso representado) por sobre el tercero adquirente coludido y no preferir la protección de la apariencia.

Por último, el autor antes mencionado refiere sobre las falsificaciones lo siguiente:

Un caso concreto son las falsificaciones de instrumentos públicos que, a pesar de tal circunstancia, llegan a inscribirse; y luego permiten seguidamente que un tercero adquiera confiado en la apariencia registral. Normalmente se sostiene que tal situación conlleva que el tercero mantenga su adquisición por virtud del principio de fe pública registral (Art. 2014 CC). Esta es una hipótesis típica de interpretación que infringe la Constitución, pues desnaturaliza la garantía de indemnidad que forma parte del contenido esencial del derecho de propiedad. La razón de ello es muy simple; no basta la buena fe del sujeto (tercero) a quien se quiere proteger; pues además se necesita la culpa de quien se quiere despojar (propietario), esto es, que la apariencia sobre la cual confía el tercero, haya sido creada o le sea imputable al titular del derecho (2012: 50-51).

En referencia a lo descrito por el autor precedente, opinamos que en el caso de la falsa representación anómala el tercero contratante, no tiene buena fe porque se colude con el falso representante para despojar al falso representado de su propiedad. Segundo, el falso representado nunca genera la apariencia; puesto que, "si el falso representado mediante un comportamiento negligente, genera que el tercero contratante confíe en una legitimación aparente; el contrato celebrado por el falso representante será válido y eficaz, por haberse quebrantado la buena fe que el tercero contratante tenía en la celebración del mismo" (Buendía L. 2017: 29). Lo cual, no ocurre en el caso de la falsa representación anómala, porque el falso representado desconoce quiénes son el falso representante y el tercero contratante; es decir, no tiene contacto con ninguno de ellos cuando se realiza la compraventa. Solo toma conocimiento del hecho, cuando es despojado de su propiedad.

Por su parte, Avendaño refiere con respecto al derecho de propiedad lo siguiente: "puede decirse entonces que en términos generales la propiedad está bien protegida, con una salvedad que alude a la protección de todos los derechos en el Perú: la actual situación del Poder Judicial, que es lento, impredecible y en algunos casos corrupto. Reclamar entonces la defensa o recuperación de la propiedad puede convertirse en una tarea larga y kafkiana" (1995:121). Para este autor, el problema de la falta de protección del derecho de propiedad está en la deficiencia que tiene el Poder Judicial para resolver los casos de restitución de la propiedad a su verdadero propietario y en la corrupción de los funcionarios que ronda tanto en aquella institución como en otras como registros públicos, en el cual, un instrumento notarial

falsificado, como es el caso de la falsa representación anómala; por ejemplo, un poder de representación, puede ser ingresado al tráfico jurídico y con dicho instrumento, realizar ventas fraudulentas. Lo cual, nos hace darnos cuenta que la propiedad en el Perú es fácilmente quebrantable.

En referencia a la protección de la propiedad, Gonzales Barrón refiere lo siguiente: "La propiedad es una posición jurídica "garantizada" o "inmune" (Art. 70° de la Const.), lo cual significa, entre otras cosas, que el sistema jurídico prevé diversos mecanismos que permiten el reconocimiento del derecho y el restablecimiento de su pleno ejercicio" (2018:206). De lo indicado por el autor precedente podemos inferir, que en caso de que una persona sea despojada de su propiedad sin mediar un motivo justificante, el ordenamiento jurídico le otorga distintos mecanismos para poder pedir la restitución de su bien, dado que, la propiedad es un derecho fundamental, el cual está ampliamente protegido ante intervenciones de terceros que perturben dicho derecho.

Asimismo, el autor precedente señala con respecto a la inmunidad lo siguiente: " La inmunidad es el conjunto de mecanismos que protegen al propietario frente a las intrusiones del Estado o de terceros, o que le permiten el reconocimiento del derecho y el restablecimiento de su ejercicio" (2018: 208). Es decir, que en nuestro caso de estudio, el falso representante podría ver restablecido su derecho de propiedad, puesto que, ha sido despojado de su propiedad sin haber expresado su voluntad de celebrar un contrato de compraventa. Además, ha sido víctima de la colusión del falso representante y el tercero contratante. En consecuencia, puede acceder a diferentes mecanismos que le procuren la satisfacción de su interés: el de recuperar el bien del cual fue despojado.

Por su parte, Avendaño plantea acerca del derecho de propiedad lo siguiente:

La actual Constitución trata el tema de la extensión de la propiedad en su Art. 70. Allí se consigna un carácter más, el de ser un derecho inviolable, agregándose que el Estado lo garantiza. Esto quiere decir que al propietario no se le puede privar de su derecho. Nadie lo puede violar, el Estado tampoco. Más aún, el Estado lo garantiza: si alguien viola mi derecho, puedo acudir al Estado (Poder Judicial, Tribunal Constitucional) para que me proteja (2012:115).

Vale decir, que en el caso de que el falso representante en colusión con el tercero contratante, violenten la propiedad de un falso representado, este último, podría pedir la restitución de su bien, puesto que, ha sido estafado en una compraventa fraudulenta. Por tanto, el ordenamiento jurídico debe proteger su derecho de propiedad por sobre el derecho del tercero adquirente, debido a que, este último, no tuvo buena fe.

En relación con la propiedad y la protección de los terceros adquirentes, Mejorada Chauca refiere lo siguiente:

Ahora bien, ¿porqué el trato especial? No debemos perder de vista que cada vez que se ampara a un tercero en este escenario de excepción, se desprotege al ordinario titular del derecho. Si alguien adquiere lo que por regla no debió adquirir, en ese mismo instante pierde el derecho quien lo tenía legítimamente. Si uno lo adquiere el otro lo pierde, esa es la consecuencia natural de la exclusividad (...). Cada sistema legal decide cuándo proteger a los terceros y qué características debe tener el privilegio. Esta decisión no puede ser arbitraria pues con ella se afecta un

derecho fundamental: la propiedad y, por tanto, debe tener correlato en la Constitución (2012: 141).

Para este autor, la protección al tercero adquirente de buena fe, no debe perjudicar el derecho fundamental de propiedad del titular primigenio, si es que no está fundada en los requisitos de buena fe y de libre mercado. Teniendo en cuenta que, si no se cumplieran dichos requisitos, se vulneraría un derecho fundamental que concede a su titular, mecanismos de recuperación de su propiedad, frente a amenazas de terceros o del Estado; como es lo que ocurre en el caso de la falsa representación anómala, en la cual, el falso representado es despojado de su propiedad por la interferencia de terceros.

Por último, el autor precedente señala que "la protección no funciona cuando el vicio es conocido o debió conocerse, o cuando el negocio permite identificar claramente la norma de orden público que se debe cumplir. Si el acto no contiene la voluntad de las partes, si el objeto es imposible, si el fin es ilícito o si el acto es simulado, claramente no habrá buena fe. Lo mismo si se violenta una norma de orden público aplicable al negocio celebrado" (2012: 144). Como se observa, el autor refiere que en el caso de que el acto tenga un fin ilícito, la protección de la apariencia o de la buena fe registral se pierde, debido a que, el ordenamiento jurídico no puede amparar una conducta que no concuerda con los valores o principios que protege. En consecuencia, en el caso de la falsa representación anómala, no existe buena fe de parte del tercero contratante porque este, se colude con el falso representante para celebrar un negocio que tiene un fin ilícito porque contraviene una norma imperativa penal que indica que no se puede vender bienes inmuebles en donde la estafa se encuentre de manera manifiesta.

En lo que respecta a la buena fe del tercero adquirente y la propiedad, Lucena Mayorga indica:

Lo que establece en buena cuenta el artículo 2014º del Código Civil es que si Carlos le vende a Tito un inmueble y resulta que el derecho de Carlos adolecía de un vicio de nulidad(p.e porque Carlos era absolutamente incapaz); si la causa de la nulidad (la incapacidad absoluta de Carlos) no hubiese constado en el registro ni pudiese haber sido conocida por Tito, este último mantendrá su derecho una vez que lo haya inscrito, siempre que haya actuado de buena fe. Tanta fuerza tiene la institución registral, que incluso, bajo las condiciones previstas en el artículo 2014, hace prevalecer la adquisición a non domino, la adquisición de quien no era propietario, generando una excepción al principio elemental de que los derechos solo se adquieren de quien los tiene (108: 2014).

Como podemos apreciar, el tercero adquirente mantendrá su derecho siempre y cuando tenga buena fe y haya confiado en lo que aparecía en los registros públicos; sin embargo, si el tercero adquirente no tiene buena fe, como sucede en el caso de la falsa representación anómala, y aun así, se haya confiado de lo que aparecía en registros públicos (del poder de representación falsificado ingresado en registros), su derecho no prevalece por sobre el derecho del propietario despojado(falso representado); puesto que, la falsa representación anómala se caracteriza por la colusión que se origina entre el falso representante y el tercero contratante, además de la utilización de un instrumento público falsificado ingresado al tráfico, con lo cual se celebra una compraventa con fin ilícito que quebranta una norma imperativa penal.

De otro lado, Morales Hervias en relación con el derecho de propiedad opina lo siguiente: "El derecho de propiedad, por ejemplo, es un congregate de pretensiones (de excluir a otros de la utilización de la cosa), facultades (de utilizar la cosa, de no utilizarla, de modificarla) e

inmunidades (no padecer la expropiación sino por pública utilidad, no padecer la enajenación por parte de un tercero privado del poder de representación) " (2012:96). En referencia a lo indicado por el autor precedente podemos inferir que el caso de la falsa representación anómala, cabría dentro del supuesto de las inmunidades de la propiedad, dado que, no se puede vender la propiedad de una persona, invocando el nombre de otro, sin tener poder de representación. Más aun, utilizando la estafa como instrumento para despojarlo de su propiedad.

Asimismo, el autor precedente refiere que la propiedad es un derecho subjetivo por lo siguiente:

- a) La atribución de un poder, o como poder de pretender un comportamiento de otro, o como poder de impedir interferencias de otros, o por lo menos como poder de dirigirse al juez para la tutela del propio interés; y b) La relación entre los poderes y las facultades que la ley atribuye a un sujeto, y el interés de este último, que constituye el fin inmediato y directo, por el cual aquellas prerrogativas le son conferidas (...). Entonces, no hay duda de que la propiedad es un derecho subjetivo (2012:101-102).

Para este autor, la propiedad atribuye al sujeto propietario un poder que le permite defenderse de las intromisiones de terceros, salvaguardar su propio interés y pedirle al ordenamiento jurídico que tutele su derecho. Por tanto, al ser el derecho de propiedad un derecho subjetivo que permite que el propietario pueda solicitar la tutela por parte del Estado frente a interferencias de terceros; consideramos que dicho tratamiento puede ser solicitado por el falso representado para recuperar su propiedad. En vista de que, ha sido víctima de la colusión del falso representante y el tercero contratante.

En otro orden de ideas, García Chavarri plantea acerca del derecho de propiedad lo siguiente: "El derecho de propiedad, entre otras aproximaciones, puede entenderse como una situación jurídica subjetiva, protegida constitucionalmente, que posee todo sujeto de derecho. Por medio de este derecho se faculta a su titular al empleo de todos los atributos del bien del cual se es propietario; es decir, le permite usarlo, disfrutar del él, reivindicarlo frente a su despojo, transferirlo y excluir de dicho empleo a quien no es su propietario"(2012:315). Como se observa, el derecho de propiedad confiere un amplio espectro de poderes al propietario. Por ejemplo, si el verdadero propietario es despojado de su propiedad sin justificación alguna o que no esté preestablecida por ley, este tiene la potestad de poder pedir que el bien regrese a formar parte de su patrimonio. Debido a que, al estar protegida la propiedad constitucionalmente, el ordenamiento jurídico le otorga al propietario, mecanismos por los cuales pueda obtener su recuperación. Como ocurre en el caso de la falsa representación anómala, en la cual el falso representado podría pedir que se le restituya el inmueble del cual fue despojado por la confabulación entre los sujetos partícipes de la compraventa fraudulenta.

Por último, el citado autor hace referencia a lo que el Tribunal Constitucional ha considerado que se debe interpretar por propiedad:

Sentencia 0008-2003-AI/TC "es concebido como el poder jurídico que permite a una persona usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien. Así, la persona propietaria podrá servirse directamente de su bien, percibir los frutos y productos, y darle destino o condición conveniente a sus intereses, siempre que se ejerza tales actividades en armonía con el bien común y dentro de los límites establecidos por

la ley; e incluso podrá recuperarlo si alguien se ha apoderado de él sin derecho alguno (2012:316-317).

Para el Tribunal, el derecho de propiedad está ampliamente garantizado, debido a que, se otorgan mecanismos por los cuales el propietario, puede recuperar su propiedad en caso de que esta sea violentada por terceros. Como ocurre en el caso de la falsa representación anómala, en la que terceros son los que se apropian de la propiedad del falso representado, mediante un poder falsificado; para así, lograr que el bien del verdadero propietario salga de su esfera patrimonial y se traslade al patrimonio de estos, de forma fraudulenta.

Finalmente, coincidimos con Gunther Gonzales cuando se refiere al derecho de propiedad de la siguiente manera:

Si usted es propietario legítimo, nadie le puede quitar el esfuerzo de su trabajo, conforme dice la Constitución en el artículo 70- la propiedad es inviolable-, y si estafaron a un tercero con la "buena fe registral", pues entonces que le indemnice el Estado, por mantener notarios descuidados, por decir lo menos; o por el error registral de inscribir documentos falsificados. En buena cuenta, el viejo principio por el cual es responsable el autor del daño que resulta de perfecta aplicación en este caso, pues, si el propietario no es el causante del fraude, no hay razón para que pierda su derecho; mientras que si las instituciones destinadas a la protección del tráfico inmobiliario, como el notario y el registro, fallan, en algunos casos, entonces tienen el deber ineludible de indemnizar (...) (2015:17).

Como podemos observar, en la realidad peruana hay múltiples casos en los cuales se utiliza la figura de la falsa representación anómala para despojar de sus inmuebles a legítimos propietarios; pues, los facinerosos se amparan en la protección al tercero de buena fe para poder vender sin ningún problema, puesto que, en muchos casos están coludidos con los supuestos vendedores (falso representante), sin que los propietarios originarios tengan conocimiento de ello. Por tanto, consideramos que en dichos casos, el ordenamiento jurídico no podría amparar dicha protección al tercero contratante, en vista de que, este último se ha coludido con el falso representante, y por ende, dicha colusión, es muestra de la mala fe que tiene en la celebración del contrato. Además, si el ordenamiento jurídico protegiera al tercero de mala fe, estaría ocasionándole un daño al falso representado: dado que, en principio se niega a tutelar su derecho de propiedad, negándole la restitución del inmueble del cual fue despojado y segundo, protege al delincuente que ha infringido una norma imperativa penal como lo es la estafa sobre bienes inmuebles. Inclusive, en los casos en los cuales se origina también un supuesto de falsa representación anómala, los jueces declaran en sus sentencias que están en un caso de ineficacia y no de nulidad, lo cual consideramos erróneo porque la compraventa fraudulenta ya ha surtido todos sus efectos; es decir, ya se ha realizado la transferencia del bien y por tanto, el declarar la ineficacia no sirve de nada.

Asimismo, el autor precedente hace referencia sobre la inviolabilidad del derecho de propiedad de la siguiente manera: "el propietario está protegido frente a las interferencias anómalas de terceros o del propio Estado que pretendan afectar de modo ilegítimo su derecho. Por tanto, el sistema jurídico le dota de inmunidad o esfera de protección, que se concreta en los distintos remedios jurídicos de reconocimiento, recuperación y restitución de la situación jurídica, razón por la cual se dice que "la propiedad es inviolable" (artículo 70 de la Constitución), es decir, no puede ser expoliada ilegítimamente en contra de la voluntad del titular" (2015:139). Vale decir, que para este autor, el derecho de propiedad al ser protegido de manera especial, proporciona

al propietario una serie de remedios que le permiten la restitución de su bien ante las perturbaciones de terceros. Tal como ocurre en el caso de la falsa representación anómala, en la cual, el falso representado puede pedir la restitución del inmueble del cual fue despojado por la compraventa fraudulenta celebrada entre el falso representante y el tercero contratante.

Por otro lado, nos centraremos en caso de que en una segunda compraventa el tercero contratante pueda ser considerado de buena fe. En base a dicho supuesto, plantearemos si es posible privilegiar el derecho de propiedad del falso representado por sobre el tercero adquirente de buena fe en la segunda compraventa. En palabras de Westermann en referencia a la buena fe del tercero adquirente indica lo siguiente:

“Para mejorar la adquisición procesal del adquirente, el BGB no ha impuesto su buena fe como presupuesto de adquisición, sino que, al contrario, ha tratado la mala fe del adquirente como motivo de exclusión o como hecho impeditivo. La adquisición de propiedad fracasa, cuando el adquirente <<al tiempo al que, según estas disposiciones, habría adquirido la propiedad, no era de buena fe>>”(1998: 635-636).

Para este autor, la buena fe no debe de ser presupuesto para adquisición, puesto que, inferimos que puede suceder como en nuestro caso de estudio que en la primera compraventa se haya falsificado un poder de representación y con ello, se haya celebrado un contrato que esta viciado con nulidad por ilicitud de la causa, lo que origina que las ventas sucesivas que se realicen con posibles terceros adquirentes de buena fe, no puedan ser amparadas por el ordenamiento jurídico en base a títulos falsificados y nulos.

Desde otro punto de vista, Alvarez Caperochipi refiere acerca del registro y la falsificación lo siguiente: “en tal sentido, ¿qué dirían las encuestas ante la pregunta como esta: usted acepta ser privado de un bien suyo por una falsificación, o por error del notario o del registro? La respuesta es obvia, y demuestra que un sistema jurídico no puede apoyarse en simples técnicas de certeza, desprovistas de moralidad y justicia”(2012:47). Es decir, que la propiedad no puede apoyarse en un registro que no brinde una adecuada certeza para el propietario y el adquirente. Si bien existe la protección del tercero adquirente de buena fe por sobre el verdadero propietario inscrito, en el caso de la falsa representación anómala que se funda sobre un contrato que ha sido celebrado con un poder falsificado, se debe de preferir la propiedad del falso representado, aun así, se haya transferido el bien en una segunda compraventa a un tercer adquirente de buena fe. En vista de que, el ordenamiento jurídico no debe de preferir amparar la protección que ofrece el registro en base a títulos nulos y falsificados.

Desde otra perspectiva Gambaro indica lo siguiente: “El derecho de propiedad está protegido por una amplia gama de remedios. Dado que, según la tradición histórica, la mayoría de los recursos civiles han sido preparados para proteger las situaciones de pertenencia, el sistema legal ofrece a este respecto el más completo arsenal de tutelas que se ha podido acumular”⁶¹ (1995:871).

⁶¹ Traducción Libre por la autora. “Il diritto di proprietà é tutelato da una ricca gamma di rimedi. Poiché, per tradizione storica, gran parte dei rimedi civilistici é stata predisposta a protezione delle situazioni di appartenenza, l’ordinamento offre al riguardo il piú completo arsenale di tutele che si sia potuto accumulare”.

Según lo dicho por este autor, el derecho de propiedad esta garantizado por una serie de remedios, que buscan que el propietario se encuentre protegido frente a amenazas de terceros que puedan lesionar su derecho. En nuestro caso de estudio, el falso representado debe tener como remedio a la restitución para obtener que su bien inmueble regrese a su patrimonio. Es por ello, que la protección de su derecho de propiedad esta por sobre cualquier otro derecho de tercero, aun así, cuenta con buena fe.

Por último, Bianca refiere acerca del remedio de la reivindicación lo siguiente: "la reivindicación es la más significativa acción a defensa de la propiedad, constituyendo la expresión más llamativa del señorío que el propietario ejerce sobre la cosa"⁶² (1999:415). Por consiguiente, al tener el derecho de propiedad remedios como la reivindicación para la defensa de la posesión o propiedad, por parte de intromisiones de terceros, es que debe de ser preferida su protección en el caso de la falsa representación anómala, en base a que, nos encontramos con un falso representado propietario que ha sido despojado de su propiedad en base a un título nulo utilizando un poder falsificado.

Finalmente, coincidimos nuevamente con el autor precedente en lo siguiente:

La falsificación de títulos, aun cuando estén inscritos, no genera protección al tercero de buena fe, ni al cuarto ni al quinto, por efecto de la inmunidad de la que goza el propietario, según el artículo 70 de la Constitución, por lo cual, su derecho es inviolable, es decir, nadie puede perder el derecho en contra de su voluntad por causas extrañas o anómalas. Por tanto, sería falta de lógica que la inviolabilidad consagrada por la norma fundamental pudiese ser destruida tan fácilmente, y de manera deshonesto o arbitraria, como ocurre con una falsificación o fraude (...). En conclusión, la fe registral no protege las falsificaciones o suplantaciones, aun cuando se trate de tercero de buena fe, pues, siempre debe privilegiarse la propiedad legítimamente adquirida (2015:144-145).

Es decir, que en el caso de la falsa representación anómala no debe privilegiarse al tercero contratante adquiriente de mala fe ni al tercero adquiriente en una segunda compraventa de buena fe, en base a una falsificación por sobre el verdadero propietario; debido a que, la propiedad esta constitucionalmente protegida ante interferencias de terceros (como lo es en nuestro caso de estudio), y proporciona mecanismos o remedios para que el propietario pueda pedir la restitución de su inmueble. Asimismo, consideramos que el registro, como señala el autor precedente, no puede avalar o proteger las falsificaciones ni a los delincuentes que se valen de estas, para despojar de su propiedad a los legítimos propietarios.

4.3 Posición de la Jurisprudencia y la Doctrina

Si bien no existen casos en la Jurisprudencia que encajen de forma perfecta en la figura de la falsa representación anómala; si hemos podido encontrar, algunos casos que presentan determinados elementos de la figura que hemos analizado en nuestro primer capítulo. Por consiguiente, analizaremos como el falso representado interpone su demanda y que tipo de

⁶² Traducción Libre por la autora. "la rivendicazione é la piú significativa azione a difesa della proprietà, costituendo l'espressione piú vistosa della signoria che il proprietario esercita sulla cosa".

argumentación esboza para defender su propiedad. Además, analizaremos en algunos casos cómo el falso representado interpone como pretensión accesoria la restitución del bien.

A continuación analizaremos siete casaciones y expondremos los puntos más importantes:

La primera es la casación N° 3156-2002-Lima:

Interpuesta por el señor Ernesto Quispe Mamani contra la sentencia de vista que confirmó la sentencia de primera instancia en el extremo que declaró infundada la indemnización y la revocó en los extremos que declaró infundadas las pretensiones de nulidad, reformándola, la declararon fundada y en consecuencia nulo el acto jurídico de compraventa del Lote de terreno N° 2 Mz E-1 de la Urbanización de la Cooperativa de Vivienda La Huayrona del distrito de San Juan de Lurigancho, así como nula la inscripción de la ficha (Poder Judicial del Perú 2002).

En el desarrollo de la sentencia se plantean los siguientes hechos:

Ignacio Pacotaípe Tomaylla y otra, demandan la nulidad del acto jurídico de compraventa celebrado el 22 de febrero de 1989 mediante el cual la Cooperativa de Vivienda Huayrona Limitada transfiere a sus codemandados Ernesto Quispe Mamani y Apolinaria Vargas, el lote N° 2 de la Mz. E-1 de la Urbanización de la Cooperativa de Vivienda La Huayrona del distrito de San Juan de Lurigancho. Asimismo, los demandantes exponen lo siguiente:

Señalan que el acto es nulo: a) al haberse celebrado cuando la vendedora ya no era la propietaria. b) los cónyuges co-demandados actuaron de mala fe al momento de su adquisición, pues conocían de los diversos juicios civiles y penales entre socios y cooperativas; c) porque quienes representaron a la cooperativa en la venta cuestionada carecían de legitimidad pues sus mandatos como dirigentes estaban vencidos desde el mes de marzo de 1988 (Poder Judicial del Perú 2002).

Los compradores y codemandados contestan la demanda y sostienen lo siguiente: que el título que acredita su propiedad respecto del bien citado, que les fue otorgado por la Cooperativa, es un instrumento firme y legal y que su derecho de propietarios ha sido debidamente inscrito en registros públicos.

Finalmente, la Corte se pronunció de la siguiente manera:

Que en la sentencia de vista, se ha declarado fundada la demanda de nulidad de acto jurídico, considerando al respecto que los compradores demandados, al momento de la transferencia del bien a su favor, debieron no solo verificar quien aparecía como propietario en el Registro de la Propiedad Inmueble sino también si quien les estaba transfiriendo el predio tenía poder suficiente para hacerlo; infiriendo de lo expuesto, así como del considerando primero de la impugnada, que el razonamiento del ad-quem apunta al hecho de establecer que al efectuarse esta transferencia el mandato y representatividad de dichos dirigentes había expirado. Que así, lo esbozado por la Corte se alude al caso del falso representante, Art. 161° segundo párrafo, además, dicho artículo concuerda con el Art. 162° en donde se indica que dicho acto puede ser ratificado. Por tanto, no puede ser nulo. Finalmente, en el caso de autos no hay prueba alguna que acredite indubitablemente que los cónyuges demandados hayan tenido conocimiento del derecho de propiedad que los actores invocan en su demanda; es por todo lo expuesto que la casación es declarada fundada (Poder Judicial del Perú 2002).

Como podemos apreciar de la citada sentencia podemos inferir que los falsos representados serían los demandantes; lo cuales indican que el acto celebrado por un falso representado sin poder de disposición es nulo, porque no ha habido manifestación de voluntad del agente (propietarios demandantes), última frase con la cual discordamos, porque consideramos que la nulidad deviene del fin ilícito, porque los compradores (demandados) conocían que el bien en venta estaba en disputa y que en el caso, los falsos representantes (dirigentes de la cooperativa), conocían que no contaban con poder de representación suficiente para la venta del bien en conflicto, lo que evidencia la mala fe de ambas partes contratantes. Por tanto, no debieron de estar protegidos por el Art. 2014°. Si bien no existe un poder de representación falsificado, si se cumplen algunos otros requisitos que hacen a dicho caso asimilable a la falsa representación anómala. En cuanto, a si los falsos representados interponen como pretensión accesoria la restitución del bien, no se puede apreciar del caso, no obstante, creemos que sí hubiera sido una pretensión amparable, puesto que, al no contar con la buena fe por parte de los terceros adquirentes, debería de privilegiarse a los propietarios desposeídos, es decir, a los demandantes.

La segunda casación es la N° 598-2011-Lima:

Interpuesta por Patricia Marces Pareja contra la sentencia de vista que confirma la apelada, que declaró infundada la demanda en todos sus extremos. Para sustentar su posición la recurrente alega lo siguiente: a) resulta claro que el juzgador (Juez de primera instancia) hace una interpretación errónea del Art. 315° del Código Civil, ya que esta norma establece que para disponer de los bienes sociales o gravarlos se requiere la intervención del marido y la mujer. En el caso de autos jamás ha existido el otorgamiento de poder especial del cónyuge demandante, para que el otro cónyuge venda el bien social, con el agravante que ello ni siquiera ha sido esgrimido como argumento de los demandados, b) el juez incurre en error al sostener que el acto de disposición de los bienes sociales por uno de los cónyuges no constituye un supuesto de nulidad de acto jurídico, sino que constituye un supuesto de ineficacia de acto jurídico. Puesto que, consideramos que es un supuesto de nulidad de acto jurídico por falta de manifestación de voluntad de la recurrente, conforme lo dispuesto en el Art. 219° inciso 1 y 8, más el Art. V del título preliminar del Código Civil, finalmente; c) se solicita accesoriamente, se le restituya la posesión del inmueble señalado, constituido por el departamento N° 301, ubicado en Jirón Grau 411, distrito de San miguel, Lima (Poder Judicial del Perú 2011).

Por tanto, la demandante solicita que se declare nulo y sin efecto el contrato de compraventa de fecha 16 de marzo del 1998, celebrado entre Rubén Alfredo Meneses Zevallos y Christian Raymundo Gamio Huamán, respecto del inmueble ubicado en Jirón Grau número 411, departamento número 301, distrito de San Miguel. Como fundamentos de su demanda sostiene que mediante el contrato de compraventa de fecha 31 de agosto de 1990, su esposo, Rubén Alfredo Meneses Zevallos adquirió un inmueble sub litis; en tal fecha la recurrente se encontraba casada, puesto que su matrimonio se celebró 17 de Mayo 1989. Sin embargo, el demandado ha trasferido el bien sin su consentimiento al codemandado Christian Raymundo Gamio Huamán, mediante contrato de compraventa de fecha 16 de marzo del 1998, el cual se trata de un contrato nulo por falta de manifestación de voluntad de la recurrente. Por último, en virtud del contrato el demandado antes mencionado, ha tomado posesión del bien y por tanto, debe disponerse la reivindicación a su favor por no existir ningún derecho que ampare la posesión del codemandado.

En primera instancia se declara infundada la demanda por considerarla un supuesto de ineficacia y no de nulidad.

Debido a que, el juzgador considera que es un supuesto de exceso de facultades, tal como lo regula el Art. 161° del Código Civil. En ese mismo sentido, la Sala Revisora confirma la apelada sustentando que no se encuentra en un supuesto de falta de manifestación de voluntad que acarree la nulidad sino de falta de legitimación., por cuanto que se encuentra acreditado que ambos contratantes han mostrado su intención de celebrar el contrato. Finalmente, se indica que la norma contenida en el Art. 315° del Código Civil, es una norma de orden público, puesto que, se prohíbe los actos de disposición por uno de los cónyuges, además, que dicha norma está orientada a la protección del patrimonio familiar, el matrimonio y la familia. Por consiguiente, se declaró fundado el recurso de casación (Poder Judicial del Perú 2011).

En cuanto a la casación citada con anterioridad podemos inferir que si bien parecería que nos encontraríamos frente a un supuesto de falsa representación (Art. 161° del Código Civil); podemos encontrar ciertos elementos que nos podrían llevar a la falsa representación anómala. Por ejemplo, podemos identificar al falso representado (Patricia Marces Pareja), al falso representante (Rubén Alfredo Meneses Zevallos) y el tercero contratante de mala fe (Christian Raymundo Gamio Huamán). Si bien en el caso no existe un poder de representación falsificado que haya fraguado el esposo de la demandante, si existe la mala fe del tercero contratante, en vista de que, firma una minuta en la cual "no se consigna su estado civil, ni consta documentación alguna que haya permitido publicitar su condición civil de casado" (cita que se desprende de la resolución 33) del vendedor. Lo cual nos genera serias dudas, acerca de si realmente desconocía aquella situación. Puesto que nos preguntamos cómo una persona va a firmar una minuta desconociendo el estado civil de la persona que vende, sin conocer por lo menos que es soltero. Por ello, conjeturamos que debió de conocer la verdadera condición civil del demandado.

Con respecto, a la pretensión accesorias que pide la falsa representada, la de restitución de su inmueble, la cual es declarada infundada, la Corte Superior indica:

La pretensión accesorias de restitución de la posesión, no resulta atendible, toda vez que la nulidad del acto jurídico en cuestión no significa per se que deba restituírsele la posesión del bien inmueble objeto de la compraventa anulada, toda vez que la actora no fue quien concedió dicha posesión a favor del demandado Christian Raymundo Gamio Huamán, de manera que si bien, al habersele restituido su derecho de propiedad, goza de los atributos que confiere éste, no obstante, al fenecimiento del título de propiedad que ostentaba dicho comprador demandado, es evidente que se convierte en poseedor precario. De ahí que la actora puede y debe hacer valer su derecho de la forma legal que corresponde (resolución 33) (Poder Judicial del Perú 2011).

Sobre lo indicado en el párrafo precedente opinamos que es absurdo que la Corte señale que porque no intervino en la compraventa no tiene derecho a pedir la restitución de su bien; lo cual, consideramos una vulneración evidente a su derecho de propiedad. Visto que, consideramos que el verdadero propietario debe tener mecanismos que resguarden su derecho de propiedad. Por ejemplo, alguno de los mecanismos o remedios que podría utilizar la falsa representada víctima de la nulidad, están: el enriquecimiento sin causa y la reivindicación,

dependiendo en el supuesto en el que nos encontremos. Si aparece como propietario de su bien otra persona, tendrá que pedir la restitución por la vía del enriquecimiento sin causa; por otro lado, también podría pedir la reivindicación del bien, puesto que, el tercero siempre quedará como consecuencia de la nulidad del contrato de compraventa como poseedor.

Finalmente, explicaremos porque creemos que la falsa representación anómala que utiliza la nulidad del acto del falso representante sería la mejor alternativa para que la falsa representada pueda recuperar su inmueble. Primero, porque la ineficacia no tiene utilidad si es que el inmueble materia de la compraventa ha sido transferido, en vista de que, la declaración de ineficacia simplemente genera que los efectos no recaigan en la esfera jurídica del falso representado; pero si la compraventa ha surtido todos sus efectos y el bien ha sido transferido de que sirve declararlo ineficaz. Por tal razón, consideramos que la nulidad centrada dentro del supuesto de la falsa representación anómala, podría ser una solución, favorable para que la falsa representada recupere su inmueble. No obstante, la falsa representada deberá probar que su esposo y el tercero se coludieron para despojarla de su inmueble; con ello, esta última, podrá probar la finalidad ilícita a pesar de no contar con un poder falsificado y así, encajaría dentro del Art. 219° inciso 4 del Código Civil.

La tercera casación es la N° 3356-2011-Lima, “interpuesta por María Consuelo Espinoza Portillo viuda de Soto, contra la resolución expedida por la Sexta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, que declara nulo la resolución en el extremo que dispone la remisión del proceso a la Mesa de Partes de los Juzgados Civiles de la Superior de Justicia de la Libertad para su correspondiente distribución, en el estado en que se encuentra”. (Poder Judicial del Perú 2011).

De dicha casación se desprende lo siguiente:

María Consuelo Espinoza Portillo viuda de Soto interpone como pretensión principal demanda de nulidad de acto jurídico contra la minuta de Poder Especial que aparece otorgada a favor de Rosa Margarita Reátegui Ruiz que diera lugar a la elevación de la escritura pública de fecha 5 de julio del 2007 e inscrita en los Registros Públicos de la ciudad de Trujillo, la misma que refiere que adolece de nulidad absoluta al no existir manifestación de voluntad por parte de la demandante. Como pretensión accesoria solicita la ineficacia del acto jurídico e inscripción de la escritura de compraventa de fecha 27 de julio del 2007 realizada por Rosa Margarita Reátegui Ruiz a favor de Rocío Vargas Jara respecto del inmueble ubicado en el pasaje San Ramón N° 277 y 277-A del distrito de Miraflores, así como la transferencia realizada por esta última a favor de Piera Ángela Menni Muñoz y Sandro Guillermo Barreto Sandoval de fecha 21 de setiembre del 2007, y la nulidad del contrato de arrendamiento de fecha 7 de diciembre de 2007 celebrada por Piera Ángela Menni Muñoz con Juan Antonio Dulzaides Duran y Maryloly López Ruiz, la misma que se encuentra en Registros Públicos. Finalmente, el recurso de casación es declarado fundado por la infracción normativa de naturaleza procesal (Poder Judicial del Perú 2011).

De la casación precedente podemos inferir que nos encontramos frente a un caso de falsa representación anómala, debido a que, encontramos los siguientes elementos: La presencia de la falsa representante (Rosa Margarita Reátegui Ruiz) que invoca el nombre de la demandante (falsa representada) para celebrar un contrato de compraventa con Rocío Vargas Jara (tercera adquirente de mala fe). Y esta última a su vez, celebra un contrato de compraventa con Piera

Ángela Menni Muñoz y Sandro Guillermo Barreto Sandoval (los aparentes terceros contratantes). Y por último, podemos inferir que hubo un poder de representación falsificado, puesto que, la demandante indica que nunca lo otorgo, sin embargo, dicho poder está inscrito en registros públicos.

Por tanto, podemos indicar que se utiliza un poder falsificado para realizar dos compraventas que evidencian la colusión entre la falsa representante y la tercera contratante Rocío Vargas Jara. Inclusive, si analizamos las fechas de las transferencias y del supuesto otorgamiento de poder, son todas casi en el mismo año. Finalmente, podemos afirmar que la tercera contratante no estará amparada por el Art. 2014° porque se evidencia su mala fe, al celebrar un contrato con un poder falsificado que ha sido ingresado al tráfico jurídico y su colusión con la falsa representante Rosa Margarita Reátegui Ruiz. Lo que finalmente genera una finalidad ilícita que reviste de nulidad al contrato celebrado.

Finalmente, en referencia a si podría utilizar el remedio de la restitución por enriquecimiento sin causa para recuperar su bien inmueble, consideramos que dicha pretensión si podría prosperar porque el ordenamiento jurídico debe proteger al propietario que ha sido despojado de su inmueble por sobre los supuestos terceros de buena fe. Además, existe una falsa representada que ha visto disminuido su patrimonio, y una tercera contratante que se ha enriquecido.

La cuarta casación es la N° 2048-2013-Lima:

Interpuesta por Graciela Claudia Mendoza Jauregui contra la sentencia de vista que declara infundada la demanda de ineficacia del acto jurídico de constitución de hipoteca celebrado por un falso procurator. En la casación se indica lo siguiente: la demandante estuvo casada con el señor Edwin Roberto Melgar Ríos (codemandado) y durante el matrimonio, la sociedad conyugal adquirió el bien materia de discusión en el año 1985. Después, la demandante se divorció del demandado en el año 1995, y en la sentencia de divorcio, se le adjudicó el bien de manera exclusiva (Poder Judicial del Perú 2013).

Luego, el codemandado, Melgar Ríos, falsificó un poder de representación por Escritura Pública, que la demandante jamás firmó, y con dicho documento, constituyó hipoteca sobre el bien por la suma de \$ 64,676.00, el día 13 de marzo de 1997, a favor del Banco la Republica en Liquidación. Hipoteca que fue inscrita en los registros públicos. Después, al tomar conocimiento del hecho, la demandante realizó la denuncia ante el Ministerio Público, quien abrió proceso penal al señor Melgar Ríos, por el delito contra la fe pública-falsificación de documentos. En dicho proceso se determinó que la firma de la demandante había sido falsificada, además, de la falsedad de todo el poder. Por lo cual, se le condenó a 4 años de pena privativa de la libertad por el delito contra la fe pública-falsificación de documentos, en el año 2004.

Finalmente, en la sentencia de primera instancia se declara fundada la demanda y por ende, se declara ineficaz el acto jurídico de hipoteca celebrado entre Edwin Roberto Melgar Ríos y el Banco de la Republica, dado que se ha comprobado que el poder de representación no fue otorgado por la actora, toda vez que la firma que aparece es falsificada; siendo responsable del acto delictual el codemandado Melgar Ríos. Por otro lado, si bien el Banco ha acreditado haber actuado y contratado bajo la buena fe registral, el contrato de hipoteca no puede surtir efectos respecto a la persona en nombre de la cual el falso representante ha actuado.

En segunda instancia, se revoca la apelada y reformándola se declara infundada, porque la inscripción de la hipoteca se hizo con anterioridad al proceso penal en donde se dilucidó que hubo falsificación de firmas en el poder de representación utilizado. Por tanto, no se logró probar la mala fe del Banco, por consiguiente, estaría protegido por el Art. 2014°. Inclusive, se indica que la demandante debió petitionar la nulidad de la escritura pública del poder, por lo que la ineficacia no sería de aplicación. Por último, la sentencia de casación es declarada fundada en base a que el acto del falso representante resulta ineficaz sobre la esfera del falso representado; y en consecuencia, no podría surtir efectos frente a terceros, por lo que la garantía no será ejecutable.

De la casación anteriormente citada podemos indicar lo siguiente: si bien no estamos frente a un caso de compraventa de bienes, podemos afirmar que la figura de la falsa representación anómala está presente en este caso en donde nos encontramos frente a una garantía hipotecaria. En consecuencia, podemos encontrar los siguientes elementos: el poder falsificado con el cual se constituye la hipoteca, la falsa representada (Graciela Claudia Mendoza Jauregui), el falso representante (Edwin Roberto Melgar Ríos) y el tercero contratante de mala fe (Banco la Republica en Liquidación). Somos de la opinión, que el Banco es considerado tercero adquirente de mala fe, porque debió asegurarse que el poder que exhibió el falso representante fuera fidedigno, visto que, considerando que es una entidad bancaria, resulta poco creíble que no haya realizado una investigación a fondo acerca de quién era el propietario con el cual estaba contratando y su representante; además de indagar si hubo algún proceso penal pendiente. Por ende, podemos inferir que hubo cierta colusión, porque después de enterarse de que existía un proceso penal por falsificación de firmas, aun quería conservar su derecho, el cual ha sido proveniente de un ilícito. Y por el que podría ser investigado también por cómplice.

La quinta casación es la N° 3827-2016- Del Santa, “interpuesta por Graciela Eufemia Moscoso Tinedo, contra la resolución que confirmó la sentencia de primera instancia que declaró fundada la demanda; en consecuencia, nula la escritura pública de compraventa de fecha 23 de febrero 2010, así como la minuta de compraventa de fecha 17 del mismo mes y año, además, de la cancelación del asiento registral número 00009 de la partida registral número P09077483” (Poder Judicial del Perú 2016).

En dicha casación la recurrente ha denunciado:

A) La infracción normativa por inaplicación de los artículos 161°, 1135°, 2013° y 2014° del Código Civil; señala que se afecta su derecho, pues se ha confirmado la decisión impugnada sin tener en cuenta que la misma transgrede los alcances que regulan dichos dispositivos legales; es decir, en vez de declararse la ineficacia del acto jurídico denunciado se ha declarado erróneamente su nulidad, pese a que se ha demostrado que Jesús Antonio Saavedra Devoggero intervino con facultades especiales y su poder estaba inscrito en registros públicos. Además, se indica que las facultades no han sido revocadas en ningún momento; asimismo, sostiene que resulta incuestionable que en caso de concurrencia de acreedores inmobiliarios, se debe preferir al acreedor que inscribió primero, y en el presente caso la recurrente es la que tiene derecho inscrito, pues actuó de buena fe y con diligencia, ya que verificó que sobre el inmueble que se le transfería no hubiese posesión alguna (Poder Judicial del Perú 2016).

De otro lado, se desprende de la sentencia que Santos Ernesto Lezama Chávez y Consuelo Ysabel Angulo de Lezama interponen demanda solicitando que se declare nulo y sin efecto legal el acto jurídico que contiene la compraventa que otorga la Caja de Beneficios y Seguridad Social del Pescador, a favor de Carlos Ramón Calderón Díaz y su cónyuge Graciela Eufemia Moscoso Tinedo, de fecha 23 de febrero de 2010, respecto al inmueble ubicado en la Urbanización Bella Mar Sector IV-Segunda Etapa Manzana A5- Lote 15, del distrito de Nuevo Chimbote, por ser su objeto jurídicamente imposible y por no estar sujeta a la formalidad que prescribe la ley (incisos 3 y 8 del Art. 219° del Código Civil). Además, se solicita la cancelación del asiento registral.

En primera instancia se declara fundada la demanda; en consecuencia nula la escritura pública de compraventa, así como la minuta, además, se cancela el asiento registral por las siguientes razones:

Se indica que el acto jurídico en cuestión contiene finalidad ilícita, ya que los poderes que exhibió el supuesto representante, quien actuó en nombre de la vendedora, no fueron otorgados por la Asamblea General de la Caja de Beneficios y Seguridad Social del Pescador, evidenciando un accionar irregular, pues dicha persona suscribió el acto sin contar con las facultades para ello. En segunda instancia, la Sala Superior confirma la sentencia de primera, manifestando que el acto jurídico cuya nulidad se solicita, celebrado por Jesús Antonio Saavedra Devoggero, a favor de Graciela Eufemia Moscoso Tinedo, deviene en nulo por haber sido celebrado por persona que no contaba con las facultades de enajenación, actitud que conlleva una finalidad ilícita, la misma que trae como consecuencia la contravención de las normas que interesan al orden público y las buenas costumbres, por lo tanto, la causal de fin ilícito del extremo de la sentencia recurrida deberá confirmarse. Sin embargo, la sentencia de casación declaró fundado el recurso por los siguientes argumentos: se aprecia que en las sentencias emitidas por las instancias de mérito se establece que en el caso de autos se ha verificado uno de los supuestos de hecho del art. 161° del Código Civil, es decir, que Jesús Antonio Saavedra Devoggero, quien actuó como representante de la Caja de Beneficios y Seguridad Social del Pescador, en el acto jurídico que se cuestiona en la demanda (no constaba con las facultades de enajenación); es decir, constituiría lo que se denomina *falsus procurator*; no obstante, le han asignado como conciencia jurídica los efectos propios de la nulidad, lo cual resulta incongruente con la concepción doctrinaria antes descrita, puesto que, se trataría de un acto ineficaz, por tanto, con consecuencias distintas a la nulidad (Poder Judicial del Perú 2016).

Como se observa de la casación precedente, podemos inferir que desde nuestro punto de vista nos encontramos frente a un caso de falsa representación anómala, en vista de que, encontramos los siguientes elementos: los falsos representados (Santos Ernesto Lezama Chávez y Consuelo Ysabel Angulo de Lezama), el falso representante (Jesús Antonio Saavedra Devoggero), la tercera contratante (Graciela Eufemia Moscoso Tinedo) y el poder falsificado (porque inferimos que se fraguó uno, porque la Asamblea General de la Caja de Beneficios y Seguridad Social del Pescador, nunca ha otorgado dicho poder; además, dicho instrumento ha sido ingresado de forma subrepticia a registros públicos).

En cuanto a la finalidad ilícita, consideramos que el falso representante la detentaba, puesto que, fragua un poder para poder vender un inmueble y sacar un provecho económico de la venta. Por el contrario, consideramos que la finalidad ilícita no se desprende de la tercera

contratante porque según afirma, ella confió en lo que el registro le indicaba. No obstante, en este caso, si bien hay dos perjudicados, se debe de preferir al verdadero propietario por sobre el tercero contrante, y restituirle el inmueble, porque el primero, ha sido víctima de la estafa y el despojo de su bien. En cambio, el tercero contratante solo ha visto quebrantada su buena fe en el contrato celebrado, por lo que, podría pedir una indemnización solidaria entre el falso representante, el notario que se prestó para la estafa y registros públicos, por ingresar títulos fraudulentos perjudicando así el derecho de terceros.

La sexta casación es la N° 3730-2016- La Libertad, interpuesta por Lucero Ysela Gamboa Moreno, contra la sentencia que confirma la apelada, que declara improcedente la demanda de nulidad de acto jurídico. En la casación se indica lo siguiente:

Lucero Ysela Gamboa Moreno interpone demanda de nulidad de acto jurídico, con el propósito que el órgano jurisdiccional declare: la nulidad del acto jurídico contenido en el contrato de compraventa de fecha 12 de agosto del 2000, respecto del inmueble ubicado en Natasha Alta, distrito de Trujillo, departamento de la Libertad, acto jurídico celebrado por Juan José Ramírez Paredes (como vendedor) y Dora Vicenta García Espejo (como compradora). Sustenta jurídicamente su demanda en las causales de falta de manifestación de voluntad del agente y por ser contrario a las leyes que interesan al orden público; numerales 1 y 8 del artículo 219 del Código Civil, respectivamente. Además, demanda la reivindicación a su favor del bien materia del proceso que viene ocupando la demandada Dora Vicenta García Espejo (Poder Judicial del Perú 2016).

La actora explica que contrajo matrimonio con el codemandado Juan José Ramírez Paredes el 20 de octubre del 1990, y dado que su esposo trabaja en la ex Cooperativa Laredo, se le transfirió a su esposo, mediante minuta de compraventa del fecha 28 de octubre 1999, el inmueble materia de conflicto, quedando pendiente el otorgamiento de escritura pública para su respectiva inscripción en registros públicos; en consecuencia dicho bien pertenecía a la sociedad de gananciales.

Argumenta que al surgir problemas con su cónyuge, se vio obligada a iniciar un proceso de alimentos, razón por la cual este procedió a vender, sin su consentimiento, el inmueble materia de controversia a favor de la codemandada Dora Vicenta García Espejo, mediante contrato de compraventa con firmas legalizadas, de fecha 12 de agosto de 2000.

Que el artículo 315° del Código Civil, establece que para disponer de los bienes sociales se requiere de la intervención del marido y la mujer, hecho que no ha ocurrido, visto que, no autorizó la venta del bien.

Asimismo, señala que " la codemandada Dora Vicenta García Espejo tuvo conocimiento que el inmueble sub Litis era un bien social, hecho que la demandante puso en conocimiento de la mencionada codemandada; inclusive, la señora Dora Vicenta García Espejo inició un proceso penal contra Juan José Ramírez Paredes por el delito de estafa, expediente signado con el N° 2946-2001" (Poder Judicial del Perú 2016).

Por su parte, la codemandada contesta la demanda afirmando que nunca tuvo conocimiento que el vendedor era casado, debido a que éste al momento de la celebración de la compraventa presentó la minuta de compraventa que suscribió con la empresa Agroindustrial donde figuraba como soltero, así como la ficha Reniec, en la cual, hasta la actualidad aparece con

dicho estado civil. Refiere que el acto jurídico, materia de nulidad cumple con todos los requisitos del Art. 140°, no incurriendo en nulidad. Por último, afirma que ha interpuesto demanda de prescripción adquisitiva, sobre el bien y que está siendo tramitado en el expediente N° 10133-2006, por lo que la presente demanda es maliciosa.

En sentencia de primera instancia, se declaró improcedente la demanda por que se determinó que la demandada Dora Vicenta García Espejo al momento que adquirió el bien inmueble desconocía que el estado civil del demandado (ahora rebelde del proceso). En segunda instancia, se confirma la sentencia de primera, y la sala agrega, que en el presente caso, estamos frente a la figura del falso representante, por lo tanto, el acto es ineficaz y no nulo. En consecuencia, lo que hubo fue falta de legitimidad para contratar.

Finalmente, en sede de casación, el recurso es declarado fundado al no haberse acreditado la subsunción de los hechos en la causal de nulidad, y al no haberse analizado la otra causal alegada por la demandante, incurriendo en un pronunciamiento *infra petita*, al no haber emitido pronunciamiento a lo que es objeto del contradictorio.

De lo anteriormente expuesto, podemos inferir que podríamos encontrar en un caso de falsa representación anómala, en la que podemos apreciar los siguientes elementos: la falsa representada (Lucero Ysela Gamboa Moreno), el falso representante (Juan José Ramírez Paredes) y la tercera contratante (Dora Vicenta García Espejo). Si bien no existe un poder de representación falsificado, si existe la figura de la estafa por parte del falso representante hacia la supuesta tercera contratante de buena fe y hacia la falsa representada. No obstante, consideramos que la tercera adquirente, no estaría protegida por el Art. 2014° del Código Civil, al haber tomado conocimiento de que el bien era social, y aun así, celebrar la compraventa. Por tanto, ello evidencia su mala fe. Además, no entendemos como si primero, interpuso un proceso penal de estafa contra el falso representante en el 2001, en el 2006, pretende la prescripción adquisitiva de dominio, sabiendo que el bien ha sido vendido sin el consentimiento de la esposa y que la compraventa ha sido fraudulenta. Lo que acrecienta, nuestra conjetura de que no tiene buena fe. Con respecto, a la pretensión accesorio de la demandante sobre la reivindicación del bien, consideramos que debió de ser declarada procedente, puesto que, el derecho del verdadero propietario está por encima del tercero adquirente, si este último, actúa con mala fe.

Por último, la casación N° 3671-2016-Puno:

Interpuesta por la demandante Zulema Aida Condori Chambi, contra la sentencia de vista que confirma la sentencia apelada que declara fundada la demanda de nulidad de acto jurídico, interpuesta en el expediente N° 301-2004, seguido por Dominga Gonzales de Jiménez contra Melitón Pablo Jiménez Quispe y Fermín Jiménez Rodríguez; y con el expediente N° 001-2005, seguido por Dominga Gonzales de Jiménez contra Fermín Jiménez Rodríguez y esposa Juana Espinoza de Jiménez y Zulema Aida Condori Chambi; en consecuencia, nulos los actos jurídicos de compraventa contenidos en: a) La minuta de fecha 17 de agosto 1988, así como la Escritura Pública de fecha 11 de octubre de 1988 celebrado por Melitón Pablo Jiménez Quispe a favor de Fermín Jiménez Rodríguez, b) La Minuta de fecha 21 de setiembre de 2004, así como la Escritura Pública del fecha 6 de octubre del 2004, celebrada por Fermín Jiménez Rodríguez y su esposa Juana Espinoza de Jiménez a favor de Zulema Aida Condori Chambi (Poder Judicial del Perú 2016).

En la casación se indica lo siguiente: Dominga Gonzales de Jiménez interpone demanda contra Melitón Pablo Jiménez Quispe y Fermín Jiménez Rodríguez sobre la nulidad de los siguientes actos jurídicos: 1) Minuta de compraventa del 17 de agosto de 1988; 2) Escritura Pública de fecha 11 de octubre de 1988 celebrada entre los demandados, 3) de manera accesoria la reivindicación del bien, 4) pago de frutos civiles.

La demandante señala que el señor Melitón Pablo Jiménez Quispe, es su esposo y este último, vendió sin su consentimiento el bien a Fermín Jiménez Rodríguez y esposa Juana Espinoza de Jiménez. Estos últimos, realizaron otra venta, a la señora Zulema Aida Condori Chambi.

En la sentencia de primera instancia, se indica que en la primera venta realizada por Melitón Pablo Jiménez Quispe a Fermín Jiménez Rodríguez y esposa Juana Espinoza de Jiménez, no intervino la demandante y además, sabiendo que la anterior venta fue declarada nula, Fermín Jiménez Rodríguez y esposa Juana Espinoza de Jiménez venden a la señora Zulema Aida Condori Chambi el bien sin tener poder de disposición; por tanto dicha venta fue declarada nula por las causales 1, y 4 del Art. 219° del Código Civil. En consecuencia se declara fundada la demanda.

En segunda instancia, se confirma la sentencia de primera que declaró fundada en parte la demanda, puesto que, considera que si ha habido falta de manifestación de voluntad de la demandante en la primera compraventa realizada; no obstante, el juez considera que no se puede pagar frutos civiles hasta que se desocupe el bien. Por último, en sede de casación se determina que hubo motivación deficiente y por tanto se declaró fundado el recurso y nula la sentencia de vista y se ordenó que la Sala emita nuevo pronunciamiento.

De la casación anteriormente descrita podemos inferir que nos encontramos en un caso en el que podemos encontrar algunos elementos que podrían encajar dentro de la falsa representación anómala, por ejemplo: podemos identificar al falso representante (Melitón Pablo Jiménez Quispe) quien vende el bien social a unos terceros contratantes de mala fe (Fermín Jiménez Rodríguez y esposa Juana Espinoza de Jiménez), que su vez venden el inmueble a una tercera contratante que aparenta buena fe (Zulema Aida Condori Chambi).

Si bien no existe el elemento del poder falsificado, si se encuentra el elemento del fin ilícito que existe entre el falso representante y los terceros contratantes, al conocer estos último, que el vendedor era casado. Aunque después en su contestación lo intentan desvirtuar. En relación con la pretensión de reivindicación, consideramos que debería de restituirle el bien a la señora Dominga Gonzales de Jiménez, dado que, ha sido víctima de la colusión de su esposo con los terceros contratantes de la primera venta. En cuanto, a la tercera de buena fe, consideramos que su derecho a la propiedad del bien sujeto a un fin ilícito, no debería de otorgársele, puesto que, se perjudicaría el derecho del verdadero propietario. Sin embargo, tendrá el mecanismo de la responsabilidad civil como remedio para poder satisfacer su interés.

Como podemos apreciar de todas estas sentencias antes analizadas, la jurisprudencia no es uniforme, hay casos de falsa representación anómala en donde se tutela el derecho del verdadero propietario a la restitución de su inmueble y otros en los cuales se le deniega por considerar que estamos frente a un caso de ineficacia. Sin embargo, consideramos que en casos de falsa representación anómala, es factible que el juzgador otorgue el derecho a la restitución de la propiedad del bien, al falso representado, si es que se considera que ha habido mala fe por parte del tercero adquirente.

Por último, comentaremos lo que la doctrina comparada plantea acerca de lo que nosotros hemos denominado falsa representación anómala, y la posición del representado frente a dicho fenómeno.

En referencia a la compraventa realizada por un falso representante mediante poderes falsificados (Falsa representación anómala), Aníbal Torres refiere lo siguiente:

El que ha adquirido un derecho a título oneroso y de buena fe de un falsus procurator que ha inscrito su poder falso en el Registro de Mandatos y Poderes, mantiene su adquisición una vez inscrito su derecho; si es un comprador, como es el caso de la casación que analizamos no puede ser despojado del bien. Según el contrario sensu de esta norma, el tercero contratante y cualquier otro subadquiriente a título oneroso y de mala fe no está protegido por el ordenamiento jurídico, tampoco lo están los adquirentes o subadquirientes a título gratuito, sean de buena o mala fe (2015: 495).

De lo citado por el autor precedente podemos indicar, que en el caso de la falsa representación anómala, el falso representante se colude con el tercero contratante para despojar de su propiedad a un falso representado, mediante la utilización de un falso poder. Por tanto, el tercero contratante de mala fe no podrá mantener su derecho de propiedad porque el ordenamiento jurídico reprime conductas ilícitas. En consecuencia, el falso representado podrá pedir que se le restituya el inmueble amparado en la protección de su derecho de propiedad.

Por otro lado, el mismo autor hace alusión a la poca utilidad de la ineficacia para dar solución a este problema: "¿de qué sirve al falso representado que se declare fundada su demanda de ineficacia?, no le sirve de nada sino va a poder obtener la restitución del bien ni inscribir sus derechos en Registros Públicos" (2015: 496). Esta es la razón por la cual, consideramos que la nulidad en el caso de la falsa representación anómala es la mejor solución que tiene el falso representado para recuperar su propiedad.

De otro lado, Eugenia Ariano refiere que "la ineficacia debe de utilizarse cuando no se ha ejecutado la entrega del bien inmueble, no obstante, si el falso representante lo ha ejecutado, la nulidad es esencial" (2018: 1). Posición con la cual, también concordamos, puesto que al haber una falsificación de poderes de por medio para la celebración de la compraventa con el tercero coludido, la única solución asequible, si es que el bien ha sido transferido, es la nulidad. Por consiguiente, el falso representado podrá pedir la restitución del bien del cual ha sido despojado.

En otro orden de ideas, Roppo refiere acerca de la nulidad y la falsa representación lo siguiente: "La calificación del contrato del falso representante es terreno de ejercicios conceptuales para la doctrina y la jurisprudencia. Algunas posiciones (por lo demás minoritarias) lo califican de inválido: oscilando entre anulabilidad y nulidad" (2009: 285). De lo anteriormente citado podemos inferir que la falsa representación anómala requiere que el contrato celebrado por el falso representante con poderes falsificados sea declarado nulo, para que el falso representado, pueda solicitar la restitución del inmueble del cual ha sido despojado por la confabulación entre el falso representante y el tercero contratante.

Por su parte, Scognamiglio refiere acerca de la nulidad del contrato celebrado por el falso representante, lo siguiente: "Según una teoría replanteada recientemente, tal contrato sería inválido, y hasta nulo, para algún escritor, porque no podría valer como acto del representado,

que no ha conferido poder, ni como acto del representante, que obró en nombre ajeno y conforme otra opinión, anulable, por la naturaleza del vicio que lo aqueja” (1996:88). De acuerdo a lo indicado por este autor, podemos inferir que en la falsa representación anómala, el acto celebrado con un poder falsificado, no podría tener efectos en la esfera jurídica del falso representado porque, este último, nunca otorgó poder de representación al falso representante para la venta de su inmueble; asimismo, el falso representante invoca el nombre de otro, para poder afianzar la confianza que el supuesto tercero de buena fe tendrá en la celebración del contrato. Por tanto, el falso representado podría petitionar la restitución del inmueble del cual ha sido despojado por encontrarnos dentro de la nulidad por finalidad ilícita.

De la misma manera, Vidal plantea sobre la actuación del falso representante lo siguiente: “La doctrina es uniforme en señalar que esta injerencia indebida en la esfera jurídica ajena, sea por exceso en los límites de las facultades, por su violación o por atribuirse una representación que no se tiene, es ilícita” (2013:334). Es decir, que la actuación del falso representante en el supuesto de la falsa representación anómala, persigue celebrar un contrato cuya finalidad es ilícita; vale decir, la causa del negocio va en contra de una norma imperativa penal que prescribe que no se pueden vender bienes inmuebles en donde la estafa resulte manifiesta. Por tal motivo, consideramos que si el falso representado pidiera la restitución del bien del cual fue desposeído, dicha solicitud sería procedente, al probarse la mala fe del tercero contratante en la celebración del contrato nulo.

En ese mismo orden de ideas, Betti plantea acerca de la actuación del falso representante lo siguiente: “La ausencia del poder de representación provoca la invalidez del negocio” (1943:450). De lo citado por el autor precedente podemos inferir lo siguiente: si un falso representante falsifica un poder, y con ello realiza una compraventa con la colusión de un tercero, dicho negocio puede ser declarado nulo por finalidad ilícita. En vista de que, el falso representado nunca otorgó poder de representación al falso representante, para disponer de su bien inmueble y además, por la confabulación entre las supuestas partes contratantes. En consecuencia, el falso representado podrá pedir la restitución de su inmueble porque fue víctima de una estafa.

Con relación a la nulidad y al falso representante, Enneccerus plantea lo siguiente:

Si se trata de un negocio unilateral es inadmisibles la representación sin poder de representación. El negocio es, pues nulo por regla general, tanto si ha sido realizado por un representante sin poder, como si lo ha sido frente a un falsus procurator. No hay lugar a ratificación. El negocio no obliga tampoco al representante que solo responde por tanto, si en la conclusión medio un delito (1934: 270).

De lo antes expuesto podemos inferir que si el falso representante falsifica o crea un poder de representación en donde conste un acto de apoderamiento falso, dicho acto será considerado nulo desde el principio. Por tanto, todo lo que celebre con dicho poder, será considerado nulo si es que lo utiliza con la finalidad de cometer un delito, en nuestro caso de estudio, es nulo porque el acto contraviene una norma imperativa penal que indica que no se podrá vender bienes inmuebles en donde la estafa haya recaído. Por tanto, el falso representado al verse perjudicado por el negocio celebrado con poderes falsificados, podrá solicitar la restitución de su inmueble si es que hubo transferencia del mismo.

Desde otro punto de vista, Varsi Rospigliosi refiere acerca de la falsa representación lo siguiente: “en los casos en los que se demuestre la mala fe del adquirente (véase cono-” que el

cónyuge era casado), devendrá en nulo, pues lo afecta el vicio de la finalidad ilícita (inciso 4 del artículo 219" (2016:116). Es decir, que podemos encontrar la figura de la falsa representación anómala cuando uno de los cónyuges dispone de un bien social (por ejemplo un bien inmueble) utilizando un poder falsificado. Por ende, se configurará un acto nulo por finalidad ilícita, puesto que, se está quebrantando una norma imperativa penal que regula que no se pueden vender bienes inmuebles donde se utilice la estafa. En consecuencia, si el falso representado, es víctima de un falso representante anómalo, podrá solicitar que se le restituya el bien inmueble materia de la compraventa fraudulenta.

Desde otra perspectiva, en referencia a la falsa representación, Espinoza plantea lo siguiente:

"En este caso no existe la relación jurídica de representación. Se afirma que "naturalmente, cuando el pseudorepresentado sea cómplice del falso representante y haya realizado un verdadero engaño, o una estafa, con daño al tercero contrayente, incurrirá en una responsabilidad solidaria de ambos ex art. 1983c.c." (2010:139). Si bien creemos que la colusión entre el falso representado y el falso representante, se puede originar para perjudicar al tercero contratante, también puede ocurrir que el falso representante y el tercero contratante se coludan para perjudicar al falso representado. Esto es, para despojarlo de su propiedad. En dicha situación, el falso representado deberá pedir la nulidad del contrato celebrado con poderes falsificados, para luego, solicitar la restitución del bien del cual fue despojado.

En cuanto a la venta de bienes por uno de los cónyuges (supuesto de falsa representación) y la falsificación de documentos, Fernández Cruz refiere lo siguiente: "cuando se está ante una falsificación de documentos, y en donde se presenta un verdadero supuesto de ausencia de manifestación de voluntad, pues se le atribuye a alguien la emisión de una declaración que en realidad no ha realizado ni ha existido" (2016: 128). De lo indicado por el autor precedente podemos inferir que en el caso de que exista una falsificación de documentos en la cual ha intervenido un falso representante, quien ha utilizado dicha documentación para realizar una compraventa para perjudicar al falso representado, estaríamos dentro de lo que hemos denominado: falsa representación anómala. Puesto que, el falso representado, nunca ha expresado su consentimiento en el otorgamiento del poder de representación para la venta de su bien inmueble. Más aun, podría petitionar que se le restituya el bien, si es que el falso representante lo ha transferido al tercero contratante coludido. Debido a que, nos situamos dentro del supuesto de la nulidad por finalidad ilícita.

En base al tema de la falsa anómala, Sapone sostiene en base a la cass. 6.12.1984, n. 6423 lo siguiente: "La eventual nulidad de la procura, produciendo el efecto de privar al procurador de los poderes de representación y de atribuirle por tanto el título de *falsus procurator*, determina la inevitable consecuencia de la nulidad del negocio en el cual se coloque en nombre y por cuenta del representado, sin posibilidad de identificar un negocio aparente de considerarse válido y eficaz"⁶³(2011:76). Es decir, que si el poder de representación es nulo, el contrato que se celebre con dicho instrumento también, acarreará la nulidad. En el caso de la falsa representación anómala el poder que utiliza el falso representante es falsificado, por tanto, el contrato que se celebre con dicho poder será nulo por finalidad ilícita, puesto que, va en contra

⁶³ Traducción Libre por la autora. " L' eventuale nullità della procura, producendo l' effetto di privare il procuratore del potere di rappresentanza e di attribuirgli perciò la qualifica di *falsus procurator*, determina come ineluttabile conseguenza la nullità del negozi da lui posti in essere in nome e per conto del rappresentato, senza possibilità di individuare un negozio dissimulato da considerare valido ed efficace".

de una norma imperativa penal que indica que no se podrán vender inmuebles en los cuales la estafa este inmersa. En consecuencia, si el falso representado fue víctima de la estafa por parte de los intervinientes en la compraventa con poderes falsificados, podrá pedir la restitución del bien del cual fue despojado.

Por último, Mirabelli establece acerca de la falsa representación lo siguiente: "La tesis de la nulidad, parece, pues, de preferir, cuanto menos en relación al ordenamiento vigente, que el acto realizado por el representante sin poder no produce actualmente ningún efecto jurídico"⁶⁴(1980:396). Es decir, que en el caso de la falsa representación anómala, en donde el falso representante utiliza un poder falsificado para vender la propiedad del falso representado, en colusión con el tercero contratante; la nulidad de dicho acto generaría que no se produzcan efectos jurídicos sobre las partes intervinientes; no obstante, si ya se generó la transmisión de propiedad por parte del falso representante hacia el tercero contratante de mala fe, el falso representado solo podría petitionar la restitución del bien inmueble del cual fue despojado, puesto que, si solicitará una indemnización, esta no satisfaría su interés, debido a que, podrían otorgarle una suma que no equivalga a la del bien del cual fue despojado o inclusive, no otorgarle nada ante la insolvencia de los estafadores.

Finalmente, como podemos observar, tanto la jurisprudencia como la doctrina tienen opiniones divergentes en cuanto a lo que nosotros llamamos falsa representación anómala. Sin embargo, coinciden en otorgar los efectos de la nulidad al acto celebrado con poderes falsificados o mediante un delito. No obstante, si bien existen casos en la jurisprudencia peruana y comparada (como lo analizamos hacia el final del primer capítulo), en donde el falso representado solicita la restitución del bien inmueble del cual fue despojado por la estafa, los juzgadores coinciden en denegar dicho pedido, pues consideran que se debe proteger al tercero contratante; situación con la cual discrepamos porque consideramos que en casos en los cuales, se evidencie la mala fe del tercero contratante, este último, debería de perder dicha protección. Por consiguiente, el derecho de propiedad del falso representado debería prevalecer sobre el derecho de adquisición del tercero contratante, cuando nos encontremos frente al caso de la falsa representación anómala, caso que consideramos distinto del regulado en el Perú por el Art. 161° del Código Civil peruano.

4.4 Nuestra Posición

Después de analizar, en todo el desarrollo de nuestra tesis la figura de la falsa representación anómala y los remedios aplicables a dicho caso en particular, por parte del falso representado para la defensa de su propiedad; plantearemos nuestra posición frente a dicho fenómeno, el cual, se presenta de manera reiterada en la realidad peruana, sin que la doctrina ni la jurisprudencia otorguen una solución concordada al respecto.

En primer lugar, empezaremos definiendo que es lo que nosotros debemos entender por falsa representación anómala. La falsa representación anómala es el caso en donde un falso representante mediante la utilización de poderes falsificados, ingresados al tráfico jurídico, vende la propiedad de un falso representado a un tercero contratante con el cual, se ha

⁶⁴ Traducción Libre por Loana Buendía De Los Santos. "La tesi della nullità sembra, dunque, da preferire, quanto meno in relazione all'ordinamento vigente, giacché l'atto compiuto dal rappresentante senza procura non produce attualmente alcun effetto giuridico".

previamente coludido. Si bien es un supuesto similar al trabajado en mi tesis anterior donde pudimos analizar lo siguiente:

El contrato celebrado por el <<falso representante>> en la venta ilegal de predios, sería considerado ilícito, por contravenir la norma penal estipulada en el Art. 196-A CP inciso 4, que regula la figura de la estafa cuando esta recae en ocasión de una compraventa de bienes inmuebles. Creemos que el fin ilícito que se pretende conseguir es la defraudación de la confianza del tercero contratante, mediante la figura de la falsa representación. Además, el <<falso representante>> se valdría de poderes falsos para dar mayor credibilidad a su actuación como representante (Buendía L. 2017:63).

En el caso de la falsa representación anómala, el supuesto varía, puesto que, existe una colusión entre el falso representante y el tercero contratante con la finalidad de despojar a un falso representado de su propiedad. Por consiguiente, el supuesto antes descrito configura una nulidad por fin ilícito que contraviene una norma imperativa penal, Art. 196-A Código Penal inciso 4, en donde "se prohíbe celebrar contratos de compraventa sobre bienes inmuebles que no son de nuestra propiedad; tipificando dicha conducta como Estafa"(Buendía L. 2017: 55).

Por otro lado, opinamos que el supuesto de la falsa representación anómala es distinto al regulado en el Art. 161° del Código Civil, en donde el ordenamiento ha preferido asignar al acto celebrado del falso representante, los efectos de la ineficacia. No obstante, consideramos que en los casos en los cuales el falso representante, actué sin utilizar poderes falsificados y sin coludirse con algún tercero, sí podría encajar dicho supuesto dentro de la ineficacia. Visto que, nos situamos en una "ineficacia de tipo estructural u originaria por defecto de legitimación"; es decir, "aquella que se presenta al momento de la celebración o formación del contrato" (2017: 121).

En referencia a los remedios que tiene el falso representado en el caso de la falsa representación anómala, consideramos que estos mecanismos de defensa ante intromisiones externas de terceros que vulneren su derecho de propiedad serían los siguientes: la restitución sobre la base del enriquecimiento sin causa, tal como lo indica Thibierge: "El fundamento de las restituciones variaría según la naturaleza y el objeto de la prestación cuya restitución se demanda: (...) (se trataría) del enriquecimiento sin causa para el caso de una obligación de hacer; o del derecho de propiedad, ejercitado por medio de la acción reivindicatoria para la obligación de dar que recaiga sobre un inmueble"(2010:560). Vale decir, que para que en nuestro caso de estudio, el falso representado recupere la propiedad de la cual fue despojado por la colusión entre el falso representante y el tercero contratante, este deberá de ejercitar la acción de enriquecimiento sin causa para obtener la restitución del bien. Por otro lado, si bien el ordenamiento jurídico peruano asigna un rol subsidiario al enriquecimiento sin causa tal como Fernández Cruz afirma: "La acción de enriquecimiento sin causa es una forma de tutela típicamente restitutoria y de naturaleza subsidiaria, que subordina su aplicación a cualquier tipo de acción concurrente que pueda eliminar el desequilibrio patrimonial producido cualquiera sea el título de esta acción concurrente, por lo que de existir una acción proveniente de la tutela resarcitoria, está excluye la posibilidad de acudir al enriquecimiento sin causa" (2015:403). No obstante, somos de la opinión, que para el caso de la falsa representación anómala, si bien el falso representado podría pedir un resarcimiento ante el daño sufrido por la pérdida de su propiedad, creemos que el remedio de la restitución sería el más adecuado, porque puede darse el caso que los involucrados no tenga el dinero, para pagar el resarcimiento y el falso

representante quedaría aún más dañado por la estafa y a la vez por el sistema judicial que no le pudo devolver su inmueble.

Por su parte, Traynor subraya sobre los remedios restitutorios lo siguiente: "Questions of restitution and unjust enrichment might conceivably arise in connection with conduct that is "wrongful" although not necessarily in violation of presently applicable common law or statutes. Such conduct might involve the violation of a social norm (...) whether or not it is entitled to legal protection" (2011: 903). De lo indicado por este autor podemos inferir que los remedios restitutorios están relacionados a conductas contrarias a la ley, puesto que, la violación de por ejemplo una norma imperativa penal, podría generar que la parte afectada pueda reclamar la restitución de su propiedad como es en el caso de la falsa representación anómala.

Asimismo, Salmons refiere sobre los remedios restitutorios y el enriquecimiento sin causa lo siguiente: "a number of unjust enrichment scholars have argued that proprietary restitution is, or at least should be, available for claims arising from unjust enrichment" (2015:538). En palabras de dicho autor, la restitución de la propiedad debería estar habilitada para los casos de enriquecimiento injusto. Tal como, ocurre en el caso de la falsa representación anómala.

De otro lado, en relación a los derechos de propiedad y el remedio restitutorio, Dannemann indica lo siguiente: "Of the claims arising under the owner/possessor model, three are of a restitution-type nature. First, the vindication claim itself, that is, the claim to restore the property to the owner (...). Secondly, the owner's claim for the benefit which the possessor has gained from using the property, for example by living in the house. Thirdly, the possessor's counterclaim for unauthorized expenditure on the property" (2009:15). En palabras de este autor, se puede utilizar el remedio restitutorio reivindicatorio, para que el propietario o poseedor de un inmueble recupere la propiedad. Además, se indican otros remedios restitutorios de la propiedad como: la petición de los beneficios que el poseedor a obtenido por el uso del bien y la contrademanda de parte del propietario por los gastos no autorizados en la propiedad.

En nuestro caso materia de análisis, consideramos que el remedio restitutorio-reivindicatorio sería de utilidad en el caso de la falsa representación anómala, dado que, lo que solicita el falso representado es que le devuelvan la propiedad que fue objeto del delito de estafa.

Por último, Stoll refiere sobre el remedio restitutorio in natura lo siguiente: "Restitution in kind is sometimes an indispensable legal remedy if it enables the injured party to free himself of a contractual obligation created by tortious act. For instance, the party who has been induced to enter a contract through a fraud perpetrated by the other contracting party can request the annulment of the contract as a measure of restitution in kind" (1978: 131). Sobre lo planteado por este autor podemos indicar que la restitución en especie es un remedio legal indispensable, debido a que, permite que la parte lesionada se libere de una obligación contractual creada por un acto ilícito. Por ejemplo, la parte que ha sido inducida a firmar un contrato a través de un fraude perpetrado por la otra parte contratante puede solicitar la anulación del contrato como medida de restitución en especie. Lo que claramente ocurre en el caso de falsa representación anómala.

Finalmente, en referencia a si el derecho de propiedad debería prevalecer por sobre el del tercero contratante en el supuesto de falsa representación anómala opinamos lo siguiente: A pesar de lo que bien señala Fernández Cruz:

Cuando nosotros propugnamos un concepto de seguridad jurídica dinámica, en contra del concepto clásico de seguridad jurídica estática, en el fondo, estamos afirmando que el <<principio jurídico de protección al tercero adquirente de buena fe>>, debe inspirar toda solución en el Derecho(y no solamente respecto al derecho de propiedad) y que la sola protección legal al mejor modo de generar más riqueza inmobiliaria, incentiva la circulación de bienes y, en general, el tráfico jurídico inmobiliario, que es el concepto de seguridad jurídica que reclama la sociedad(visión colectiva), protegiendo a los adquirentes en conjunto, en su condición de tales(configuración abstracta), con prescindencia de la situación concreta del señor x, quien, individualmente, deberá buscar los medios alternativos que le brinda el ordenamiento jurídico para la tutela de su interés específico(...)(1994: 153).

No consideramos que esto sea de aplicación para el caso de la falsa representación anómala, puesto que, opinamos que no podría privilegiarse la seguridad dinámica por sobre la seguridad estática, debido a que, el tercero adquirente no es de buena fe. Más aun, se ha confabulado con el falso representante, para poder despojar de su propiedad al falso representado. En consecuencia, no estimamos que la razón de ser del ordenamiento jurídico sea la de proteger transferencias ilegales por medio de instrumentos falsos ingresados al tráfico jurídico.

Por otro lado, en referencia al derecho de propiedad, Pérez Álvarez indica: "la propiedad es un derecho subjetivo que se ejercita por el propietario para la satisfacción de sus propios intereses, matizado por la función social que le reconoce el texto constitucional y que se traduce en el establecimiento de límites legales a las facultades del propietario por el bien de la comunidad" (2014:22). Para este autor, el derecho del propietario puede ser limitado por circunstancias que beneficien a la colectividad. Es decir, que en los casos que la propiedad sea destinada a un fin social, el despojo de esta, no trastocará parámetros constituciones; por el contrario, si el propietario es despojado de su propiedad, como ocurre en el caso de falsa representación anómala, sin que se justifique dicho despojo; se habrá quebrantado un derecho fundamental: el de la propiedad.

Bajo ese mismo orden de ideas, Escobar Rozas indica que el derecho de propiedad es un derecho subjetivo; es decir, "la facultad que se tiene para satisfacer un interés propio" (1998: 298), debido a que, permite que el propietario pueda ver satisfecho su interés, materializándolo en nuestro caso de estudio, en la posibilidad de recuperar el bien del cual fue despojado ilícitamente. Asimismo, se indica que el propietario puede excluir a los terceros que atenten en contra de su derecho de propiedad, protegido constitucionalmente.

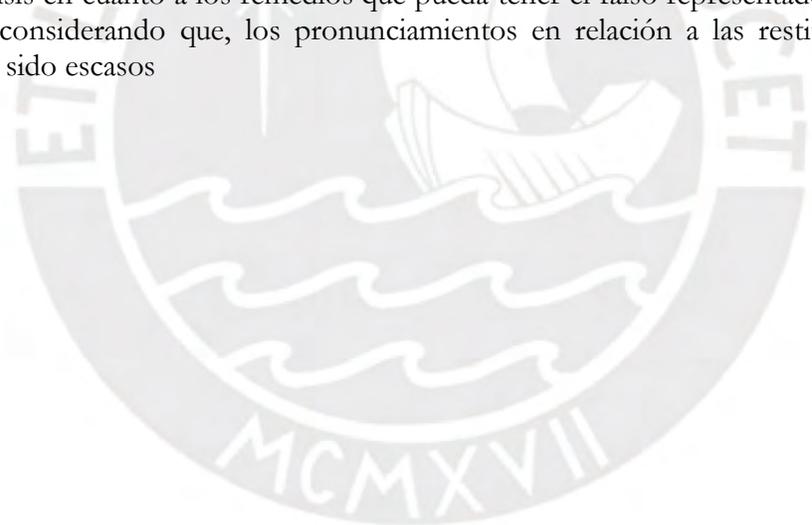
Por último, coincidimos con Gonzales Barrón cuando hace referencia a la inviolabilidad del derecho de propiedad de la siguiente manera:

El propietario está protegido frente a las interferencias anómalas de terceros o del propio Estado que pretendan afectar de modo ilegítimo su derecho. Por tanto, el sistema jurídico le dota de inmunidad o esfera de protección, que se concreta en los distintos remedios jurídicos de reconocimiento, recuperación y restitución de la situación jurídica, razón por la cual se dice

que "la propiedad es inviolable" (artículo 70° de la Constitución), es decir, no puede ser expoliada ilegítimamente en contra de la voluntad del titular (2015:139).

Es decir, que para este autor, el derecho de propiedad al ser protegido de manera especial, proporciona al propietario una serie de remedios que le permiten la restitución de su bien ante las perturbaciones de terceros. Tal como ocurre en el caso de la falsa representación anómala, en la cual, el falso representado puede pedir la restitución del inmueble del cual fue despojado por la compraventa fraudulenta celebrada entre el falso representante y el tercero contratante.

En conclusión, podemos indicar que el fenómeno de la falsa representación anómala en el Perú es un tema bastante discutible, debido a que, muchos doctrinarios consideran que ante la falsificación de documentos el mejor remedio para dicha situación es la ineficacia, sin embargo, consideramos que la nulidad es el mejor remedio para resolver dicha situación, sobre todo cuando el inmueble ha sido transferido. En cuanto a los remedios que debe utilizar el falso representante, reiteramos nuestra posición en favor de la restitución o reivindicación como remedios idóneos para la satisfacción del interés del falso representado en el supuesto de la falsa representación anómala. Asimismo, consideramos que debe prevalecer el derecho de propiedad del falso representado por sobre el tercero contrante de mala fe en la primera compraventa y también cuando en la segunda compraventa nos encontremos frente a un tercer adquirente de buena fe. Finalmente, esperamos que esta tesis logre despertar el interés de la sociedad en esta nueva forma delictiva de estafa y sobre todo, que la jurisprudencia puede tener un mayor análisis en cuanto a los remedios que pueda tener el falso representado, en este caso en particular, considerando que, los pronunciamientos en relación a las restituciones de la propiedad han sido escasos



Conclusiones

1. En la falsa representación anómala los hechos determinantes para la formación de dicho supuesto son: la utilización de un poder falsificado ingresado al tráfico jurídico y la colusión entre el falso representante y el tercero contratante para despojar a un falso representado de su derecho de propiedad. Además, el contrato celebrado debe revestir una finalidad ilícita; es decir, que la causa del contrato sea contraria a una norma imperativa y que se pueda afectar el orden público.
2. El caso de la falsa representación anómala es un supuesto distinto al regulado en el Art. 161° del Código Civil Peruano. En tanto, en el primero, el contrato celebrado es nulo por finalidad ilícita al contravenir una norma imperativa penal, mientras que en el segundo, nos encontramos ante un contrato que reviste una ineficacia estructural por un defecto extrínseco que es la falta de legitimación.
3. El derecho de propiedad (seguridad jurídica estática) debe de prevalecer por sobre el derecho del tercero contratante (seguridad jurídica dinámica), en el supuesto de la falsa representación anómala, cuando nos encontremos en la primera compraventa, en vista de que, el tercero contratante al coludirse con el falso representante, pierde la protección otorgada por el Art. 2014° del Código Civil, al demostrar su mala fe en la celebración del contrato. Por el contrario, en caso de que nos encontremos en una segunda compraventa, en donde el tercer adquirente sea de buena fe, igualmente, no estará protegido por el Art. 2014° del Código Civil porque la fe pública no debe amparar falsificaciones que deriven de un título nulo. Debido a que, de una "falsificación no se pueden crear derechos".
4. La jurisprudencia no es uniforme al tratar el tema de la falsa representación anómala, debido a que, en algunos casos le otorga los efectos de la nulidad al contrato celebrado por el falso representante por causales que van desde de falta de manifestación del otorgante del poder, hasta la ilicitud de la causa; y en otros, los de la ineficacia, al considerar que los efectos de dicho contrato no deben recaer sobre el patrimonio del falso representado.
5. La jurisprudencia no se pronuncia de manera expresa acerca de los remedios que pueda tener el falso representante en un supuesto de falsa representación anómala. Inclusive, hacen caso omiso a la pretensión accesoria de la restitución del inmueble sin fundamentar de manera coherente la razón de la desestimación.
6. El remedio debe ser definido como el mecanismo de defensa que tiene, en nuestro caso de estudio el falso representado, para poder solicitar la restitución de su propiedad. Además, debe de ser diferenciado de los remedios impugnativos que se caracterizan por tener la naturaleza de derechos potestativos.
7. El remedio que mejor satisface el interés del falso representado, en el supuesto de la falsa representación anómala, es el de la restitución o reivindicación del bien. Este deberá ser promovido por el falso representado a través de la acción de enriquecimiento sin causa. A causa de que, por medio de dicho remedio, el falso representado podrá recuperar el bien del cual fue despojado.

Bibliografía

ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, José Antonio.

2012 *Derecho inmobiliario registral*. Lima: Ediciones Legales. Semblanza y estudio preliminar de Guther Hernán Barrón.

ARIANO DEHO, Eugenia.

2018 "Curso de Procesal Civil". Apuntes de Clase. Lima: Maestría de Derecho Civil PUCP.

ARCOS RAMÍREZ, Federico

2000 *La seguridad jurídica: Una teoría formal*. Madrid: Dykinson.

ARRÁZOLA JARAMILLO, Fernando

2014 "El concepto de seguridad jurídica, elementos y amenazas ante la crisis de la ley como fuente de derecho". *Revista de Derecho Público*. N° 32, Enero-Junio, pp. 6-27.

AVENDAÑO VALDEZ, Jorge

1995 "La propiedad: ¿está protegida? Ius et veritas, Lima, N° 30, pp. 119-122.

AVENDAÑO VALDEZ, Jorge

2012 *La propiedad en el Código Civil. Estudios sobre propiedad*. Editor Giovanni Priori Posada. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

BACA OLAMENDI, Jaime Gerardo

2013 "Reflexiones sobre el derecho de propiedad". *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma Metropolitana*. N° 83, Enero-Abril, pp.55-74.

BARBERO, Doménico

1967 *Sistema del Derecho Privado*. Sexta Edición. Volumen 1. Buenos Aires: Bosch y Cía Editores.

BARANDIARÁN, José

1961 *Manual de acto jurídico*. Cuarta Edición, Lima: UNMSM.

BETTI, Emilio.

1943 *Teoría general del negocio*. Madrid: Revista de Derecho Privado.

BETTI, Emilio

2000 *Teoría General del Negocio Jurídico*. Traducción de A. Martín Pérez. Granada: Comares.

BIANCA, Massimo

1999 *La proprietà*. Tomo VI. Milano: Giuffré Editore.

BIANCA, Massimo

2007 *El Contrato*. Traducción por Fernando Hinestroza y Edgar Cortés Colombia: Universidad externado de Colombia.

- BRECCIA, UMBERTO y otros.
1992 *Derecho Civil. Hechos y Actos jurídicos*. Vol. 2. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- BUENDIA DE LOS SANTOS, Loana.
2017 *Venta ilegal de Predios mediante la falsa representación*. Tesis para optar por el título de abogado. Lima: Universidad de Lima. Facultad de Derecho.
- BUENDIA DE LOS SANTOS, Eduardo.
2017 "Los remedios en torno al fenómeno del falsus procurator. Precisiones conceptuales al artículo 161 del Código Civil peruano". *Actualidad Civil*, Lima, Vol. 31. pp. 87-124.
- BURROWS, Andrew
2009 *Remedies for torts and breach of contract*. Third edition. Oxford: University Press.
- BURROWS, Andrew
2011 *Restitution of Mistaken Enrichments*. A conference on restitution and unjust enrichment. The American Law Institute and Boston University School of Law. Boston 16/09/11. <http://www.bu.edu/bulawreview/archives/volume-92-number-3-may-2012/> (26/10/18).
- CARRESI, Franco
1987 *Trattato di diritto civile e commerciale. Il contratto*. 2 voll., XXV. Milano: Giuffrè Editore.
- CARIOTA FERRARA, Luigi
1956 *El negocio jurídico*. Madrid: Biblioteca jurídica Aguilar.
- CASTILLO FREYRE, Mario.
2007 *La transferencia de propiedad inmueble en el Perú y la seguridad jurídica*. Lima: Palestra.
- CHECCHERINI, Grazia
1989 *Risarcimento del danno e riparazione in forma specifica*. Milano: Giuffrè Editore
- COOTER, Robert y Thomas, ULEN.
2016 *Derecho y economía*. Mexico: Fondo de Cultura Económica.
- Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas (Vol. 1). (2003). Lima: Gaceta Jurídica.
- COVIELLO, Nicolás
1938 *Doctrina General del Derecho Civil*. México DF: Uteha.
- CODE.DROIT.ORG <http://codes.droit.org/> (5/01/2019)
- CUENA CASAS, Matilde
1996 *La función del poder de disposición en los sistemas de transmisión onerosa de los derechos reales*. Barcelona: José M. Bosch.

CUBAENCUENTRO

<https://www.cubaencuentro.com/derechos-humanos/clasificacion-y-caracteristicas/clasificacion/derechos-de-primera-generacion-o-derechos-civiles-y-politicos> (13/05/2018).

DANNEMANN, Gerhard

2009 *The German Law of Unjustified Enrichment and Restitution. A Comparative Introduction*. Oxford: Oxford University Press.

DE NOVA, Giorgio

1994 *Recesso e risoluzione nei contratti*. Milano: Giuffr  editore.

DE NOVA, Giorgio

2012 *Le restituzioni contrattuali*. Italia: CEDAM

DIEZ-PICAZO, Luis

1979 *La Representación en el Derecho Privado*. Madrid: Civitas.

DIEZ-PICAZO, Luis

2014 *La seguridad jurídica y otros ensayos*. Madrid: Civitas.

DI MAJO, Adolfo

2003 *La tutela civile dei diritto*. Vol. 3. Cuarta Edizione. Milano: Giuffr  Editore.

ESPINOZA ESPINOZA, Juan

2010 *El Acto Jurídico Negocial, análisis doctrinario legislativo y jurisprudencial*. Segunda Edición. Lima: Gaceta Jurídica.

ESPINOZA ESPINOZA, Juan

2012 *El Acto Jurídico Negocial, análisis doctrinario legislativo y jurisprudencial*. Tercera edición. Lima: Rodhas.

ESPINOZA ESPINOZA, Juan

2010 "Tratamiento doctrinario y jurisprudencial". *Dialogo con la jurisprudencia* N  142, pp. 115-123.

ESPINOZA ESPINOZA, Juan

2014 *Derecho de las Personas. Concebido-Personas Naturales*. 7ma. Edición. Lima: Rodhas.

ESPINOZA ESPINOZA, Juan

2002 "El orden público y las buenas costumbres en la experiencia jurídica nacional". *Ius et veritas*, Lima, Año 12, N  24, pp. 302-313.

ESPINOZA ESPINOZA, Juan

1999 "Propuesta para un redimensionamiento del denominado derecho general de la personalidad". *Derecho PUC*, N  52, pp. 271-284.

- ESCOBAR ROZAS, Freddy
2008 "El derecho subjetivo. Consideraciones en torno a su esencia y estructura". *Ius et veritas* Lima, Año 9, N° 16, pp. 280-298.
- ESCOBAR ROZAS, Freddy
2003 Nulidad Absoluta. Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas. Vol. 1
Lima: Gaceta Juridica.
- ENNECCERUS, Ludwig
1950 *Derecho Civil. Parte General*. Traducción de Blas Pérez González .Volumen Segundo. Segunda edición. Barcelona: Bosch.
- ENNECCERUS, Ludwig.
1981 *Derecho Civil. Parte General. Primera Parte*. Tercera Edición. Barcelona: Bosch.
- ENNECCERUS, Ludwig.
1934 *Tratado de Derecho Civil. Parte General*. Vol. 2. Barcelona: Bosch.
- FLUME, Werner
1998 *El negocio jurídico: parte general del derecho civil*. Traducción J. M. Calle. Madrid: Fundación Cultural del Notariado.
- FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón.
1994 "La obligación de enajenar y el sistema de transferencia de la propiedad inmueble en el Perú". *Themis*, N° 30, pp. 149-173.
- FERNANDEZ Cruz; Gastón
2015 "Tutela y Remedios: La Indemnización entre la Tutela Resarcitoria y el Enriquecimiento sin causa". *Ius Et Veritas*, pp.385-404.
http://works.bepress.com/gaston_fernandez_cruz
(14/06/2018).
- FERNANDEZ CRUZ, Gastón.
2016 "La nulidad y la ineficacia sobre la venta de bienes conyugales". *Gaceta Civil y Procesal Civil*. Lima, número 31, pp. 117-127.
- FERRAND NORIEGA, Alberto Eduardo
2007 El orden público en el derecho privado. Tesis para optar por el grado de Magister. Lima: PUCP, maestría de derecho civil. Mayo 2018.
<http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/handle/20.500.12404/4680>.
- GAMBARO, Antonio
1995 *Trattato di Diritto Civile e Commerciale. IL diritto di proprietà*. Vol. 8

Tomo 2. Milano: Giuffré Editore.

GALGANO, Francesco

1992 *El Negocio Jurídico*. Traducción de Paula Blasco Gascó y Lorenzo Prats Albentosa. Valencia: Tirant lo Blanch.

GALGANO, Francesco

2011 *IL Contratto*. Segunda edizone. Milano: CEDAM.

GALLO, Paolo

2014 *Contratto e Buona Fede*. Segunda edizone. Assago: UTET.

GARCÍA CHÁVARRI, Abraham.

2012 *La protección constitucional del derecho de propiedad. Estudios sobre propiedad*. Editor Giovanni Priori Posada. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

GELDRES, Ricardo

2014 "Restitución y Nulidad". Mayo. https://works.bepress.com/ricardo_geldres/ (16/06/2018).

GIGLIO, Francesco

2007 *The Foundations of Restitution for Wrongs*. Portland Oregon: Hart Publishing. https://books.google.com.pe/books?id=IOLbBAAQBAJ&pg=PA3&lpg=PA3&dq=the+foundations+of+restitution+for+wrongs&source=bl&ots=bl-SjRnhOR&sig=O1VQk0H82800hwI_QEAOi1kwPk&hl=es&sa=X&ved=2ahUKEwjL5eLe2uPeAhVStlkKHcGRCsMQ6AEwB3oECAMQAQ#v=onepage&q=the%20foundations%20of%20restitution%20for%20wrongs&f=false.(20/11/2018).

GONZALES BARRÓN, Gunther

2015 *La falsificación: nuevo modo de adquirir la propiedad. Crítica a los tribunales que amparan al tercero que nace del fraude inmobiliario*. Lima: Gaceta Jurídica.

GONZALES BARRÓN, Gunther

2018 *Teoría General de la propiedad y del derecho real*. Lima: Gaceta Jurídica.

GUARNIZ IZQUIERDO, Antonio

1996 "La propiedad como derecho fundamental". *Derecho & Sociedad*, N°11, pp. 36-42.

HERNÁNDEZ GAZZO, Juan Luis

1997 "Seguridad y Costos de Transacción: Algunas distorsiones en el Código

Civil". *Derecho y Sociedad*, N° 12, pp. 17-28.

HERRERA VELARDE, EDUARDO

2004 "El testaferraje: notas distintivas" *Derecho & sociedad*, N° 23 Año 15, pp. 205-209.

JIMÉNEZ VARGAS MACHUCA, Roxana.

1999 "Seguridad Jurídica" *Revista del magíster en derecho civil*. Vol. 2-3, pp. 255-279.

KLEIN, Michael.

1997 *El desistimiento unilateral del contrato*. Madrid: Cuadernos Civitas.

LAMARCA MARQUÉS, Albert

2008 *Código Civil Aleman*.

LARENZ, Karl

1978 *Derecho Civil: Parte General*. Traducción por Miguel Izquierdo. Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas.

LARROUMET, Christian.

1993 *Teoría general del contrato*. Bogotá: Temis, p. 135.

LARROUMET, Christian

1993 *Teoría General Del Contrato*. Vol.2 Bogotá: Temis

LAWSON, F.H

1980 *Remedies of English Law*. Second Edition. London: Butterworths.

LAYCOCK, Douglas

2012 *Modern American Remedies. Cases and Materials*. Fourth Edition. New York: Wolters Kluwer.

LEHMANN, Heinrich.

1956 *Tratado de Derecho Civil: Parte General*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado.

LE TOURNEAU, Philippe

2011 "Mandat", *Répertoire civil Dalloz*, 4.a ed. París: Dalloz éditoriaux, 2011, pp. 2-73.

LEÓN HILARIO, Leysser

2007 *La Responsabilidad Civil: líneas fundamentales y nuevas perspectivas*. Lima: Jurista Editores.

LOHMANN LUCA DE TENA, Juan Guillermo.

1994 *El negocio jurídico*. Lima: Grijley.

- LUCENA MAYORGA, Claudia y Claudia, TENGAN SHIMABUKURO.
2014 "Propiedad registrada, ¿propiedad segura?. Revista de Derecho Administrativo; N°. 14, 105-115.
- MARKESINIS, Basil y otros.
2006 *The German Law of Contract. A Comparative Treatise*. Portland, Oregon: Hart Publishing.
- MC BRIDE, Nicholas.
2013 "Restitution for Wrongs". Paper N° 23. Cambridge: University of Cambridge Faculty of Law. <https://ssrn.com/abstract=2565103>. (21/11/2018).
- MC LEAN, H.M
1989 "Limitation of action in restitution". Great Britain: Cambridge Law Journal. Vol. 48, N°3. Noviembre. <https://www.jstor.org/stable/4507323> (29/09/2018).
- MEDICUS, Dieter
1995 *Tratado de las relaciones Obligatorias*. Vol. 1. Barcelona: Bosch.
- MENDOZA DEL MAESTRO, Gilberto
2016 "La fe pública registral como supuesto de hecho complejo: Adquisición a non domino y oponibilidad de la inscripción" Anuario de investigación del CICAJ. (2013-2014). p. 15-42.
- MEJORADA CHAUCA, Martin
2012 *Fundamentos de la tutela de los terceros adquirentes de buena fe. Estudios sobre propiedad*. Editor Giovanni Priori Posada. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- MESSINEO, Francesco
1954 *Manual de Derecho Civil y Comercial*. Buenos Aires: Juridicas Europa-América.
- MIRABELLI, Giuseppe
1980 *Delle obbligazioni Dei Contratti in Generale*. Vol. Secondo. Libro IV. Terza Edizione. Torino: UTET.
- MOLINER TAMBORERO, Gonzalo.
2013 "La Garantía de seguridad jurídica en las sentencias de casación". Actualidad Jurídica, Uría Menéndez, N°35, pp. 7-24.
- MORALES HERVIAS, Rómulo
2011 *Patologías y Remedios del contrato*. Lima: Juristas.
- MORALES HERVIAS, Rómulo
2012 "La propiedad en las situaciones jurídicas subjetivas". En *Estudios sobre la propiedad*. Lima. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. pp. 91 – 110.

- NAVARRETTA, Emanuela
2011 *Commentario del Codice Civile. Dei contratti in Generale. Libro Cuarto. Delle obbligazioni.* Milano: UTET Giuridica.
- NATOLI, Ugo
1977 *La Rappresentanza.* Milano: Giuffrè Editore.
- OSTERLING PARODI, Felipe
2013 *El mutuo disenso en el código civil.* Revista ius et veritas, N° 46, Julio 2013, pp. 106-113.
- PAZARES, Cándido
1985 "Seguridad jurídica y seguridad del tráfico". Revista de Derecho Mercantil. Madrid, N°175-176, pp. 7-40.
- PÉREZ ÁLVAREZ, María del pilar.
2014 "La función social de la propiedad privada. Su protección jurídica". Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid, N°30, pp.17-47.
- PIOTET, Paul.
1963 *Culpa in contrabando.* Berne: Editions Staempfli&CIE.
- PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ. INSTITUTO RIVA-AGÜERO
1997 *Derecho Registral Peruano.* N°162. Lima: Instituto Riva-Agüero.
- PODER JUDICIAL ESPAÑOL
<http://www.poderjudicial.es/search/indexAN.jsp>. (13/05/2018).
- PODER JUDICIAL DEL PERÚ.
<https://apps.pj.gob.pe/cejSupremo/> (11/12/17).
- RAVERA, Enrico
2004 *Il Recesso* Milano: Giuffrè Editore.
- RODRUGUEZ OLMOS, Javier
2007 "Restituciones consecuenciales a la eliminación del contrato: reflexiones a partir de algunas tendencias recientes en el derecho comparado". En: Estudios de derecho civil: en memoria de Fernando Hinestrosa. Contratos II, Universidad externado de Colombia, pp. 458-498.
- ROPPO, Vincenzo
2009 *El Contrato.* Traducción de Eugenia Ariano. Deho. Lima: Gaceta Jurídica
- ROMANO, Francesco
2015 *La Ratifica nel diritto privato.* Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane.
- ROWAN, Solene
2012 *Remedies for breach of contract. A Comparative Analysis of the Protection of Performance.*

New York: Oxford University Press.

RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco

2006 *Responsabilidad del "falsus procurator" por la no ratificación del contrato celebrado sin poder*. Anuario de Derecho Civil. N° 59, pp. 989-1064.

SALMONS, David

2015 "The availability of proprietary restitution in cases of mistaken payments".
Cambridge: The Cambridge Law Journal. Vol. 74.
<https://doi.org/10.1017/S0008197315000616>
(26/10/18).

SAAVEDRA, Renzo

2014 "¿Dónde existe un remedio, existe un derecho? Apuntes sobre el aforismo
"ubi remedium, ibi ius". Forseti. Lima, pp. 111-131.

SANTORO PASSARELLI, Francesco

1964 *Doctrinas Generales del Derecho Civil*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado.

SACCO, Rodolfo

1999 *IL Contratto*. Vol. 2. Torino: UTET.

SAGÜÉS, Néstor.

1997 "Jurisdicción constitucional y seguridad jurídica" Revista Pensamiento
Constitucional. Vol. 4, N° 4, pp. 217-232.

SCOGNAMIGLIO, Renato

2010 *Responsabilità civile e danno*. Torino: Giappichelli Editore.

SCOGNAMIGLIO, Renato.

1996 *Teoría general del contrato*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia

SAPONE, Natalino

2011 *Il Falso Rappresentante. Principi acquisiti e questioni aperte*. Milano: Giuffré Editore.

STARCK, Boris

1986 *Droit Civil Obligations: Contract et quasi-contrat Regime general*. Vol. 2. 2nda edición.
Paris: Librairies Techniques.

SCOGNAMIGLIO, Renato.

1996. *Teoría General del Contrato*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

STOLFI, Giuseppe

1959 *Teoría del Negocio Jurídico*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado.

STOLL, Hans

1978 *International Encyclopedia of Comparative Law XI: Torts, Ch. 8: Consequences
of Liability: Remedies*. Chief Editor Andre Tunc. New York: Oceana Publications Inc.

- STELLA RICHER, Giorgio
1996 *La responsabilita precontrattuale*. Torino: UTET.
- MORALES GODÓ, Juan
2000 *Temas de Derecho Registral*. Tomo 3. Lima: Palestra: SUNARP.
- TABOADA CÓRDOVA, Lizardo.
2002 *La doctrina de la ineficacia del negocio jurídico*. Lima: Grijley.
- TÉLLEZ MIGUÉLEZ, Francisco.
1996 "Seguridad jurídica y Registro de la propiedad". Boletín de la Academia de Jurisprudencia y Legislación de las Illes Balears, N° 3, pp. 17-37.
- TORRES VÁSQUEZ, Anibal.
2018. *Acto jurídico*. 6ta edición, Vol. 2. Lima: Jurista Editores.
- TORRES VÁSQUEZ, Anibal.
2015. *Acto jurídico*. 5ta edición, Vol. 1. Lima: Instituto Pacífico.
- TORRES VÁSQUEZ, Anibal.
2012 *Teoría general del contrato*. Lima: Instituto Pacífico.
- TORRES VÁSQUEZ, Anibal
2007 *Acto jurídico*. 3ra edición, Vol. 1. Lima: Idemsa.
- TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge
2012 "Validez y eficacia del contrato de trabajo". Derecho PUCP, Lima, N° 68, p. 449-469.
- TRAYNOR, Michael
2011 "The Restatement (Third) of Restitution & Unjust Enrichment: Some Introductory Suggestions". Wash. & Lee L. Review 899.
<https://scholarlycommons.law.wlu.edu/wlulr/Vol68/iss3/5>
(26/10/18).
- THIBIERGE, Catherine
2010 *Nulidad, restituciones y responsabilidad*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- TRUJILLO BLAS, Edmundo
2012 *Necropsia del sistema de transferencia inmobiliario peruano: un análisis crítico de la disfuncionalidad del consensualismo y de su permanente vulneración a la seguridad jurídica. Fundamentos para la instauración del sistema de Título y Modo*. Lima: FFCAAT.
- VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique y Marco TORRES MALDONADO.
2016 "El lado oscuro del artículo 315 del Código Civil. La disposición de bienes sociales por un solo cónyuge". Gaceta Civil y Procesal Civil. Lima, número 31, pp. 99-116.
- VON TUHR, Andrea

2007 *Tratado de las Obligaciones*. Traducción. W. Roces. Granada: Comares.

VIDAL RAMIREZ, Fernando

2013 *El Acto Jurídico*. 9na. edición. Lima: Gaceta Jurídica.

VISINTINI, Giovanna

2009 *Trattato della Responsabilità Contrattuale*. Padova: CEDAM.

VIVAR MORALES, Maria Elena Maria

1997 *Derecho Registral Peruano*. Ciclo de Conferencias organizado por la Sección de Derecho de Instituto Riva-Agüero. Instituto Riva-Agüero, PUCP. Lima: Cultural Cuzco.

WESTERMANN, Harry

1998 *Derechos Reales*. Vol. I. 7ma. edición. Madrid: Fundación cultural del notariado.

ZIMMERMANN, Reinhard

1996 *The Law of obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*. Oxford: University Press.

ZIMMERMANN, Reinhard

2010 *Derecho romano, Derecho contemporáneo, Derecho europeo. La tradición del derecho civil en la actualidad*. Traducción por J. M. Olmos. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Sentencias italianas:

cass. n.50 del 18 .01.49.

cass. n 97 del 16.01.56.

cass. n. 4258 del 14.5.97.

cass. n 11396 del 11.10.99.

cass. n. 6423 del 6.12.84.

Sentencias españolas:

Sentencia n° 269/1998 (6/04/1998).

Sentencia n° 48/2013 (11/02/2013).

Sentencia n° 55/2014 (2/07/2014).

Sentencia n° 159/2014 (08/05/2014).

Sentencia n° 44/2016 (4/03/2016).

Sentencias peruanas:

Casación N° 3156-2002-Lima

Casación N° 526-2007-Lima.

Casación N° 5361-2008-Junín.

Casación N° 598-2011-Lima.

Casación N° 3356-2011-Lima.

Casación N° 1135-2013- Lima.

Casación N° 2048-2013-Lima.

Casación N° 3127-2014-Lima.

Casación N° 886-2015- Lima

Casación N°1344-2015-Apurimac.

Casación N°1554-2015-Lima.

Casación N° 3827-2016- Del Santa.

Casación N° 3730-2016- La Libertad.

Casación N° 3671-2016- Puno.

