



UNIVERSIDAD NACIONAL PEDRO RUIZ GALLO

ESCUELA DE POSTGRADO

DOCTORADO EN DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA

TESIS

**“LA RESPONSABILIDAD JURÍDICA DERIVADA DE LA
REPRESENTACIÓN PROCESAL DE INCAPACES”**

**PRESENTADA PARA OPTAR EL GRADO ACADÉMICO
DE DOCTOR EN DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA**

AUTOR:

Mg. WALTER JAIME RAMOS MANAY

ASESOR:

Dr. JOSÉ MARÍA BALCAZAR ZELADA

LAMBAYEQUE – PERÚ

2017

“LA RESPONSABILIDAD JURÍDICA DERIVADA DE LA REPRESENTACIÓN PROCESAL DE INCAPACES”

Mg. WALTER JAIME RAMOS MANAY

AUTOR

DR. JOSÉ MARÍA BALCAZAR ZELADA

ASESOR

PRESENTADA A LA ESCUELA DE POSTGRADO DE LA UNIVERSIDAD
NACIONAL PEDRO RUIZ GALLO PARA OPTAR EL GRADO ACADÉMICO
DE DOCTOR EN DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA

APROBADO POR:

Dr. VÍCTOR RUPERTO ANACLETO GUERRERO

PRESIDENTE

Dr. FREDDY WIDMAR HERNÁNDEZ RENGIFO

SECRETARIO

Dr. ALEJANDRO LAMADRID UBILLUS

VOCAL

LAMBAYEQUE - PERÚ

DEDICATORIA

Para mi esposa que descansa en el cielo, y mis hijos por su apoyo incondicional en cada paso de mi vida, estuvieron siempre conmigo en las buenas y malas.

“El futuro pertenece a aquellos que creen en la belleza de sus sueños”

AGRADECIMIENTO

A mi familia, a mis amigos colegas abogados porque siempre me alentaron a seguir con este proyecto para no desperdiciar ni un minuto más de tiempo. Gracias por sentir la misma alegría que siento yo.

INDICE

RESUMEN	7
ABSTRACT	8
INTRODUCCIÓN	9
DELIMITACIÓN DEL TEMA	11
PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA	12
- DESCRIPCIÓN DEL PROBLEMA	12
- FORMULACIÓN DEL PROBLEMA	15
- OBJETIVOS	17
- JUSTIFICACIÓN	18
- HIPÓTESIS	18
CAPITULO I: ANTECEDENTES DE LA REPRESENTACIÓN	20
- CONCEPTOS	21
- BREVE RESEÑA HISTÓRICA	24
- LA REPRESENTACIÓN EN EL DERECHO PERUANO	29
- NATURALEZA DE LA REPRESENTACIÓN	31
CAPITULO II: REPRESENTACIÓN SUSTANTIVA EN EL CÓDIGO CIVIL	33
- CONCEPTO	34
- CARACTERÍSTICAS	40
- REPRESENTACIÓN LEGAL DE LAS PERSONAS NATURALES	77
- PATRIA POTESTAD	83
- TUTELA	88
- CURATELA	109
CAPITULO III: REPRESENTACIÓN PROCESAL EN EL C.P.C	112
- LA REPRESENTACIÓN LEGAL EN EL C.P.C	113
- LA REPRESENTACIÓN CONVENCIONAL EN EL C.P.C	125

- LA REPRESENTACIÓN ATÍPICA	130
CAPITULO IV: REPRESENTACIÓN EN EL DERECHO COMPARADO	138
- REPRESENTACIÓN LEGAL EN EL MUNDO	139
- REPRESENTACIÓN PROCESAL EN EL MUNDO	142
CONCLUSIONES	143
RECOMENDACIONES	144
PROYECTO DE LEY	145
BIBLIOGRAFÍA	146
LINCOGRAFÍA	148
ANEXOS	149-151

RESUMEN

El gran interés del Estado por proteger a la familia se evidencia en el amparo y garantía de la patria potestad que los padres van a ejercer para proteger la persona y bienes de sus hijos, actuando en su representación durante su minoría de edad, y aun cuando mayores, si adolecieran de alguna incapacidad; pero, en ciertas ocasiones esta patria potestad podría verse limitada o extinguida, ante lo cual será necesaria la suplencia de las funciones que debían desempeñar los padres, ya sea mediante el nombramiento de un tutor, un curador o con la conformación de un consejo de familia. Por las propias funciones del tutor y del curador, en tanto representantes de los incapaces y administradores de los bienes que estuvieran a su cargo, a nadie le queda duda de que las instituciones de la tutela y de la curatela suplen de manera directa las funciones de la familia, en base a ello es que se les otorga la denominación de institución supletoria de amparo familiar. Sin embargo, para el caso del consejo de familia, sus funciones no son meramente supletorias, puesto que consisten recaen en controlar y vigilar las actividades realizadas por el tutor o el curador, según sea el caso. En ese sentido no sería correcto decir que el consejo de familia es una institución supletoria de amparo familiar, sino más bien un instituto de control y de vigilancia de las que si son instituciones supletorias de amparo familiar, esto es, la tutela y curatela.

ABSTRACT

The great interest of the State to protect the family is evident in the amparo and warranty of the parental rights that the parents are going to exercise to protect the person and goods of their children, acting on its behalf during his minority of age, and even when they grow up, if you suffered from any inability; but, in certain occasions this parental rights may be limited or extinct, before all of which will require replacement of the role to be played by the parents, either through the appointment of a guardian, a guardian or with the formation of a council of family. By the own functions of the guardian and the curator, as representatives of the incapable and administrators of the goods that were in charge, no one has any doubt that the institutions of the guardianship and trusteeship nates directly the functions of the family, on the basis of it is that they are given the designation of residual institution of family protection. However, in the case of the family council, their functions are not merely extra beds, since they consist fall in control and monitor the activities undertaken by the tutor or curator, as the case may be. In that sense it would be correct to say that the family council is an institution of extra family protection, but rather an institute for the control and surveillance of the institutions that if they are extra beds of family protection, that is, the guardianship and administration.

INTRODUCCION

El acto jurídico puede ser celebrado por el propio sujeto interesado o por medio de otra persona, dándose lugar a la figura jurídica de la representación.

El Código Civil ha llevado el tratamiento legislativo de la representación al Libro 11, que es el dedicado al acto jurídico, considerándola como una figura típica y autónoma en el intento, en nuestra opinión frustrado, de plasmar una Teoría de la Representación, pues no ha conseguido desligarla del contrato de mandato, en lo que a la representación voluntaria se refiere, y sin poder evitar las reiteraciones, en lo que a la representación legal respecta.

Bajo esta premisa vamos a desarrollar el estudio de la representación atendiendo al tratamiento legislativo que le dispensa el Código Civil e intentando hacerla en manera integral y en relación a los principios que la sustentan y la doctrina que la informa.

Puede pensarse que abordar el estudio de la representación no presenta dificultades porque es una institución jurídica sin complejidades. Sin embargo, tenemos que advertir, como lo hace Díez-Picazo, que "el fenómeno jurídico que se conoce dentro de la sistemática del Derecho Privado moderno con el nombre de representación y cuyo estudio suele ocupar una gran extensión en la Parte General de los Tratados y de los Manuales de Derecho Civil, es una figura muy difícil de sujetar a un esquema conceptual

que cumpla al mismo tiempo los requisitos de ser satisfactorio y de estar exento de críticas".

Consideramos, por lo que queda expuesto, que es conveniente iniciar su estudio estableciendo como base la utilidad práctica de la representación.

La utilidad práctica de la representación radica en que facilita enormemente la concertación de actos jurídicos, pues permite celebrarlos entre personas ausentes o que por cualquier otra situación de hecho o de derecho les esté impedido celebrarlos por sí y directamente. Además, mediante ella puede suplirse la falta de capacidad de ejercicio en las personas naturales. Así, pues, la gran utilidad práctica de la representación sirve para que se constituya en el único medio como en algunas circunstancias, y aun en situaciones de derecho, las personas puedan celebrar actos jurídicos.

Como expresa García Amigo, la función económico-social que cumple la representación es de una importancia vital en el tráfico jurídico moderno. Y fue por esta misma función y por su utilidad práctica que la representación terminó por imponerse.

“LA RESPONSABILIDAD JURÍDICA DERIVADA DE LA REPRESENTACIÓN PROCESAL DE LOS INCAPACES”

1. DELIMITACIÓN DEL TEMA

El tema a investigar se centra en la no existencia de una norma procesal específica que regule la representación procesal, en lo referente a la falta de cumplimiento de sus deberes y derechos que se les asigna a los representantes de incapaces, es decir ya sean como tutores o como curadores, de allí que la propuesta final se centre en la creación de una norma procesal específica que regule coherentemente el grado de responsabilidad que tienen los representantes procesales cuando incumplen sus funciones o por su actuar ya sea de manera negligente o de manera dolosa.

La representación procesal es una institución jurídica regulada por el código civil en su artículo 145° cuando señala que el acto jurídico puede ser realizado mediante representante, salvo disposición contraria así como también el Código Procesal Civil en el artículo 63°, el mismo que regula la Necesidad de la Representación Procesal; por el cual, las personas naturales que no tienen el libre ejercicio de sus derechos, comparecen al proceso representados según disponen las leyes pertinentes, al señalar la necesidad de la representación procesal, siendo que la misma lo realizan los tutores, curadores, etc. Para el caso, el tema se los representantes de incapaces (como tutores o curadores), en caso de que estos actúen con dolo o negligencia.

2. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

1. DESCRIPCIÓN DEL PROBLEMA:

En el Perú, el Código Procesal Civil, que fue publicado el 23 de abril de 1993, regula el Instituto Jurídico de Representación Procesal, el mismo que contempla dos figuras jurídicas de relevante importancia para el Derecho de Familia, como la Tutela y la Curatela; en tanto que el Código Civil, en vigencia desde el 14 de Noviembre de 1984, se viene regulando la figura jurídica de la representación en el Título III (de la representación) del Libro II (Acto Jurídico). Así pues, la Representación Procesal de incapaces es la figura jurídica a través del cual una persona que se encuentra en estado de incapacidad puede hacer valer su derecho por medio de su representante; siendo que este último garantiza el cumplimiento de sus derechos y deberes como representado incapaz, pero en el ordenamiento procesal civil las funciones de este representante no están regladas adecuadamente así como las limitaciones procesales que debe tener.

Cuando una persona es incapaz, es decir, cuando no tiene capacidad legal para la realización del ejercicio de sus derechos o para adquirirlos por sí mismos, ya sea por padecer incapacidad absoluta (los menores de dieciséis años, salvo para aquellos actos determinados por la ley, los que por cualquier causa se encuentre privados de discernimiento; los sordomudos, los ciegos sordos, y los ciegos mudos que no pueden expresar su voluntad de manera indubitable) o por incapacidad relativa (los mayores de dieciséis y menores de dieciocho años de edad; los retardados mentales; los que adolecen de deterioro mental que

les impide expresar su libre voluntad; los pródigos, los que incurren en mala gestión; los ebrios habituales; los toxicómanos; los que sufren pena que llevan anexa la intervención civil), asiste al Estado la obligación de brindar protección a estos incapaces a través de la figura jurídica de la representación, la misma que es ejercida a través de la tutela, que deviene en una institución supletoria a la patria potestad, mediante la cual se provee a la representación, a la protección, a la asistencia complementaria de los que no son suficientemente capaces para realizar actos personales o exigir sus derechos por si mismos o para regir su actividad jurídica; es decir, la tutela es la institución necesaria y paralela de la incapacidad de ejercicio y en este sentido permite al representante cumplir la misión de representar al incapaz en su nombre; y, la otra forma de representación, mediante el cual el Estado hace efectivo el respeto de los derechos de incapaz es la figura jurídica de la curatela, la cual se instituye para: los incapaces mayores de edad, para la administración de bienes y asuntos determinados.

Ahora bien, en cuanto a la responsabilidad de la representación procesal de personas que se encuentran en estado de incapacidad (absoluta o relativa), el Código Procesal Civil no contempla de manera expresa por los actos que realizan estos representantes cuando generan daño a su representado, siendo que esto hechos pueden constituirse de una y otra forma, cuando el representante dentro del campo procesal deba contestar una demanda y no la realice, apelar una resolución o una sentencia judicial y no la hace, presentar escritos en el cual afecte su susceptibilidad del juez; en el hecho, por ejemplo, de celebrar una conciliación que afecte los derechos de sus representados, defendiendo una situación o estado de hecho que perjudique al poderdante, entre otros aspectos; de allí que estos actos que realiza o no realiza el representante, lo puede hacer de dos formas: la primera, negligentemente, es decir que el representante por su actuación omisiva causa daño a su

representado, pero no tiene la intención de causarlo; y la segunda, es la actuación dolosa o intencional; es decir que el representado del incapaz, actúa premeditadamente con la intención de causar daño a su representado.

En ese mismo sentido se tiene que la representación en general se ha establecido para satisfacer necesidades humanas, para suplir la falta de capacidad de ejercicio de los derechos civiles de las personas, caso contrario por ejemplo los incapaces tendrán la posibilidad de que sus derechos sean definidos cuando estos fueran violados o desconocidos por terceras personas. La ley así como el derecho procesal y el derecho sustantivo han creado esta institución, señalando responsabilidades a los representantes para que velen, protejan y tutelen los derechos de sus representados, normado que un representante para disponer de los bienes y de patrimonio en general de sus representados deban solicitar autorización judicial, pero muchas veces se exceden de sus atribuciones y funciones, no sólo disponiendo de los bienes unilateralmente sino que es mas en el desarrollo de un proceso cuando les toque defender los intereses de los incapaces y no cumplan con los deberes que como parte legitimada en representación de los incapaces.

En consecuencia, que en el derecho procesal no hay una norma procesal que regule la responsabilidad de los representantes de los incapaces; existiendo un vacío legal por cuanto no se ha establecido una responsabilidad de los representantes en el proceso, señalando que estos son pasibles de todo tipo de responsabilidad sea este de naturaleza civil o penal o fiscal o disciplinaria; por ello de comprobarse que un representante ya sea tutor en caso de los menores de edad ante ausencia de los padres; o, curador en caso de los incapaces mayores, de haber actuado con negligencia o dolo, deben ser sancionados ejemplarmente con una indemnización civil equivalente al daño o perjuicio sufrido en el proceso su representado. De tal forma que, no existe en el ordenamiento jurídico procesal una norma específica que regule los actos

dolosos o negligentes en el actuar de los representantes de los incapaces; con lo cual la norma no regula el actuar que perjudica o causa daño a la persona del representado por parte de su representante legal procesal, a quien se le tiene confiado la disposición de sus actos representativos; por lo que se torna imperiosa la necesidad de regular esta situación jurídica en la vía procesal, limitándose las funciones de los representantes procesales y determinando d LEGE FERENDA el grado de responsabilidad con su actuar, ya sea negligente o dolosamente.

2. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA:

¿La actual regulación normativa de la representación procesal de incapaces, protege adecuadamente los derechos de los representados frente a los actos de sus representantes?

3. SISTEMATIZACIÓN DE LA PROBLEMÁTICA:

a) Representación Procesal de los Incapaces:

¿En qué consiste la Institución jurídica de la representación procesal como garantía de los derechos del incapaz?

¿El Código Procesal Civil regula adecuadamente el instituto jurídico de la representación procesal de los incapaces?

¿Cuándo una persona es incapaz de ejercer sus derechos por sí mismos y en quienes están comprendidos como incapaces relativos y absolutos?

¿Cuándo termina el estado jurídico de una persona incapaz ya sea esta absoluta o relativa?

¿Cuáles son las figuras jurídicas que comprende la representación procesal de los incapaces?

¿Cuál es la naturaleza jurídica de las Instituciones Jurídicas de la Tutoría y la Curaduría como representantes procesales de una persona incapaz?

¿Cuáles son las funciones que ejercen los tutores o curadores en defensa de los derechos de su representado?

¿Cuáles son las diferencias entre ser un tutor o curador de un incapaz?

¿La protección en el campo civil de los incapaces es complementaria con la ejercida en el campo procesal civil?

b) Responsabilidad de la representación procesal de los incapaces

¿Los representantes procesales cumplen actualmente con sus deberes asignados por la ley civil?

¿Los representantes procesales de los incapaces están en la facultad de exceder sus funciones, fuera del límite propuesta por la ley?

¿Qué límites propone el Código Procesal Civil a los representantes de incapaces en un proceso judicial civil?

¿Con el actuar doloso o negligente de los representantes legales de los incapaces se vulnera los derechos de sus representados?

¿En qué tipo de responsabilidad incurren los representantes legales de los incapaces cuando actúan de manera dolosa o negligente?

¿El actuar dolosamente por parte de los representantes procesales de los incapaces sería merecedor de una sanción penal?

¿Generará al pago de una reparación civil el actuar dolosamente o negligentemente de un representante procesal de un incapaz?

c) Norma procesal que regule la responsabilidad de los representantes de incapaces

¿En el ordenamiento procesal civil, existen normas adecuadas que regulen el tratamiento de la representación procesal de las normas incapaces?

¿Sería necesario incorporar en el campo legislativo civil una norma que regule la responsabilidad procesal de los representantes procesales de los incapaces?

¿Con la regulación de la responsabilidad procesal de los representantes procesales se proporciona garantía plena en el cumplimiento de los ejercicios de los incapaces?

4. OBJETIVOS:

4.1. **Objetivo General:** Establecer los lineamientos jurídico-normativos de la representación procesal de incapaces a efectos de una adecuada protección de los derechos de los representados.

4.2. Objetivos Específicos:

- a) Precisar los alcances del instituto jurídico de la representación procesal para el caso de los incapaces.
- b) Determinar el grado de responsabilidad de los representantes procesales de los incapaces a fin de establecer la indemnización que corresponda.
- c) Estructurar los fundamentos jurídico-normativos para la incorporación expresa, en el ordenamiento procesal civil, de la figura jurídica de la representación procesal de incapaces.
- d) Sustentar la modificación del texto del Código Civil, en lo que respecta a la representación legal para el caso de incapaces (art. 45 cc).
- e) Establecer en el Código Civil un monto indemnizatorio para los representantes procesales que con su accionar doloso, culposo o por

error inexcusable actúan unilateral o solidariamente en el ejercicio de sus funciones y facultades.

5. JUSTIFICACIÓN

El presente trabajo de investigación se justifica porque permitirá sustentar los lineamientos jurídico-normativos de la representación procesal de incapaces a efectos de una adecuada protección de los derechos de los representados.

Así también permitirá ahondar conocimiento acerca de la naturaleza jurídica de la figura jurídica de la representación procesal tanto a nivel doctrinal y jurisprudencial; así como también el estudio del instituto jurídico del incapaz.

Así pues, con una adecuada regulación de la responsabilidad procesal de los representantes se proporcionará garantía plena en el cumplimiento del ejercicio de los derechos de los incapaces por parte de sus representantes; con una regulación procesal en la que limiten las funciones y atribuciones que por encargo legal se les brinda a los representantes procesales para hacer valer los derechos procesales de sus representados, se cumplirá con los derechos Constitucionales del representado, así como el debido respeto por el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva.

6. HIPÓTESIS

Este proyecto busca determinar la importancia y necesidad de la “representación procesal” para el ejercicio de los derechos civiles en los siguientes casos:

1. En las personas naturales como los incapaces ya sean con los menores de edad que dejaron de tener a sus padres por fallecimiento, como por ser privados de la Patria Potestad o por el Estado de Abandono al que fueron

expuestos y por tanto es necesario que se les asigne un tutor legal para la defensa de sus derechos.

2. Establecer que el ordenamiento jurídico señale que ante el actuar malicioso o culposo de los representantes sean posibles de una indemnización en favor del representado y del Estado, especialmente si ha actuado con dolo.
3. De la misma manera los incapaces, tanto absolutos como relativos; pero sobre todo los primeros, que se ven privados de ejercer sus derechos directamente, por lo que el estado debe asignarles un representante legal que vele por sus intereses, más aun cuando son dueños de un patrimonio, que requieren de un administrador de los bienes, es allí cuando es imprescindible que se defiendan sus intereses.
4. Igualmente las personas jurídicas como entes abstractos, merecen ser representados por las personas que sus estatutos los señalan para la administración correcta de los derechos tanto civiles como penales.
5. Por último el estado también tiene que estar representado por los letrados o procuradores para la defensa de sus intereses tanto como demandantes y demandados.

Pero ello se debe determinar el accionar de estos representantes legales, para ver y determinar el papel que desempeñan en el cumplimiento de sus obligaciones, previendo que su accionar ha sido en el campo del derecho, actuando sin negligencia o sin dolo alguno; haciéndose merecedor de una indemnización civil por daños y perjuicios en este último caso.

MARCO TEÓRICO

CAPITULO I

ANTECEDENTES DE LA REPRESENTACIÓN

1. CONCEPTOS GENERALES

La representación significa un obrar en nombre ajeno, y la consecuencia de que los efectos jurídicos de los actos que realiza una persona (representante), recaen sobre otro (representado), fenómeno que no se conoció en el derecho antiguo.

COUTURE en su **VOCABULARIO JURÍDICO**, lo define como:

“Relación jurídica de origen legal, judicial o voluntaria por virtud de la cual una persona, llamada representante, actuando dentro de los límites de su poder, realiza actos en nombre de otra, llamado representado, haciendo recaer sobre esta los efectos jurídicos emergentes de su gestión”

ROSENBERG:

“Es representante, en el proceso, quien en lugar o nombre de una de las partes legales ejecuta actos de la gestión procesal. Los efectos de la actuación por representación deben producirse inmediatamente para contra el representado, y permanecer el representante mismo completamente apartado de las consecuencias de su obrar”

MICHEL:

“El proceso despliega sus efectos exclusivamente frente al titular de la relación sustancial a que el juicio se refiere, esto es, del representado, mientras de quién actúa en el proceso es el representante, el cual es extraño a las consecuencias, favorables o no, del proceso sobre el derecho sustancial.”

ALSINA, indica que:

“Todo litigante tiene el derecho de comparecer personalmente ante cualquier juez para la defensa de sus derechos, pero en algunos casos es la parte misma quien delega esa intervención en un tercero que actúa en nombre suyo, mientras que en otros, por tratarse de incapaces de hecho, la ley impone la intervención de la persona que integra su capacidad, en el primer supuesto existe representación convencional, y en el segundo caso representación legal”

Es la facultad que otorga una persona a otra que la ley lo impone para la realización de un acto jurídico en un determinado proceso.

La representación procesal implica la posibilidad de que una persona realice actos jurídicos en nombre de otra, ocupando su lugar o actuando por ella.

Como bien sabemos toda persona por regla general en el ejercicio de sus derechos y en uso de sus facultades puede celebrar cualquier acto jurídico sin infringir la ley; así también como son realizados personalmente pueden ser realizados por medio de otra persona que actúa en su nombre llamada REPRESENTANTE y que efectúa actos procesales en nombre de otra, denominada representado.

Los efectos de esos actos procesales recaen en la esfera jurídica del representado.

En el proceso civil es opcional que la parte que comparezca en juicio deba estar representada por un apoderado.

En la representación procesal una persona llamada representante efectúa actos procesales en nombre de otra, denominada representado. Los efectos de estos actos procesales recaen en la esfera jurídica del representado.

Hay tres clases de representación procesal:

a) Legal; Se encuentra determinada en el ordenamiento jurídico, como es el caso de la representación de los menores de edad, de una persona jurídica, del Estado en juicio, etc.

b) Judicial; Estrictamente se refiere al curador procesal (Art. 61 del CPC); corresponde a lo que antes se denominaba defensores de ausencia y herencia.

c) Voluntaria; Este tipo de representación tiene como núcleo el poder, el mismo que por naturaleza jurídica es unilateral. Se puede conferir a uno o varios apoderados.

La representación procesal supone el contrato de mandato o el poder, en cuya virtud se acredita la representación que se ejerce.

El poder es una declaración unilateral de voluntad o mandato jurídico, otorgado a una persona para que pueda actuar en su nombre y representación, dentro de los límites establecidos en él.

El representante judicial obra siempre en nombre ajeno (la parte es quien actúa en nombre propio). Ya que sobre el representado es a quien le recae cada acto que realice su representante en su nombre.

2. BREVE RESEÑA HISTÓRICA DE LA REPRESENTACIÓN

En sus orígenes de la representación en el mandato los estudiosos del derecho romano, señalan, que en el derecho Romano se conoció la figura del muntius, que venía a ser un mensajero o portavoz, que no expresaba su propia voluntad, sino de la persona que lo enviaba.

Por ellos, se considera en la doctrina, que fueron los canonistas medievales a quienes se les debe el concepto moderno de la representación, caracterizado:

- a) Por la voluntad del representante y no por el del representado en la celebración del acto jurídico.
- b) Por la desviación de los efectos del acto hacia la esfera jurídica del representado, como señala Sánchez, en su obra Mandato y representación, influyó en ellos el derecho Canónico al permitir que se pudiera celebrar matrimonio por medio de representante.

En realidad son los juristas de los siglos XVII y XVIII, los que la teoría de la representación a expensas de las reglas particulares del contrato de mandato y representación, aún al ser instituciones jurídicas distintas, pero conexas entre sí, se le dio el mandato, una finalidad esencialmente representativa.

Fue en el código Francés de 1804 Código de Napoleón donde se reguló la representación junto al mandato, y fue seguido por los códigos en el que tuvieron su influencia. Es a mediados del siglo XIX y por obra de los pandectistas en Alemania se inicia la revisión del mandato de la representación.

Es Ihering uno de los juristas que reaccionó contra la concepción de los redactores del Código de Napoleón, afirmando que la representación no es la esencia del mandato, ni tiene necesariamente un origen contractual.

En el primer caso, el mandante puede obrar en su propio nombre, es decir en el mandato sin representación, donde no representa al mandante ni se obliga respecto a terceros, ya que todos los derechos y obligaciones producidas por el acto recaen directamente sobre el mandatario.

En el segundo caso, porque además de la representación emanada de un contrato con el mandato o la sociedad, también existe la representación legal impuesta independientemente y aún en contra de la voluntad del representado, como la que en la concepción de Ihering y otros.

La representación, tal como se le entiende en el Derecho Moderno, no ha sido una elaboración del Derecho Romano que sólo la admitió excepcionalmente. Como ha escrito Hupka, citado por Sánchez Urite: "Si el Derecho Romano hubiera prestado reconocimiento a la representación en general, la mano maestra de los jurisconsultos romanos nos hubiera transmitido con toda seguridad una teoría de la representación tan cuidadosa como finamente elaborada". Sin embargo, los orígenes de la representación están en el Derecho Romano.

Como veremos más adelante, existe una representación nacida del imperio de la ley, y por eso llamada legal o necesaria (Infra Nº 85) y, otra, nacida de un acto jurídico, y por eso llamada voluntaria (Infra Nº 94). La legal o necesaria fue la que apareció primero en el Derecho Romano.

Como se sabe, en el Derecho romano las personas, en el ámbito familiar, eran *siu juris* o *alieni juris*. Las primeras, las *siu juris*, eran las personas libres de toda autoridad y dependientes de ellas mismas, siendo llamadas *pater familias*, cuyo título además de implicar el derecho a un patrimonio implicaba, adicionalmente, la *patria potestad*, la *manus maritalis* y la autoridad sobre todos los miembros de familia y los esclavos. *Alieni iuris* eran las personas sometidas a otra, que ejercía los poderes anteriormente mencionados.

El sometimiento de los *alieni iuris* es el origen de la patria potestad, de la tutela y de la curatela, que son instituciones de amparo familiar que conllevan la representación por imperativo de la ley de los menores y de los interdictos, así como el origen remoto de la representación de la sociedad conyugal, que la codificación civil ha receptado.

Los *sui iuris* no sólo podían hacer valer sus derechos por sí mismos sino que debían así hacerla. Como explica Petit, no podían adquirir ni obligarse más que por sí mismos y, si en uso de sus facultades encargaban a otro la concertación de sus negocios, configurándose el contrato de mandato, el *sui iuris* era un mandante al que quedaba sometido el mandatario pero, sin embargo y pese a la relación entre mandante y mandatario, los terceros con los que se celebraba el acto jurídico sólo quedaban vinculados al mandatario, pues el contrato de mandato no generaba representación.

El contrato de mandato, tal como se le concibió en Roma, era un encargo del mandante que requería de la aceptación del mandatario para la celebración de uno o más actos jurídicos. El mandatario concluía el negocio con el tercero, pero era él quien adquiría los derechos y contraía las obligaciones, necesitando de un acto jurídico posterior para transmitir dichos derechos u obligaciones al mandans, quien a su vez lo desligaba de responsabilidad frente a los terceros con los cuales había celebrado los actos o negocios jurídicos. El contrato de mandato no generaba, pues, una representación en virtud de la cual el mandans quedaba vinculado al tercero por los actos de su mandatario. Por eso, la necesidad práctica de la representación la fue imponiendo.

Según Arauz Castex y Llambías, en el Derecho Romano, en un primer momento, para llenar la necesidad que satisface la representación se recurrió a un doble acto: el primero servía para poner los derechos en cabeza de la persona que obraba en interés de otra, y, el segundo, para trasladarlos del adquirente aparente al verdadero interesado. Pero era un procedimiento desventajoso, porque al exigir

dos operaciones sucesivas, que podían estar separadas por largo tiempo, como necesariamente ocurría si se trataba de menores de edad a la espera de que éstos llegaran a la mayoría, sometía al peligro de que pudiese sobrevenir la insolvencia del representante con el perjuicio consiguiente para el representado. Por eso, ante lo imperfecto de este procedimiento, sus deficiencias fueron siendo eliminadas paulatinamente.

León Hurtado considera también que fue la utilidad práctica de la representación la que la impuso en el Derecho Romano. Al doble acto al que estaban sometidos los tutores y también los mandatarios, y los riesgos e inconvenientes de todo orden que producía el ulterior traslado de los efectos, hicieron que el Derecho Romano aceptara la representación en la adquisición de derechos reales primero y más tarde en materia contractual.

La aceptación de la representación por el Derecho Romano no significó, pues, la formulación de una teoría como la que recién se plantea en el Derecho Moderno. Según Ospina y Ospina, la admisión de la representación se hizo con base a una organización compleja y defectuosa: el intermediario quedaba obligado por el contrato, o sea que adquiriría los derechos y las obligaciones resultantes, sin que el representado, mandans, no quedara vinculado directamente al tercero contratante, sino apenas provisto de una acción contra su intermediario para reclamarle el beneficio logrado. Y aun en los últimos tiempos del Derecho Romano, cuando ya se conocieron acciones útiles al representado contra el tercero, y viceversa, no se llegó a prescindir de la idea tradicional de que los actos jurídicos tenían que producir sus efectos sobre el representante, por ser éste el autor material de dichos actos.

Pero además de los orígenes de la representación en el mandato, los romanistas señalan que en el Derecho Romano se conoció la figura del nuncio, nuntius, que venía a ser un mensajero o portavoz, que no expresaba su propia voluntad, sino la de la persona que lo enviaba y por ello, como señala Argüello, los efectos del

negocio se fijaban en el sujeto que se servía del nuntius. La manifestación de la voluntad por intermedio de un nuncio estaba también muy distante de la figura de la representación, pues, en ésta, es el representante, con su propia voluntad y no la del representado, la que lleva a la esfera jurídica de este último los efectos del acto celebrado con el tercero contratante.

Existe consenso en la doctrina en cuanto a que es a los canonistas medievales a quienes se les debe el concepto moderno de la representación, caracterizada: a) por la voluntad del representante y no la del representado en la celebración del acto jurídico; y, b) por la desviación de los efectos del acto hacia la esfera jurídica del representado. Según Sánchez Urite, la influencia del Derecho canónico se dio al permitir que se pudiera celebrar matrimonio por medio de representante.

Fueron los juristas de los siglos XVII y XVIII los que estructuraron la Teoría de la Representación a expensas de las reglas particulares del contrato de mandato, dando lugar a confusiones entre dicho contrato y la representación, y pese a ser instituciones jurídicas conexas pero distintas entre sí, se le dio, al mandato, una finalidad esencialmente representativa.

Fue con estos antecedentes que el Código francés de 1804 no dispensó a la representación una normativa propia, sino que la subsumió en la del mandato. Este camino fue seguido por los Códigos influidos por el napoleónico y, así, en la obra de Vélez Sarsfield se omitió la inclusión de una teoría general de la representación, "materia que ha sido legislada con relación al contrato de mandato", como apuntan Arauz Castex y Llambías.

A mediados del siglo XIX y por obra de la pandectística alemana se inició la revisión del mandato y de la representación. Como lo destacan Ospina y Ospina, contra la concepción de los redactores del Código Napoleón reaccionaron eminentes juristas, como Ihering, quienes declararon que la representación no es de la esencia del mandato ni tiene necesariamente un origen contractual. Lo primero, porque el mandatario puede obrar en su propio nombre, como en el mandato sin

representación, caso en el cual no representa al mandante ni lo obliga respecto a terceros, pues entonces todos los derechos y las obligaciones producidas por el acto recaen directamente sobre el mandatario. Lo segundo, porque además de la representación emanada de un contrato, como el mandato o la sociedad, también existe la representación legal, impuesta independientemente y aun en contra de la voluntad del representado, como la que corresponde al tutor y, en el sentir de Ihering y otros, al gestor de negocios.

Las ideas de Ihering fueron acogidas y desarrolladas por Laband, a quien la doctrina es unánime en reconocerle la autoría de la separación conceptual de la representación del mandato, produciendo una reacción contra el tratamiento legislativo que en la codificación civil había recibido y que fue generalizándose en la doctrina y en la misma codificación.

La reacción producida por Laband, pues, ha influido poderosamente en el desarrollo de la Teoría General de la Representación. La moderna doctrina, como veremos más adelante, y los Códigos del presente siglo, se apartan de los lineamientos de la doctrina clásica francesa y orientan, como acota Díez-Picazo, el trato legislativo que en nuestros días se le otorga a la representación.

3. LA REPRESENTACIÓN EN EL DERECHO PERUANO

El Código Civil de 1852 siguiendo el modelo romanista y napoleónico, legisló sobre representación legal en relación a la sociedad conyugal, la patria potestad y la guarda de menores e incapaces; y sobre la representación voluntaria en el contrato mandato.

El Código Civil de 1936, reguló la representación en las disposiciones del contrato de mandato y en cuanto a la representación emanada de la ley, las disposiciones sobre las instituciones de derecho familiar, sin haber un tratamiento general sobre la representación y su responsabilidad jurídica.

Si la representación es concebida como una figura en virtud de la cual una persona llamada representante celebra uno o más actos jurídicos en cautela de los intereses de otra persona llamada representado.

De lo expuesto, en el concepto amplio de representación, ya sea que esta emana de la ley o de un acto jurídico y que el representante actúe en nombre e interés del representado, en todas esas modalidades, el representante actúa con voluntad propia, siendo el portavoz o mensajero del interesado en la celebración del acto jurídico y por ello responsable de sus actos.

La representación en sentido restringido, supone la actuación del representante a nombre y en interés del representado, y no obstante dar lugar a la creación, regulación, modificación, o extinción de la relación jurídica, en virtud del acto jurídico celebrado con la manifestación de su propia voluntad, los efectos producidos se dirigen a la esfera del representado.

El Código de 1984; en su artículo 145; en primer párrafo se limita a enunciar que “El acto jurídico puede ser realizado mediante representantes, salvo disposición contraria de la ley”.

Iturriaga Romero, invocando el Art. 1640 del Código Civil de 1936, según el cual el mandatario estaba obligado a expresar en todos los contratos que celebrara que procedía a nombre de su mandante; consideró que este Código, como también lo hacía el Código de 1852, confundía la representación con el mandato, considerando, además, que al no tener disposiciones sobre la representación en el articulado referente a la representación legal, había que aplicar, por analogía, las escasas reglas que sobre el particular tenía el contrato de mandato.

Contra este tratamiento, como lo hemos señalado, el vigente Código Civil planteó innovaciones, unificando los supuestos de representación voluntaria y legal en el Título III del Libro II correspondiente al acto jurídico. Sin embargo, legisla también sobre la representación legal como inherente a las instituciones tutelares de familia y, si bien, el contrato de mandato no conlleva necesariamente representación, pues puede haber mandato sin representación (art. 1809), puede haber también mandato con representación que se rige por las normas del Título IX del Libro VII (art. 1806).

Las innovaciones introducidas, particularmente en lo que se refiere a la representación voluntaria, responden a la influencia de la moderna doctrina y del Código Civil italiano. El desarrollo legislativo de una teoría de la representación pareciera partir del enunciado del art. 145, del que nos ocuparemos más adelante. Consideramos no obstante, que en materia de representación voluntaria el vigente Código Civil ha avanzado considerablemente y se ha acercado a los conceptos desarrollados por la moderna doctrina.

4. NATURALEZA JURÍDICA DE LA REPRESENTACIÓN

En doctrina se han planteado diversas teorías para explicar la naturaleza jurídica de la representación, o en otras palabras, para señalar qué es jurídicamente hablando la representación:

- A. **Teoría de la ficción (Pothier)** Según esta doctrina hay una ficción legal que hace aparecer actuando al representado, en vez del representante quien es el que, en realidad, ha celebrado el acto jurídico.
- B. **Teoría del mensajero (Savigny)** El que celebra el contrato es el representado, quien utiliza un nuntius (mensajero) para que le transmita su voluntad al otro contratante. Este mensajero sólo actúa como vehículo de la voluntad del representado.

- C. **Teoría de la cooperación de voluntades (Mitteis)** Lo que en realidad existe, es una cooperación de las voluntades del representante y del representado, de modo que entre ambos forman la voluntad que dará origen al acto jurídico que se celebrará con la otra parte.
- D. **Teoría de la modalidad (Pilon - Levy Ullman)** Esta teoría sostiene que el acto lo celebra el representante, pero los efectos se radican en el representado. Es una modalidad y como tal, modifica los efectos de los actos jurídicos. Para muchos autores, esta teoría cabe perfectamente en nuestro ordenamiento jurídico, ello se desprende del artículo 1.448: “lo que una persona ejecuta a nombre de otra...”, vale decir, quien actúa es el representante; luego el mismo artículo agrega: ... “produce respecto del representado iguales efectos que si hubiese contratado él mismo”. Aquí se contiene el sentido, en cuanto modalidad, de esta institución: los efectos del acto no siguen la regla general, sino que se radican en el representado.

CAPITULO II

LA

REPRESENTACIÓN

SUSTANTIVA EN EL

CÓDIGO CIVIL

1. CONCEPTO

A la representación se la ve desde diferentes perspectivas, ubicándola dentro de las distintas instituciones jurídicas. Se confundió con el mandato, por cuanto se la consideraba como un contrato, o elemento de este. A raíz de su posterior desenvolvimiento se desarrolló su autonomía, primero sólo doctrinariamente, posteriormente además a nivel de legislación ha sido admitida, descartándose el criterio sólo contractual que se le daba. Más allá de las múltiples posiciones doctrinarias, se percibe que los diversos conceptos alcanzados por los juristas se vinculan con la forma como se califique su naturaleza jurídica. Teniendo en cuenta esta precisión, se puede retomar de las perspectivas jurídicas la idea central; que el concepto de representación se entiende como que el representante emite su declaración de voluntad, con las facultades del poder del cual está investido, donde expresa la voluntad del representado, que también se hace manifestar al momento de celebrar el acto con el tercero. En la doctrina nacional, el célebre jurista José León Barandiarán, entiende que la Representación está en un sistema en la cual:

“El negocio jurídico puede ser realizado directamente por la persona a quien él mismo concierne, o por otra que obre en nombre de aquél. Se presenta entonces el instituto de la representación. El Código nacional no trata de este instituto como lo hacen los códigos alemán (...). El Código nacional repara en el contrato de mandato (art.1627 y ss.) (art. 1790 y ss., C.C. 1984) y en el de gestión de negocios (art.1656 y ss.) (art. 1950 y ss., C.C. 1984). Pero la representación rebasa el contenido del mandato, ya que éste tiene un origen simplemente contractual y aquélla puede derivar de una determinación legal (tutela) o judicial (síndico en caso de falencias, curador para sucesión vacante)”¹

¹ LEON BARANDIARAN, José. "Acto Jurídico". Lima 1997. Gaceta Jurídica Editores. p. 84.

En el concepto moderno de representación se presenta necesariamente la figura de un dominus, interesado, o principal; así como de un representante, apoderado o gestor. Este es quien actúa, el otro es quien recibe los efectos del acto representativo. En su génesis alemán, en un inicio SAVIGNY atribuyó el negocio al interesado; el representante no sería más que un órgano de aquel. En un segundo desarrollo dogmático vendría THÓL, con la tesis del doble contrato. Aspectos ampliamente cuestionados, por numerosos juristas que en la segunda mitad del siglo XIX propusieron la Represäsentationstheorie, y con sólides argumentativa propusieron que el negocio (acto) ha de imputarse únicamente al representante, y de esa manera finalmente lo planteó el BGB. Uno de esos juristas, fue JOSEF HUPKA, quien sostuvo:

"La voluntad existe en el representante, quien no la comparte, y el poder es solamente la condición y el límite para la eficacia de esa voluntad".²

2. DELIMITACION DEL CONCEPTO DE REPRESENTACION

La doctrina mejor elaborada sobre la representación, y que hoy se puede considerar como clásica, aparece fundada sobre bases dogmáticas creadas en gran parte por la ciencia jurídica germana, que plasma en el Código Civil alemán con una normativa completa de la representación, y que aparece en su libro I, dedicado a la Parte General, dentro de la regulación del negocio jurídico. Aquella doctrina con los ajustes teóricos pertinentes es aplicable a nuestra realidad, y es la siguiente:

- a) Considera que hay representación cuando se celebra el negocio jurídico (acto jurídico, de conformidad con la doctrina consagrada en nuestro C.C. de 1984) a través de una persona, el representante, que actúa en nombre

² HUPKA, Josef. "La representación voluntaria en los negocios jurídicos". Madrid 1930. Editorial Revista de Derecho Privado. Traducción del alemán y notas de Luis Sancho Seral. p. 45.

de otra, el representado, de manera que los efectos se producen siempre de un modo directo e inmediato en la esfera jurídica de este último y nunca en la del representante. Por lo tanto, la representación se considera como un capítulo de la teoría general del negocio jurídico o acto jurídico, y que el actuar en nombre ajeno (*alieno nomine agere*). La eficacia inmediata y directa de la actuación del representante son factores esenciales de la idea de representación. Por ello, se considera que cuando se gestiona por un intermediario e interés ajeno pero actuando éste en su propio nombre, no hay verdadera representación sino una figura distinta: interposición gestora, mandato no representativo.

- b) Para que exista representación en puridad basta la actuación del representante en nombre del representado: *contemplatio domini*. Sin embargo, para la producción de la eficacia directa de la gestión representativa en la esfera jurídica del representado es necesario un nuevo requisito, que consiste en la existencia de un previo poder de representación o en una posterior ratificación por el *dominus negotii* de lo hecho por el representante. De esta premisa se extraen también dos consecuencias importantes. La primera es que se puede hablar con propiedad de una "representación sin poder", que, cualesquiera que sean sus efectos, es una verdadera representación, y que se dará cuando el *dominus negotii* ratifique lo actuado por el representante que no tenía poder previo. La segunda es que se escinden, independizándose en su funcionamiento y en su régimen jurídico, el negocio o acto de concesión del poder y el negocio o acto actuado por el representante con el tercero. La concesión de un poder (apoderamiento) se configura como un negocio o acto jurídico, que es independiente de la relación jurídica básica existente entre las partes que le pueda dar origen o de la cual sea una consecuencia, ejemplo, mandato. El apoderamiento se califica como un negocio o acto

jurídico abstracto, en la medida en que su eficacia es independiente de la existencia o de la regularidad de la relación jurídica subyacente entre el representante y representado.

- c) En el orden de los efectos de la actuación representativa, es irrelevante el interés que pueda guiar al representante en su actuación. Normalmente, el representante actuará en interés del representado, pero es posible una actuación del representante en su propio interés o interés de un tercero (por ejemplo, el deudor da poder a sus acreedores para que vendan sus bienes y con el precio obtenido se cobren sus créditos, o cobre créditos de un tercero).

- d) Se deben separar nítidamente los conceptos de — “Mandato”, y — “Representación”. El mandato es un contrato que genera la obligación para el mandatario de cumplir el encargo recibido del mandante. El poder de representación legitima al apoderado para actuar frente a terceros en nombre del poderdante, y deriva de un acto de concesión del poder (apoderamiento). En suma, la representación surgiría del acto jurídico de apoderamiento, distinto del acto jurídico de mandato, siendo el medio o instrumento para el cumplimiento del encargo cuando ello exige relacionarse con terceros. La tesis es consagrada por la jurisprudencia española del Tribunal Supremo (Sentencias del: 16 de febrero de 1935, 22 de mayo de 1942, y 01 de diciembre de 1944 entre otras), se debe a LABAND, siguiendo algunas ideas de Bernardo Windscheid:

“Mandato y poder son figuras distintas aunque pueden coincidir de manera ocasional. En el mandato que yo confiero a otra persona - dice LABAND - para celebrar un negocio jurídico por mi cuenta, puede existir al mismo tiempo el poder de representación para que lo realice en mi

nombre (coincidencia de mandato y de poder), pero ello no es algo necesario. Puede existir un mandato sin poder, como ocurrirá siempre que el encargo que el mandatario deba ejecutar haya de realizarse contratando él con los terceros en su propio nombre. Y hay también poderes sin mandato, como sucede en todos aquellos casos en que la potestad de actuar en nombre del dominus o principal se funda en relaciones jurídicas diferentes de las que genera todo contrato de mandato. Por ejemplo, los socios gestores de una sociedad civil ostentan poderes de representación, pero no están vinculados por un Contrato de mandato con la sociedad”³

La doctrina moderna de la representación es sostenida por juristas europeos de la talla de Bravo y De Castro, Luis Diez Picazo, Antonio Gullón. Puede esquematizarse del siguiente modo:

- a) La representación no se limita a ser un capítulo en la teoría del acto o negocio jurídico y, por tanto, no puede definirse simplemente como la conclusión de un acto o negocio jurídico o la emisión de una declaración de voluntad realizada por medio de otro. La representación es una figura que comprende toda clase de actos jurídicos incluidos los no negociables (por ejemplo, los actos de ejercicio de los derechos como las reclamaciones del acreedor frente al deudor). La representación además es un fenómeno que trasciende al Derecho privado y que se aplica a todas las disciplinas jurídicas, por lo que debe situarse en una teoría general del Derecho.
- b) La representación no puede ser definida como un actuar en nombre ajeno. La actuación del representante en su propio nombre, pero en interés del dominus, es también una forma de representación: la llamada representación indirecta o mediata. Una definición correcta de la

³ DIEZ PICAZO, Luis (Coautor: GULLÓN, Antonio). "Sistema de Derecho Civil" Madrid 1994. Editorial Tecnos S.A. 1ª Edición 1975, 2ª reimpresión de la 8ª Edición. Volumen I. p. 580.

representación debe comprender a ambos supuestos. Como sostiene cierto sector de la doctrina la ajenidad del asunto es la base de la representación, y otra cosa distinta es la forma de operar el representante para llevarlo a cabo, lo que dará lugar solamente- a diferentes efectos, pero no a negar la representación indirecta.

- c) La irrelevancia del interés que guía al representante parece criticable como dogma. En la disciplina de la representación, el representante gestiona siempre el interés del representado. La concesión de un poder de representación a una persona para que lo utilice en su propio interés o interés de terceros (procurador la rem steam, por ejemplo, acreedor facultado para enajenar bienes del deudor y cobrarse así su crédito) constituye una vía oblicua o indirecta. Que en realidad, da lugar a una forma de fiducia y que no pertenece en rigor a la doctrina de la representación.
- d) Aun sin negar la distinción teórica entre poder y mandato, la separación no parece a un sector de la doctrina tan categórica. Se sostiene que la relación de gestión de asuntos ajenos (no es otra cosa en el fondo el mandato) tiene fuerza en sí para producir la eficacia directa e inmediata de lo actuado en la esfera jurídica ajena, siempre que se utilice el nombre del mandante. No hay, pues, necesidad intrínseca de la concesión de un poder, con lo que se vuelve a la vieja tesis de que el mandato tiene siempre un carácter representativo, y explica la concesión de poderes que efectúa en la mayor parte de los casos el mandante como una escisión formal del mandato. Al independizarse documentalmente tales facultades se da un corte totalmente arbitrario en el contenido del contrato, que podrá tener efecto respecto de terceros, pero que no rompe en modo alguno, interpartes la unidad misma.

De todo lo expresado, es pertinente admitir que la doctrina tradicional es la preponderante en la actualidad, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia. A nivel nacional juristas como Fernando Vidal Ramírez la califica a la representación como un “Hecho Jurídico”; por otro lado Anibal Torres Vásquez, como un “Acto Jurídico”; el maestro José León Barandiaran, y Lohmann Luca de Tena, siguiendo a la doctrina alemana consideran a la representación como un “Negocio Jurídico”. Por otro lado el jurista argentino Mosset Iturraspe, calificar a la representación como una “Situación Jurídica”, porque así se estaría comprendiendo tanto a la representación legal, representación voluntaria, y a la representación judicial; juristas como Madray la consideran como: “Presupuesto de Hecho” Sánchez Urite simplemente la califica como la “Emisión de una Declaración”; y Díaz Gómez, refiere que es un “Mecanismo”.

3. CARACTERÍSTICAS

El Acto Jurídico de la Representación es: Autónomo, Unilateral, y Recepticio.

- a) **AUTONOMO.-** Deriva de la autonomía de la voluntad, llamada también por la doctrina italiana Autonomía Privada. Esta característica no es defendida con unanimidad, por cuanto existe dificultad de sustentarla a nivel doctrinario, en los casos de Representación Judicial, y Legal. No hay mayores problemas en la Representación voluntaria.
- b) **UNILATERAL.-** En cuanto la concesión de poder nace por la declaración de voluntad del poderdante exclusivamente, no requiriéndose la voluntad del apoderado para ello. La doctrina que hemos llamado clásica de la representación, heredera del jurisconsulto LABAND en tantas cuestiones relativas al instituto, no ha seguido su tesis de que el apoderamiento surge

de un contrato por medio del cual las partes se obligan recíprocamente a que el efecto de los negocios que uno de los contratantes (el apoderado) concluya en nombre del otro (el poderdante) debe considerarse como si hubiesen sido efectuados por este último solo.

- c) RECEPCION.- Porque la declaración de voluntad en que consiste el apoderamiento ha de ser conocida para que produzca efectos. Acontecimiento de eficacia y no de existencia de aquel acto, y su destinatario será el apoderado.

4. REQUISITOS DE LA REPRESENTACION

De conformidad con nuestra legislación, donde no existe discrepancia en aceptar la Representación Directa e Indirecta existe consenso en señalar que los requisitos de la representación son los siguientes:

- a) Legitimación para actuar en la esfera ajena.
- b) Un acto o negocio jurídico representativo.
- c) Sustitución del representado
- d) Consentimiento de éste vía poder o ratificación,
- e) Además exige la —Contemplatio Domini, esto es, la actuación en nombre ajeno (agere in nomine alieno).

5. EXTINCIÓN DE LA REPRESENTACION

REVOCACIÓN.- La revocación es un negocio jurídico unilateral de carácter recepticio. El destinatario del mismo es el representante, y si no toma conocimiento y continua actuando como tal, entonces los actos celebrados son válidos, y surtirán todos sus efectos respecto a los terceros que hayan contratado

con él de buena fe. Esto porque los ordenamientos jurídicos privilegian la seguridad dinámica sobre la estática; inclusive en el supuesto de hecho de la norma una situación de representación aparente en la que han confiado los terceros porque desconocen su discordancia con la realidad, no obstante ello deben ser protegidos por el ordenamiento jurídico, tenga o no culpa el representado en la creación o subsistencia de aquella situación. En este punto, se establece para el representado la carga de notificar a determinados terceros la revocación del poder que dio para contratar con ellos. Si no lo hace y el representante contrata con ellos, lo actuado es válido frente al dominus negotii. Sin embargo, el ordenamiento jurídico exige la buena fe del representante, lo que nos advierte su ratio: la afirmación de la continuidad de la relación representativa (entre dominus negotii y representante). De ahí que, por ejemplo el representante tenga derecho al reembolso de los gastos que haya efectuado en ese caso.

RENUNCIA DEL REPRESENTANTE.- La renuncia es una declaración de voluntad recepticia, que deberá ser puesta en conocimiento del representado, y produce efectos aun cuando le perjudique. Sin embargo, la buena fe impone el deber de continuar con la representación hasta que el dominus negotii pueda tomar las precauciones necesarias, otorgando la ley un plazo prudencial para estos efectos

MUERTE, O EXTINCIÓN DEL REPRESENTANTE O REPRESENTADO.- Dan lugar a la extinción de la representación, como es lógico.

Art. 145 del Código Civil: *“El acto jurídico puede ser realizado mediante representante, salvo disposición contraria de la ley. La facultad de representación la otorga el interesado o la confiere la ley”*

Fundamento de la Representación

- La representación legal, además del fundamento que sustenta a la representación en general, se fundamenta también en la función tuitiva del ordenamiento jurídico respecto de los derechos subjetivos de las personas naturales que carecen de capacidad de ejercicio o que se encuentran en una situación de hecho, como es el caso de los desaparecidos, o de derecho, como es el caso de los ausentes, que requieren de la cautela de sus intereses. Se da también lugar a la representación legal en casos especiales, como es el de la representación de la sociedad conyugal, cuando no media poder de representación otorgado por un cónyuge a otro.
- Como puede apreciarse, pues, la representación legal surge de una situación jurídica prevista en la ley que, en algunos casos, como en la patria potestad, la impone, y, en otros, resulta de una declaración judicial, como en el caso de la desaparición. De este modo, es la propia ley la que establece las modalidades de esta representación según los supuestos previstos para cada situación de la que se genere la necesidad de la cautela de los intereses de los sujetos inmersos en esa situación y es por eso que la misma ley precisa los poderes del representante y sus limitaciones. De ahí también, que el ejercicio de esta representación sea obligatorio, precisamente, por estar la representación basada en el imperativo de la ley y en su función tuitiva.
- La denominación de representación legal ha dado lugar a varias observaciones. Stolfi observa, por ejemplo, que el adjetivo legal no se utiliza para indicar que la designación del representante sea siempre hecha por la ley, sino que falta en ella la libertad de decidir para hacerse representar, es decir, que las personas sometidas a ella necesitan para sus negocios jurídicos de la intervención de una persona física que preste el consentimiento en su lugar. Esta observación puede dejar a salvo la que formula Lohmann, para quien el

citado arto 145 ha omitido referirse a la representación judicial, que es aquélla en que el representante es nombrado por resolución judicial, pues permitiría que también la representación judicial se encuentre referida en el acotado arto 145 del Código Civil.

- De lo expuesto puede ya inferirse la delimitación conceptual de la representación legal. Ella se sustenta en la ley, en la función tuitiva del Derecho y en una finalidad práctica dirigida, fundamentalmente, a que nadie se quede sin la cautela de sus intereses. La ley no sólo confiere la facultad de representación sino además la obligación de representar.
- Por su misma característica la representación legal es siempre directa.
- El representante se sustituye al representado, actuando a nombre de él, y los efectos de los actos jurídicos celebrados van directamente a la esfera jurídica del representado, quien no puede tener o no ha tenido ninguna participación en el acto. La capacidad de goce es la del representado, pues no se requiere de la del representante, aunque, éste, obviamente, debe ser persona con capacidad de ejercicio.
- La representación legal, si bien tiene sus propias características es sólo una variante de un mismo fenómeno jurídico, como anota con acierto Díez Picazo, que ve en la representación una figura única, posición que nosotros asumimos también. De ahí, que también pensemos, como el autor español, que le son aplicables a la representación legal los esquemas genéricos de la representación voluntaria, de cuyo desarrollo nos ocuparemos después.
- Para concluir, la representación legal en nuestra codificación civil ha estado siempre vinculada a la patria potestad, a la tutela y a la curatela, vinculación

que mantiene nuestro vigente Código. La patria potestad conlleva la representación de los hijos menores de edad (art. 419), la tutela, la de los menores que no están bajo la patria potestad (art. 502) y, la curatela, la de los incapaces por causa distinta a la de la minoría de edad (art. 564), así como a la de los desaparecidos y ausentes (art. 597) y del hijo póstumo cuando el padre ha muerto y la madre ha sido destituida de la patria potestad (art. 598).

Enneccerus⁴ señala que la representación puede tener como base una regla de derecho (ley), la constitución de una persona jurídica y un negocio jurídico; siendo los dos primeros casos correspondientes a la representación legal y el último a la representación voluntaria.

Representación conyugal

Artículo 146º.- *Se permite la representación entre cónyuges.*

La representación legal también opera en la sociedad conyugal. Según el art. 292 del Código Civil, *"La representación de la sociedad conyugal es ejercida conjuntamente por los cónyuges, sin perjuicio de lo dispuesto por el Código Procesal Civil. Cualquiera de ellos, sin embargo, puede otorgar poder al otro para que ejerza dicha representación de manera total o parcial. Para las necesidades ordinarias del hogar y actos de administración y conservación, la sociedad es representada indistintamente por cualquiera de los cónyuges ..."*.

Como puede apreciarse, se trata de un caso especial de representación legal ya que no se da el supuesto de hecho o de derecho que la sustenta, como en los casos anteriores, en que la representación emana de la ley por cuanto las personas que van a ser representadas no tienen capacidad suficiente para

⁴ ENNECCERUS, Ludwig. Traducción de PÉREZ GONZÁLEZ, Blas y ALGUER, José. Derecho Civil. Parte General. Tomo II. Bosh: Barcelona, 1950. p. 252.

celebrar el acto jurídico del que emane la relación representativa. La hipótesis que plantea el art. 292 es la de dos personas capaces, pues los casos de interdicción de uno de los cónyuges, su desaparición o el abandono del hogar, están previstos en el art. 294, casos en los cuales la representación corresponde al otro cónyuge (art. 314).

Con la representación legal aplicable a la sociedad conyugal se trata, en suma, de cautelar el patrimonio común de los cónyuges. Por eso, la representación es conjunta, por cuanto debe ser ejercitada por ambos cónyuges, salvo los actos jurídicos vinculados a las necesidades ordinarias del hogar o los actos de administración y conservación, para los cuales la representación es indistinta, es decir, puede ser ejercitada por cualquiera de los cónyuges.

Debemos advertir, por último, que esta representación legal opera, únicamente, si los cónyuges han optado por el régimen patrimonial de la sociedad de gananciales y no por el de la separación de patrimonios (arts. 295, 296, 297 del Código Civil).

La sociedad de gananciales está regulada por el Código Civil (arts. 301 y siguientes), correspondiendo a ambos cónyuges la administración del patrimonio social (art. 313), así como disponer de los bienes o gravarlos, para cuyo efecto se requiere de la intervención del otro cónyuge, salvo para los actos de adquisición de bienes muebles, que pueden ser efectuados por cualquiera de los cónyuges (art. 315), siendo ésta la regla general, pues puede exceptuarse la intervención del otro cónyuge si así lo permite la ley, como en el caso de las transacciones con valores en mecanismos centralizados de negociación (art. 113 del Decreto Legislativo Nº 861, Ley del Mercado de Valores).

La representación de la sociedad conyugal puede también dar lugar a una representación voluntaria, pues como hemos advertido, se trata de personas capaces. A este respecto, el arto 146 del Código Civil ha previsto "Se permite la representación entre cónyuges", en concordancia con el ya acotado art. 292, que también ha previsto que cualquiera de los cónyuges puede dar poder al otro para que ejerza solo la representación, en todo o en parte.

La representación voluntaria entre cónyuges, prevista en el acotado art. 146, opera cuando han optado por el régimen de separación de patrimonios (art. 327) y sin que nada obste para que la representación le sea otorgada a un tercero.

Lo que queda expuesto es aplicable a las uniones de hecho, siempre que reúnan los requisitos de ser voluntaria, sin impedimento matrimonial y persigan finalidades y deberes semejantes a los del matrimonio, pues en tal caso se forma una sociedad de gananciales, pero siempre que la unión tenga por lo menos una duración de dos años continuos (art. 326).

Pluralidad de representantes

Artículo 147º.- *Cuando son varios los representantes se presume que lo son indistintamente, salvo que expresamente se establezca que actuarán conjunta o sucesivamente o que estén específicamente designados para practicar actos diferentes.*

En este supuesto es importante distinguir la relación interna de la externa: La primera se refiere a la del poderdante y sus apoderados, "caso en el cual el primero podrá reclamar eventuales responsabilidades a alguno de sus apoderados si actuó individualmente existiendo el deber de actuar de consuno.

En este caso la presunción admite prueba en contrario". La relación externa se configura entre el representante y el tercero. Así, ante terceros esta presunción, siempre por el criterio de seguridad de tráfico, sería absoluta, siempre y cuando no haya habido indicación expresa en contrario. Es importante delimitar los siguientes supuestos:

A. LA REPRESENTACIÓN CONJUNTA

Es la representación simultánea y todos los representantes deben actuar de común acuerdo. Se trata de un solo poder. Distinto es el caso del art. 780 c.c., el cual establece que:

"Cuando hay varios albaceas testamentarios nombrados para que ejerzan el cargo conjuntamente, vale lo que todos hagan de consuno o lo que haga uno de ellos autorizado por los demás. En caso de desacuerdo vale lo que decide la mayoría".

B. LA REPRESENTACIÓN SUCESIVA

Significa que uno de los representantes deberá actuar después de otro. Se trata de "dos (o más) poderes, uno a cada persona, aunque deriven de un mismo documento. Las relaciones jurídicas entre el representado y cada representante son independientes, si bien para la misma labor general o específica". Podría ser el caso que A faculta a B para que lo represente en el saneamiento legal de su casa, después a C para que la venda y a D para que lo represente en la escritura de compraventa.

C. LA REPRESENTACIÓN PARA ACTOS DIFERENTES

Se trata de actos independientes entre sí y pueden ser otorgados en el mismo documento. Podría tomarse como ejemplo que A faculta a B para que venda su casa, a C para comprar un automóvil y a D para que otorgue en garantía su yate.

D. LA REPRESENTACIÓN INDISTINTA O DISYUNTIVA

En la cual "tenemos dos relaciones jurídicas autónomas; pero coexistentes". Ejemplo: faculto a A y B para que vendan mi casa.

La presunción que opera en el artículo 147 c.c. es que, a falta de indicación expresa, se entiende que la representación plural es indistinta. ¿Cómo solucionar el supuesto de la celebración de actos jurídicos paralelos? Una clásica doctrina explica este problema de la siguiente forma: "un aspecto muy importante en la doctrina de la representación voluntaria, olvidado por la mayor parte de los autores, es el problema que surge cuando el representado y su representante actúen separadamente, realizando para el mismo objeto negocios entre sí contradictorios. Puede ocurrir que el representado sin haber revocado el mandato, realice el negocio que debía ser realizado por el representante y que lo realice de modo diferente a como lo realizó el representante. Vende, por ejemplo, la misma cosa a una persona diversa, o la vende a la misma persona a quien la ha ofrecido el representante, pero a un precio mayor o menor. ¿Cuál de ambos actos prevalecerá? ¿Cuáles serán los efectos y las responsabilidades del representado y del representante entre sí o de entrambos con relación a los terceros".

La doctrina que vengo siguiendo propone los siguientes principios: "la representación no despoja al representado de la facultad de realizar por sí el negocio que debe realizar el representante; las voluntades del representado y del representante deben ser consideradas como una sola, o sea como la voluntad del primero; por regla general, el negocio primeramente perfeccionado es el que tendrá eficacia; el otro no puede tenerla porque se ha agotado ya el objeto; el vínculo Contraído con el tercero por uno o por otro, contrastando con la situación creada por el primer negocio, originará responsabilidad normalmente del representado, eventualmente del representante, si hubo culpa o error inexcusable; en general, deberá recurrirse a los principios del error". ¿Y sí se trata de negocios contemporáneos? Doctrina nacional propone que los actos celebrados de manera simultánea "son nulos por ser contradictorios entre sí".

Responsabilidad solidaria de los representantes

Artículo 148º.- *Si son dos o más los representantes, éstos quedan obligados solidariamente frente al representado, siempre que el poder se haya otorgado por acto único y para un objeto de interés común.*

Según este enunciado legislativo, existe responsabilidad solidaria cuando hay un supuesto de representación plural conjunta, cuando el poder se haya otorgado por acto único (y con ello no hay que entender "un único documento"). El problema se presenta en qué debemos entender por "objeto de interés común".

Se sostiene que esta expresión debe ser entendida como una "finalidad de interés común". Otro sector de la doctrina que "el objeto debe conceptuarse como propósito. Como intención de resultado que es pretendido en conjunto y con efectos para los representantes. A ellos les conviene y (sentido lato) les

beneficia el poder y su ejercicio para lograr el propósito común apetecido, que puede consistir bien en un solo acto o negocio jurídico, bien en una operación compleja". También se ha sostenido que se trata del "acto jurídico que debe realizar el representante en ejercicio de las facultades que, le fueran conferidas".

En efecto, como fuera inteligentemente advertido, "cuando la norma se refiere a un objeto de interés común, lo que en realidad ha hecho es utilizar una terminología que es propia de la doctrina para referirse a la representación colectiva activa, mas no para la representación colectiva pasiva". En verdad, acá el legislador cometió un error. No se olvide que la ratio de este enunciado es el de responsabilizar solidariamente a los representantes que actúan conjuntamente frente al representado. En verdad, es irrelevante si el "interés", entendido como "fin" o "propósito" era común a los representados, o entre estos y el representante. Si lo entendemos como el "acto" ello haría que este supuesto sea perfectamente aplicable a la representación conjunta.

Téngase presente que el art. 93 c.c., al regular la responsabilidad de los asociados que desempeñen cargos directivos de la asociación remite a las reglas de representación. En atención a ello, su responsabilidad es solidaria, de acuerdo al art. 148 c.c.

La naturaleza de la responsabilidad civil de los representantes frente al representado es extracontractual. A diferencia del mandato, entre representantes y representado existe una relación jurídica de carácter no patrimonial, de la cual se desprenden deberes y derechos. El incumplimiento de los deberes de comportamiento de los representantes generará la responsabilidad aquiliana frente al representado. Si bien se observa que "la responsabilidad solidaria de los representantes conjuntos no puede ser

solamente frente al representado, sino también frente al tercero con quien han realizado el acto encomendado", esta no será una responsabilidad ex art. 148 c.c., sino ex 1983 c.c.

Revocación del poder

Artículo 149º.- *El poder puede ser revocado en cualquier momento.*

La revocación es la invalidación del poder por simple acto de voluntad del propio interesado, es decir ad nutum⁵ (salvo por lo dispuesto en el Art. 153).

Es considerada por la doctrina como la causa natural, si se atiende a que la relación representativa se funda en la confianza, ya que nada puede impedir que ante la pérdida de la confianza, el dominus⁶ revoque la representación en virtud de su autonomía privada⁷.

Es entonces que de la misma forma como la representación nace de un acto unilateral, su extinción o revocación debe ser también por un acto unilateral, por lo que puede surgir en cualquier momento de la representación, es también un acto recepticio ya que el destinatario es el propio representante y cuantos tengan interés en la relación representativa.

⁵ Se refiere a una locución latina que equivale a voluntad. Se emplea para significar que un acto no puede ser revocado más que por la voluntad de una persona.

⁶ En el derecho Romano era el propietario de las cosas corporales cuando tenía la facultad de reivindicarlas. El interesado en un negocio jurídico.

⁷ El ordenamiento jurídico no impone modelos preestablecidos al tipo de relaciones jurídicas que puedan surgir, sino que deja en manos de los propios interesados la regulación de sus intereses, es la capacidad de los sujetos de autorregular sus relaciones en la forma que deseen.

Idea kantiana; llamamos autónomo a un sujeto cuando se da a sí mismo sus propias leyes y es capaz de cumplirlas. La autonomía de la voluntad describe la circunstancia de que cuando un sujeto se comporta moralmente él mismo se da las leyes a las que se somete, pues dichas leyes tienen su origen en la naturaleza de su propia razón.

Recordemos que el poder es un acto jurídico proveniente de la voluntad del representado, no son un conjunto de derechos y deberes (obligaciones) que la ley confiere a un tercero para que cuide de su persona, por lo que no debemos confundir la revocación de poder con:

La impugnación de los actos del tutor (art. 530 del CC), cuando el menor a cumplido 14 años podrá presentarse al juez para oponerse a los actos de su tutor que considere le sean perjudiciales, de la misma manera cualquier interesado tiene este mismo derecho.

La remoción del tutor (art. 554 del CC), su fundamento radica en la incapacidad e ineficacia del tutor causando así perjuicio al menor en su persona o interés. Los parientes del menor, el Ministerio Público y hasta el mismo menor pueden pedir la remoción⁸.

Ahora bien, ¿que sucede cuando el poder es dado por varios representados para que el representante realice un objeto de interés común? Debemos entonces interpretar la norma prescrita en el art. 150 del código civil en el sentido de que si son varios los representados, solo se podrá revocar el poder por todos los otorgantes.

Pluralidad de representados:

Artículo 150º.- *La revocación del poder otorgado por varios representados para un objeto de interés común, produce efecto sólo si es realizada por todos.*

Se configura la pluralidad de representados cuando varios sujetos otorgan conjuntamente su representación, para cuyo efecto, los representados por

⁸ PALACIOS PIMENTEL, H. Gustavo; Manual de Derecho Civil; Lima, Editorial Huallaga, Cuarta Edición 2004, pp. 493

voluntad unánime se tienen que poner de acuerdo en la designación del representante. Todos ellos, por la unilateralidad del acto de otorgamiento de la representación, se constituirán en parte de la relación representativa.

El necesario consenso para la designación del representante hace que la figura no presente complejidades y que el Código Civil no haya considerado la conveniencia de precisar concepto y legislarla expresamente. Sin embargo, sí ha querido normar respecto la extinción de la relación representativa, pues conforme al art. 150" a revocación del poder otorgado por varios representados para un objeto de interés común, produce efecto sólo si es realizada por todos".

La norma acotada no tiene antecedente en nuestra codificación civil y fue adoptada a propuesta de Carlos Cárdenas Quirós por la Comisión Revisora, sin haberse dado a conocer los motivos de su propuesta y los de su incorporación.

La redacción no es muy precisa por la utilización del vocablo objeto, el que debe, en este caso, entenderse como finalidad, y también porque dificulta su interpretación pues su tenor conduce a considerarla como una norma imperativa contra la cual no es posible pactar en contrario, para que, eventualmente, uno de los representados pueda revocar el poder y hacerse representar por otro sin faltar al interés común. Lohmann le formula una severa crítica.

Designación de nuevo representante

Artículo 151º.- *La designación de nuevo representante para el mismo acto o la ejecución de éste por parte del representado, importa la revocación del poder anterior. Esta produce efecto desde que se le comunica al primer representante.*

Comunicación de la revocación

Artículo 152º.- *La revocación debe comunicarse también a cuantos intervengan o sean interesados en el acto jurídico.*

La revocación comunicada sólo al representante no puede ser opuesta a terceros que han contratado ignorando esa revocación, a menos que ésta haya sido inscrita.

Quedan a salvo los derechos del representado contra el representante.

Poder irrevocable

Artículo 153º.- *El poder es irrevocable siempre que se estipule para un acto especial o por tiempo limitado o cuando es otorgado en interés común del representado y del representante o de un tercero.*

El plazo del poder irrevocable no puede ser mayor de un año.

La irrevocabilidad "no implica imposibilidad de ejercicio del representa-do". La irrevocabilidad es la "prohibición, dentro de ciertos límites, de privar de facultades representativas. Pero una cosa es privación de facultades del representante para que este pueda hacer, y otra muy distinta es que el representado quede impedido de hacer por sí mismo aquello para lo cual, precisamente, había otorgado poderes.

Una autorizada doctrina alemana ha entendido que "sólo debe admitirse la irrevocabilidad del poder cuando el apoderado tenga contra el poderdante una pretensión para la celebración de un negocio jurídico del tal clase que él mismo pueda satisfacerla realizando él negocio jurídico como apoderado.

A propósito del plazo del poder irrevocable, delimitado en el art. 153 c.c., se pueden desprender dos interpretaciones:

- a. El carácter irrevocable del poder no puede ser mayor de un año; pero el poder subsiste con la calidad de revocable.
- b. El poder irrevocable se extingue después de un año.

Renuncia del representante

Artículo 154º.- *El representante puede renunciar a la representación comunicándolo al representado. El representante está obligado a continuar con la representación hasta su reemplazo, salvo impedimento grave o justa causa. El representante puede apartarse de la representación si notificado el representado de su renuncia, transcurre el plazo de treinta días más el término de la distancia, sin haber sido reemplazado.*

La renuncia es el acto jurídico unilateral y recepticio con el cual el representante le comunica al representado su voluntad de apartarse de la relación jurídica representativa.

Se observa que "la eficacia de la renuncia se explica en consideración del carácter de confianza de la relación que se instaure entre representante y representado. La renuncia es, por tanto, admitida incluso cuando el representante esté obligado al cumplimiento de actos representativos (...). En tal caso el encargado está obligado al resarcimiento del daño, salvo que la renuncia tenga una causa justa".

En opinión que comparto, doctrina nacional afirma que "el segundo párrafo, al estatuir obligatoriedad, confunde gruesamente la representación con el mandato".

Poder general y especial

Artículo 155⁹.- *El poder general sólo comprende los actos de administración.*

El poder especial comprende los actos para los cuales ha sido conferido.

Poder General: (procura ad lites)

Del texto del art. 155 se deduce que la clasificación del poder en general y especial es en base tanto a la extensión de los actos que comprende como a las facultades que se confieren al representante. Esta clasificación sirve para determinar qué actos puede realizar válidamente el representante.

Por las facultades conferidas: El poder general solamente comprende los actos de administración ordinaria, o sea los que miran a la conservación o incremento del patrimonio del administrado; son actos de "administración ordinaria" tanto los de mera custodia y conservación de los bienes como los de la gestión de un establecimiento industrial o comercial en la que es necesario realizar actos de disposición que tienen por objeto la administración.

El maestro sanmarquino Aníbal Torres Vásquez, señala dos perspectivas del poder General, la Primera que:

“Por su extensión: (...) Poder general es el otorgado para realizar todos los actos del representado (todos ellos o con algunas excepciones), salvo aquellos para los que la ley exige poder especial”⁹

Asimismo, la segunda perspectiva, es:

⁹ TORRES VASQUEZ, Aníbal. —Acto Jurídico||. Lima 2001. Editorial Moreno S.A. IDEMSA. p. 363.

“Por las facultades conferidas: El poder general solamente comprende los actos de administración ordinaria, o sea los que miran a la conservación o incremento del patrimonio del administrado; el apoderado general «puede ejecutar todos los actos aun de disposición, que tienen por objeto la administración» (Baudry Lacantinerie); son actos de administración ordinaria tanto los de mera custodia y conservación de los bienes como los de la gestión de un establecimiento industrial o comercial en la que es necesario realizar actos de disposición que tienen por objeto la administración¹⁰.

El mismo autor refiere que en realidad este poder general es un —poder especial||, en la medida que:

“Por ejemplo, es especial, aun cuando las partes lo denominen general o como se dice «poder amplio y general», el poder otorgado para vender o comprar bienes muebles e inmuebles, arrendarlos, hipotecarlos, celebrar contratos de cuenta corriente, de préstamo, firmar vales y pagarés y descontarlos; girar, aceptar, endosar, avalar y descontar letras de cambio; girar endosar y cobrar cheques; abrir y cerrar cuentas corrientes, cuentas de ahorros, depositar y retirar valores en custodia, etcétera” ¹¹.

Estimamos que la idea del maestro sanmarquino citado, es que quien tiene poder general está revestido de mayor poder (frente al quien tiene poder especial), por así decir, para realizar actos de trascendencia jurídica, y que son los más valiosos económicamente y frecuentes en la práctica, como disponer bienes inmuebles prediales. Opinión que no compartimos, más allá que el propio Aníbal Torres, refiera líneas más arriba de la parte del texto citado, que “El poder no es de una determinada clase por el nombre que le pongan las partes, sino lo que de su contenido y circunstancias se deriva”; por cuanto en

¹⁰ TORRES VASQUEZ, Aníbal. Ob. Cit. p. 363.

¹¹ TORRES VASQUEZ, Aníbal. Ob. Cit. p. 364.

la práctica, específicamente del área Registral y Notarial, es generalizada y está consolidado la idea que el poder para disponer es el poder especial, revestido en orden a lo estipulado en el artículo 156° del Código civil, y del cual existe abundante "jurisprudencia" registral.

Poder Especial:

El Código Civil, consagra en el 2º párrafo del Artículo 155º.- "El poder especial comprende los actos para los cuales ha sido conferido". Del texto del art. 155 se deduce que por su extensión: poder especial es el conferido para la realización de uno o más actos especialmente determinados, es decir, el poder contiene la designación de los actos que debe realizar el representante.

Poder especial es el otorgado para realizar actos de disposición o gravamen del patrimonio del representado, denominados también actos de "administración extraordinaria" por los cuales se disminuye o sustituye el patrimonio del representado (vender, comprar, dar en pago, permutar, suministrar en propiedad, hipotecar, preñar).

El poder no es de una determinada clase por el nombre que le pongan las partes, sino lo que de su contenido y circunstancias se deriva. Sucede con frecuencia en la práctica que a un poder en el cual el poderdante designa una serie de actos que debe realizar su apoderado, se le denomina "poder general", cuando en realidad es "especial". Por ejemplo, es especial, aun cuando las partes lo denominen general o como se dice "poder amplio y general", el poder otorgado para vender o comprar bienes muebles e inmuebles, arrendarlos, hipotecarlos, celebrar contratos de cuenta corriente, de préstamo. El poder especial se rige por el principio de la literalidad, esto es, debe ser otorgado por

escrito. Con respecto a la representación judicial, el Código Procesal Civil, prescribe:

"Art. 75º.- Se requiere el otorgamiento de facultades especiales para realizar todos los actos de disposición de derechos sustantivos y para demandar, reconvenir, contestar demandas y reconvenciones, desistirse del proceso y de la pretensión, allanarse a la pretensión, conciliar, transigir, someter a arbitraje las pretensiones controvertidas en el proceso, sustituir o delegar la representación procesal y para los demás actos que exprese la ley. El otorgamiento de facultades especiales se rige por el principio de la literalidad. No se presume la existencia de facultades especiales no conferidas explícitamente".

En la doctrina nacional, el maestro sanmarquino Aníbal Torres Vásquez, a su vez respecto del poder especial señala dos perspectivas, la Primera que:

"Por su extensión: poder especial es el conferido para la realización de uno o más actos especialmente determinados, es decir, el poder contiene la designación de los actos que debe realizar el representante¹².

La segunda perspectiva, servirá para precisar que:

"Poder especial es el otorgado para realizar actos de disposición o gravamen del patrimonio del representado, denominados también actos de administración extraordinaria por los cuales se disminuye o sustituye el patrimonio del representado (vender, comprar, dar en pago, permutar, suministrar en propiedad, hipotecar, preñar, etc)¹³

Poder por escritura pública para actos de disposición

¹² TORRES VASQUEZ, Aníbal. Ob. Cit. p. 363.

¹³ TORRES VASQUEZ, Aníbal. Ob. Cit. p. 363.

Artículo 156º.- *Para disponer de la propiedad del representado o gravar sus bienes, se requiere que el encargo conste en forma indubitable y por escritura pública, bajo sanción de nulidad.*

Carácter personal de la representación

Artículo 157º.- *El representante debe desempeñar personalmente el encargo, a no ser que se le haya facultado expresamente la sustitución.*

Siendo la representación un acto de confianza, el representante está obligado a ejercerla personalmente, salvo que el representado expresamente le haya facultado la sustitución. La sustitución requiere de poder especial que faculte al representante para hacerse sustituir por otro representante para el representado, es decir, por la sustitución del poder, el representante instituye otro representante para el representado. El representante hace la sustitución en nombre de su representado, obligando a éste respecto del sustituto y viceversa, es decir, el representante celebra un acto en iguales condiciones que todos los demás para los cuales se le otorgó poder y así como puede comprar, vender, hipotecar, a nombre de su representado, obligándolo respecto de aquellos con quienes contrata, puede también, realizar el acto de sustitución por el cual el representado queda directamente obligado en favor del sustituto y éste respecto de aquél.

Se establece una relación directa entre el representado y el sustituto representante. El sustituto representante está obligado a expresar en los actos que celebre que procede a nombre del representado, de tal modo que los efectos se producen directamente respecto a éste. El nuevo representante

puede ser instituido con las mismas o menores facultades que el sustituyente. Sea que el representante delegue todas o parte de sus facultades al nuevo representante (el sustituto), no queda desvinculado de la relación representativa, pudiendo dar instrucciones al nuevo representante para el ejercicio del negocio encomendado o incluso, pudiendo revocar la sustitución, salvo que el representado haya dispuesto que en caso de sustitución se extingue la representación original (artículos 158 y 159).

Nuestro código no distingue entre sustitución, que cuando es total, desvincula de la relación representativa al representante original, cuyo lugar viene a ser ocupado por el sustituto y delegación por la que el representante original permanece vinculado al representado. En la práctica jurídica, ambos términos, sustitución y delegación, se vienen utilizando como sinónimos. Sin embargo, en materia de representación procesal sí se distingue entre sustitución y delegación del poder. El apoderado puede sustituir sus facultades o delegarlas, siempre que se encuentre expresamente autorizado para ello. La sustitución implica el cese de la representación sin posibilidad de reasumirla; la delegación faculta al delegante para revocarla y reasumir la representación. La actuación del apoderado sustituto o delegado, obliga a la parte representada dentro de los límites de las facultades conferidas. La formalidad para la sustitución o la delegación es la misma que la empleada para el otorgamiento del poder (Artículo 77º del C.P.C.).

Sustitución y responsabilidad del representante

Artículo 158º.- *El representante queda exento de toda responsabilidad cuando hace la sustitución en la persona que se le designó. Si no se señaló en el acto la persona del sustituto, pero se concedió al representante la facultad de nombrarlo, éste es responsable cuando incurre en culpa inexcusable en la*

elección. El representante responde de las instrucciones que imparte al sustituto.

El representado puede accionar directamente contra el sustituto.

La sustitución consiste en la cesión que realiza el representante de su posición dentro de la relación representativa a persona distinta, quien viene a sustituirlo ocupando su lugar con las facultades que le fueron conferidas. Por efecto de la sustitución la relación representativa se extingue respecto del sustituyente y se entabla con el sustituto, quien se constituye en representante. Como el representante está obligado a ejercer personalmente la representación, dentro de las facultades que le han sido conferidas debe figurar la de la sustitución, pues así lo establece el arto 157 del Código Civil.

Como puede apreciarse, pues, la sustitución es una facultad que el representado debe conferirle expresamente al representante, vale decir, es un poder especial. De no mediar esta facultad y de producirse la sustitución, el representante incurre en responsabilidad y la gestión representativa del supuesto sustituido constituirá una anomalía y configurará una representación sin poder.

La norma, que registra los mismos antecedentes que la anterior, fue adoptada por la Comisión Revisora a propuesta de Carlos Cárdenas Quirós.

Como puede apreciarse de la norma transcrita, la facultad de sustitución puede ser otorgada con la designación del sustituto o dejándose librada al representante la designación. En el primer caso, el representante queda exento de toda responsabilidad, lo que no ocurre en el segundo caso.

En efecto, conforme al acotado arto 158, si el representante recibe la facultad de sustitución, pero sin designársele la persona del sustituto, el representante puede o no ejercer la facultad, pues como queda indicado la sustitución es facultativa, por lo que si la ejerce es responsable por la elección. Se trata de una responsabilidad por culpa in eligendo que según el arto 158 debe ser inexcusable, esto es, por negligencia grave (art. 1319), como sería el caso de sustituir la representación en persona con malos antecedentes o cuyo nombre aparece en los Boletines de Protestos o en las Relaciones de Cuentacorrentistas a quienes se les cierra la cuenta por girar cheques sin fondos.

El acotado art. 158 hace también al representante imputable de responsabilidad por las instrucciones que imparte al sustituto. Esta responsabilidad, en nuestra opinión, es imputable únicamente al caso del sustituto designado por el representante, aun cuando la construcción gramatical de la norma pueda llevar a pensar que es imputable en los dos casos que plantea. Pero no es así. La sustitución es, obviamente, un acto jurídico por el cual se traslada la representación, y con ella las facultades que dieron lugar al apoderamiento y que el representante celebra en uso de una facultad especial asumiendo la responsabilidad por la actuación del sustituto por él elegido. Si la representación se la traslada al sustituto designado por el representado es obvio, entonces, que no le alcanza responsabilidad alguna por la manera como se desempeña el sustituto.

Por último, el art. 158 faculta al representado a accionar directamente contra el sustituto, por cuanto la responsabilidad in eligendo del sustituyente es mancomunada y no solidaria, pues ésta sólo nace del título de la obligación O de la ley. La norma sub examine no establece una responsabilidad solidaria, lo que no obsta para que el representado la establezca al conferir la facultad de sustitución. Puede el representado tener razones para no demandar al

sustituyente y hacerlo sólo contra el sustituto o acumular sus pretensiones contra ambos (art. 83 del Código Procesal Civil) o hacerlo contra ambos o cualquiera de los dos si estableció la solidaridad (art. 1186 del Código Civil).

Revocación del sustituto

Artículo 159º.- *La sustitución puede ser revocada por el representante, reasumiendo el poder, salvo pacto distinto.*

La situación planteada por el acotado art. 159º nos lleva, para su esclarecimiento, a considerar la figura del subapoderamiento.

El subapoderamiento

La sustitución, según la noción que hemos dejado establecida, es la cesión de la representación y, con ella, de las facultades conferidas en el acto del apoderamiento, saliendo el representante sustituyente de la relación representativa y asumiendo el sustituto su posición frente al dominus. El subapoderamiento, por el contrario, no sustrae al representante de la relación representativa sino que le genera una relación con el subapoderado, pero para cuyo entablamiento se requiere que exista también facultad conferida por el dominus pues no le va a ser ajena. Por ello, creemos nosotros que para el subapoderamiento rigen también las disposiciones del art. 158.

El subapoderamiento es, pues, un acto jurídico en virtud del cual el representante otorga a otro sujeto, total o parcialmente, las facultades de las que está investido y que constituyen el poder que le ha sido conferido, reservándose el derecho de reasumirlas cuando lo estime conveniente o necesario.

El art. 159, a nuestro parecer, plantea la figura del subapoderamiento. Resulta así la posibilidad del representante de revocarlo y de reasumir el poder. El acotado art. 159, con la referencia a la sustitución genera confusión, pero, no obstante, la remisión al "pacto distinto" la entendemos como una referencia a la sustitución propiamente dicha, en virtud de la cual no le es posible al sustituyente reasumir ni la representación ni el poder. El "pacto distinto" es el que hace viable el subapoderamiento.

Representación directa

Artículo 160º.- *El acto jurídico celebrado por el representante, dentro de los límites de las facultades que se le haya conferido, produce efecto directamente respecto del representado.*

La representación directa se define como aquel tipo de representación en la cual el representante va a actuar por cuenta, y en nombre de otro sujeto, que será en consecuencia, el representado. Dentro de los requisitos de la representación directa se encuentran:

- El otorgamiento de un poder (apoderamiento) que faculta al representante, mediante un título de legitimación, a llevar a cabo negocios por cuenta de otra persona (representado) y recoge los límites a la hora de ejecutar o concertar determinados negocios jurídicos.
- La existencia de la "contemplatio domini", esto es, el conocimiento que tienen las partes, en las actuaciones en nombre ajeno, de la existencia de un dominus detrás del representante, por lo que se puede decir que a través de este (o de la autorización que ostente) se puede producir la "contemplación del dueño".

Ineficacia del acto jurídico por exceso de facultades

Artículo 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 éste 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 art. 161 c.c. individualiza, tres supuestos:

EXCESO DE FACULTADES

Se configura cuando, habiendo una relación jurídica representativa, el representante se extralimita, va más allá del ámbito de actuación conferido por el representado. Puede ser tanto en perjuicio o en beneficio del dominus. Este supuesto tiene que se diferenciado de la actuación ultra vires del representante: en este caso, que se da en el ámbito de la denominada representación orgánica, el representante (actuando dentro del ejercicio de sus funciones) va más allá del objeto social de la persona jurídica representada. A diferencia del art. 161, el acto tiene eficacia respecto del tercero de buena fe (art. 12 de la Ley General de Sociedades, N° 26887, del 09.12.97). Se discute en doctrina si en el caso de las personas jurídicas no lucrativas cabría aplicar este tipo de solución. Considero que la opción correcta es la afirmativa.

FALSA REPRESENTACIÓN

En este caso no existe la relación jurídica de representación. Se afirma que "naturalmente, cuando el pseudo representado sea cómplice del falso representante y haya realizado un verdadero engaño, o una estafa, con daño al tercero contrayente, incurrirá en una responsabilidad aquiliana". En nuestro sistema, se daría la responsabilidad solidaria de ambos ex art. 1983 c.c.

VIOLACIÓN DE FACULTADES

Este supuesto también es denominado en la doctrina como abuso en la representación, el cual "presupone que la actividad del representante aparezca exteriormente conforme al contenido de su efectiva legitimación, persiguiendo en concreto, no obstante, fines e intereses incompatibles (en todo o en parte) con aquellos del representado. En este caso, no existe ninguna posibilidad de confundir exceso de representación, que es el exceso de los límites de la legitimación y abuso, que implica la desviación de esta de sus fines sustanciales".

Dentro del mismo se encontraría, por ejemplo, el negocio jurídico celebrado por el representante en manifiesto conflicto de intereses con el representado, como sería el caso en el cual (habiendo estado facultado para vender un bien del representado) el re-presentante se lo venda a un familiar suyo o lo haga a un precio notoriamente inferior al del mercado. El art. 1394 del c.c. prescribe lo siguiente:

"El contrato concluido por el representante en conflicto de intereses con el representado puede ser anulado a pedido del representado, si el conflicto era conocido o reconocible por el tercero".

Nótese que el modelo italiano sanciona este supuesto con anulabilidad, mientras que el peruano con ineficacia. El conflicto de intereses entre representante y representado "debe referirse a la relación de gestión, en base a la cual el representante, como cooperante del principal, asume la obligación de actuar en el interés de este. De tal manera se tiene conflicto de intereses todas las veces que el cooperante desconoce esta obligación y desconoce el interés del principal, porque en el negocio a concluirse está comprometido un interés suyo o el interés de otro, el cual tiene en cuenta y está en contraste con el del principal. Así que el conflicto de intereses se resuelve en un peligro actual y real de daño para el representado, el cual, por la intervención de un elemento extraño, corre el riesgo de verse comprometido el fin que tenía en mente lograr cuando otorgó el mandato.

Un negocio realizado en estas condiciones está viciado, porque el representante, siendo el ejercicio actual del poder de representación incompatible con el fin para el cual fue concedido, debe considerarse despojado del poder de vincular al dominus. Precisamente el negocio es anulable y el dominus puede hacer valer sus pretensiones tanto contra el representante mismo, si es su contraparte, como contra el tercero contrayente, cuando pruebe que este último conocía la existencia del conflicto al momento de celebrar el negocio, o la situación objetiva era tal que él, utilizando la diligencia media, tenía la obligación de conocerla".

Una característica de la representación legal "es la posibilidad que, al surgir el conflicto, si se ha manifestado intempestivamente y que sea solo respecto de los actos en los cuales este se refleja, provoque el nombramiento o, la intervención, de un representante especial (...) en sustitución de uno general (padre, tutor)"

Ratificación del acto jurídico por el representado

Artículo 162º.- *En los casos previstos por el Artículo 161º, 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.

Anulabilidad del acto jurídico por vicios de la voluntad

Artículo 163º.- *El acto jurídico es anulable si la voluntad del representante hubiere sido viciada. Pero cuando el contenido del acto jurídico fuese total o parcialmente determinado, de modo previo, por el representado, el acto es anulable solamente si la voluntad de éste fuere viciada respecto de dicho contenido.*

Anulabilidad por vicio de la voluntad.

- Anulabilidad por error.

Si el error resulta ser una fuente o causa frecuente de anulación de actos jurídicos por actos celebrados entre personas presentes (es decir, entre personas que se encuentran en un mismo lugar al momento de la celebración del acto), será evidente que este vicio de la voluntad se presentará con mayor asiduidad en los contratos celebrados por teléfono.

Y es que si el agente que incurre en error ignora o hace una interpretación errónea de la realidad, caerá mucho más fácil en una situación de esta

naturaleza cuando no tenga la posibilidad de un contacto directo con el objeto sobre el cual está contratando.

En efecto, la contratación por teléfono acentúa de por sí la posibilidad de incurrir en error, en cualquiera de los supuestos que sobre este vicio de la voluntad contempla el Código Civil.

De este modo, haciendo un recorrido por las normas que el Código Civil contiene acerca del error, diremos que por teléfono será más frecuente que el agente se equivoque con respecto a la propia esencia o a una cualidad del objeto del acto que, de acuerdo con la apreciación general o en relación con las circunstancias, deba considerarse determinante de la voluntad.

Esto, en la eventualidad de que no tenga el objeto del contrato a la vista o que el mismo se halle en la esfera o posesión de su contraparte, en el otro extremo de la línea telefónica.

Y si resulta factible que el agente se equivoque acerca del objeto del acto, resultará aún mucho más factible que yerre en consideración a la persona de su contraparte, incurriendo así en el supuesto de error esencial contemplado por el inciso 2 del artículo 202 del Código Civil. Esta norma establece que el error es esencial cuando recae sobre las cualidades personales de la otra parte, siempre que aquellas hayan sido determinantes de la voluntad.

En el tema del error de derecho —lo consideramos así—, no tiene mayor importancia que la contratación se celebre por teléfono, ya que la materia

sustantiva de este vicio de la voluntad no guarda relación con el medio de comunicación empleado para contratar.

Con respeto al error in quantitati (es decir, el error sobre la cantidad), sí tendría relevancia el tema de contratar por teléfono, en la medida que tal vez el agente que incurre en error vicia su voluntad al no tener la posibilidad de efectuar una consideración adecuada de la magnitud de los bienes sobre los cuales está contratando (y no nos referimos — naturalmente— al simple cálculo o cómputo que se pudiera hacer sobre los bienes materia del contrato).

En cuanto al error en el motivo, podemos decir que este tema no tiene mayor relación con la contratación por teléfono; aquí, da exactamente lo mismo el medio que se emplee para la contratación, pues el motivo será susceptible de viciarse en cualquiera de ellos.

Por otra parte, recordamos que el artículo 208 del Código Civil prescribe: “Las disposiciones de los artículos 201 a 207 también se aplican, en cuanto sean pertinentes, al caso en que el error en la declaración se refiera a la naturaleza del acto, al objeto principal de la declaración o a la identidad de la persona cuando la consideración a ella hubiese sido el motivo determinante de la voluntad, así como al caso en que la declaración hubiese sido transmitida inexactamente por quien estuviere encargado de hacerlo.”

Pensamos que, en la contratación por teléfono, el error en la declaración podría asumir caracteres de mayor relevancia, en la medida que las partes no se encuentran comunicándose una frente a la otra, sino a distancia.

En razón de esa consideración, podría estimarse que ese hecho influye en que las partes asuman una actitud distinta en cuanto a la reflexión de sus declaraciones, ya sea tomando mayores o menores precauciones de las que se hubiesen tomado si estuvieran frente a frente. Por otra parte, habrá que tomar en consideración si las personas se encuentran igualmente serenas contratando a distancia que en presencia de la contraparte.

Con respecto a la contratación por teléfono, resulta también relevante lo prescrito por el artículo 209 del Código Civil: “El error en la declaración sobre la identidad o la denominación de la persona, del objeto o de la naturaleza del acto, no vicia el acto jurídico, cuando por su texto o las circunstancias se puede identificar a la persona, al objeto o al acto designado.”

Esta norma adquiere relevancia debido a que en este medio de comunicación será un tanto difícil apreciar el texto del contrato. En efecto, es muy probable que dicho texto no exista, a menos que las partes, a pesar de haber contratado por teléfono, se hayan ayudado de un texto escrito que ambas o una de ellas tenga, y se lo hayan leído recíprocamente.

También será evidente que el tema de las circunstancias a las que alude el artículo 209 del Código Civil resultará poco claro, en la medida que mucho más fácil será apreciar dichas circunstancias cuando nos encontremos entre personas que contratan una frente a otra, caso en el cual ellas podrán percibir —de manera más diáfana— todos los elementos que rodean al contrato que se ha celebrado, los mismos que podrán conducir o no a error respecto a la identificación de la persona, del objeto o del acto designado. Para concluir el tema del error con relación a la contratación por teléfono, debemos mencionar el punto de la cognoscibilidad del error Tal vez sea en

este rubro donde adquiera mayor relevancia el hecho de que las partes contratantes no se encuentren en un mismo lugar y frente a frente.

Decimos esto, dado que el tema de la cognoscibilidad del error —es decir, la aptitud de la contraparte (de aquella que no comete el error) de haber podido darse cuenta o percibir que la otra se estaba equivocando— será mucho más probable que se presente cuando las dos personas están una frente a otra. En tales casos, ambas podrán apreciar o percibir los gestos, actitudes, señas y demás elementos que hagan o puedan hacer pensar que la contraparte está incurriendo en error.

Mientras menos elementos de juicio se tengan respecto del actuar de la otra parte, menos posibilidades habrán de considerar que el error ha sido susceptible de ser conocido por aquel sujeto que no incurrió en error.

Con esto queremos decir que cuanta más cercanía y contacto exista entre las partes contratantes, mayor será la posibilidad de que el error sea cognoscible; y caso contrario, cuanto más distantes estén las partes y menos elementos de juicio tengan para saber de esta situación, menores serán las posibilidades de que el error sea cognoscible.

Así, el hecho de no ser cognoscible el error trae como correlato que el mismo tampoco sea esencial; lo cual, a su vez, lleva a que no se den los supuestos de error vicio contemplados en el artículo 201 del Código Civil y, consecuentemente, que el acto no sea susceptible de anulación.

Manifestación de la calidad de representante

Artículo 164º.- *El representante está obligado a expresar en todos los actos que celebre que procede a nombre de su representado y, si fuere requerido, a acreditar sus facultades.*

Presunción legal de representación

Artículo 165º.- *Se presume que el dependiente que actúa en establecimientos abiertos al público tiene poder de representación de su principal para los actos que ordinariamente se realizan en ellos.*

Anulabilidad de acto jurídico del representante consigo mismo

Artículo 166º.- *Es anulable el acto jurídico que el representante concluya consigo mismo, en nombre propio o como representante de otro, a menos que la ley lo permita, que el representado lo hubiese autorizado específicamente, o que el contenido del acto jurídico hubiera sido determinado de modo que excluya la posibilidad de un conflicto de intereses.*

El ejercicio de la acción le corresponde al representado.

El acto jurídico consigo mismo es una figura sui generis vinculada a la representación directa con poder y es por esta razón que ahora planteamos su desarrollo. Se configura cuando el representante, en ejercicio del poder que se le ha conferido, celebra un acto jurídico en nombre de su representado y se constituye, a su vez, en contraparte por interés propio, o, cuando teniendo dos representados celebra el acto jurídico en interés de ambos.

Se trata, pues, de una figura constituida por un acto bilateral en el que las manifestaciones de voluntad que deben confluir emanan del mismo sujeto que ejerce la representación: de un lado la voluntad manifestada en el ejercicio de la representación y, de otro, la suya en interés propio, o, de las manifestaciones de voluntad en interés de dos representados. Así, por ejemplo, si el representante tiene facultad de vender un bien de propiedad de su representado y él lo compra, o si, teniendo la representación del vendedor adquiere el bien a nombre de otro representado.

La figura a la que le hemos dado el nomen iuris de acto jurídico consigo mismo y que, como hemos indicado, es una suigeneridad, tiene como antecedente el tradicionalmente denominado autocontrato, que se configuraba cuando quien tenía el poder celebraba, como contraparte, el contrato con el poderdante, y la doble representación, que se configuraba cuando un solo sujeto tenía la representación de dos representados haciéndoles celebrar un acto jurídico con su sola intervención y voluntad. El Código Civil ha fusionado el autocontrato y la doble representación legislándolos en el art. 166.

Poder especial para actos de disposición

Artículo 167º.- *Los representantes legales requieren autorización expresa para realizar los siguientes actos sobre los bienes del representado:*

- 1.- Disponer de ellos o gravarlos.*
- 2.- Celebrar transacciones.*
- 3.- Celebrar compromiso arbitral.*
- 4.- Celebrar los demás actos para los que la ley o el acto jurídico exigen autorización especial.*

6. LA REPRESENTACIÓN LEGAL DE LAS PERSONAS NATURALES

En personas naturales: tiene por objeto hacer posible la participación de los incapaces en la vida jurídica. Por ello, la representación reposa en el Derecho objetivo y está supeditado a la ley, la que impone las facultades de las que puede hacer uso el representante, así como sus obligaciones y responsabilidades. Así son representantes legales los padres respecto a sus hijos menores, y aún de los que están por nacer en ejercicio de la patria potestad; lo son también los tutores, respecto de los menores no sometidos a la patria potestad; y los curadores, respecto a los incapaces mayores de edad, sometidos a interdicción. En todos estos casos, la capacidad de goce existe en la persona del representado, pero éste por razón, de su incapacidad de ejercicio no puede celebrar por sí el acto jurídico.

La falta de capacidad de sujeto, que requiere, por ello, de la tutela del ordenamiento jurídico, da lugar a la representación legal, aún cuando, como en el caso de los tutores y curadores, pueden ser acogidos pero sin que a su designación concurra la voluntad del incapaz que va a ser presentado. La voluntad del representante, de conformidad con las facultades que le confiere la ley, es la que da lugar a la formación del acto jurídico, cuyos efectos van a estar dirigidos al incapaz representado.

PERSONAS QUE NECESITAN SER REPRESENTADAS LEGALMENTE

Los sujetos de derechos que necesitan de la figura de la representación legal, son las personas naturales que se encuentren dentro de las categorías de incapacidad. Como sabemos, la regla general es que todas las personas sean capaces de ejercicio, y esta plena capacidad de adquiera a los 18 años. Se define la capacidad de ejercicio como la aptitud legal para ejercer los derechos y contraer obligaciones

por sí mismos, sin el ministerio o autorización de otra persona. Esta capacidad no es atributo de la personalidad.

El Código Civil señala a quienes son **absolutamente incapaces** (art. 43) así como a los relativamente incapaces y las causales para la interdicción (art. 44).

Incapacidad absoluta

Artículo 43º.- Son absolutamente incapaces:

1.- Los menores de dieciséis años, salvo para aquellos actos determinados por la ley: El presupuesto es considerado dentro de la incapacidad absoluta por considerar que los menores de 16 años no tienen la madurez adecuada para actuar, salvo en aquellos casos en que se trate de actos de quehacer diario, como la compra de útiles escolares, alimentos, etc.

2.- Los que por cualquier causa se encuentren privados de discernimiento: Podemos definir el discernimiento como la capacidad de juicio que tiene una persona y que le permite diferenciar una cosa de otra. En ese sentido, una persona puede verse privada de discernimiento debido a una enfermedad mental, situaciones de insania o por senilidad o pérdida en el uso de la razón.

Incapacidad relativa

Artículo 44º.- Son relativamente incapaces:

1.- Los mayores de dieciséis y menores de dieciocho años de edad: Incapacidad sustentada también en la falta de discernimiento.

2.- Los retardados mentales: Se refiere aquí a personas que no se encuentran privadas de discernimiento sino que tienen razonamiento, aunque por pasajes se encuentra oscurecido.

3.- Los que adolecen de deterioro mental que les impide expresar su libre voluntad: Su estado es intermedio, entre la normalidad y la alienación, no se han desarrollado en forma normal pero conservan su disminuido uso de razón.

4.- Los pródigos: La RAE define a los pródigos como aquellas personas que dilapidan su propio patrimonio, afectando los intereses incluso la alimentación de su familia, los pródigos deben ser declarados como tales mediante sentencia judicial.

5.- Los que incurren en mala gestión: Parecido al ítem anterior, se refiere a que la persona no cuenta con suficiente racionalidad para llevar a cabo sus negocios, situación que debe ser evaluada y declarada judicialmente por un juez.

6.- Los ebrios habituales: eferido a las personas que tienen inclinación por el consumo de bebidas alcohólicas en forma excesiva permanente, convirtiéndose ello en un estado patológico que afecta el entorno personal y familiar.

7.- Los toxicómanos: Esta causal de incapacidad relativa se configura debido al consumo de drogas o sustancias alucinógenas en forma habitual.

8.- Los que sufren pena que lleva anexa la interdicción civil: La interdicción es la declaración de incapacidad de acuerdo a las causas que establece la ley, en ese sentido, una persona que sufre una sanción anexada a la interdicción incurre en esta causal.

Representante legal de incapaces

Artículo 45º.- Los representantes legales de los incapaces ejercen los derechos civiles de éstos, según las normas referentes a la patria potestad, tutela y curatela.

Artículo 46º.- Capacidad adquirida por matrimonio o título oficial

La incapacidad de las personas mayores de dieciséis (16) años cesa por matrimonio o por obtener título oficial que les autorice para ejercer una profesión u oficio.

La capacidad adquirida por matrimonio no se pierde por la terminación de éste.

Tratándose de mayores de catorce (14) años cesa la incapacidad a partir del nacimiento del hijo, para realizar solamente los siguientes actos:

1. Reconocer a sus hijos.
2. Demandar por gastos de embarazo y parto.
3. Demandar y ser parte en los procesos de tenencia y alimentos a favor de sus hijos.

- **La representación de los desaparecidos y de los ausentes**

La misma función tuitiva que sustenta la representación de los menores e incapaces, sustenta también la representación de los desaparecidos y de los ausentes, para quienes el Código Civil dispone que se les debe proveer de curatela (art. 597).

La desaparición se configura cuando una persona no se halla en el lugar de su domicilio y han transcurrido más de 60 días sin noticias sobre su paradero y siempre que no exista representante con facultades suficientes (art. 47). A la

persona, así desaparecida, se le debe nombrar un curador interino para que asuma su representación legal.

La ausencia configura cuando la desaparición se prolonga por más de dos años, en cuyo caso es necesario que la situación de hecho producida por la desaparición se torne en una situación de derecho mediante resolución judicial que declare la ausencia (art. 49), procediéndose a dar la posesión temporal de los bienes a quienes tengan vocación hereditaria (art. 50) hasta la declaración de muerte presunta (art. 63). Como puede apreciarse, en el caso de la ausencia no se da lugar a la representación legal. Sin embargo, el mismo Código Civil, en su artículo 597 asimila la ausencia a la desaparición y dispone, para ambos casos, el nombramiento de curador, lo que constituye una evidente contradicción, a nuestro parecer, con la norma del art. 50.

Derechos y obligaciones del administrador judicial Artículo

55º.- Son derechos y obligaciones del administrador judicial de los bienes del ausente:

- 1.- Percibir los frutos.
- 2.- Pagar las deudas del ausente y atender los gastos correspondientes al patrimonio que administra.
- 3.- Reservar en cuenta bancaria, o con las seguridades que señale el juez, la cuota a que se refiere el Artículo 51º.
- 4.- Distribuir regularmente entre las personas que señala el Artículo 50º los saldos disponibles, en proporción a sus eventuales derechos sucesorios.
- 5.- Ejercer la representación judicial del ausente con las facultades especiales y generales que la ley confiere, excepto las que importen actos de disposición.

6.- Ejercer cualquier otra atribución no prevista, si fuere conveniente al patrimonio bajo su administración, previa autorización judicial.

7.- Rendir cuenta de su administración en los casos señalados por la ley

- Muerte presunta

La muerte Presunta se da cuando no se tiene certeza de la existencia de una persona, es decir, cuando se dan los casos de ausencia o de desaparición y se desconoce si es que la persona de la cual no se tienen noticias sigue con vida o no.

Se puede decir que se determina que una persona está muerta sin la necesidad de mostrar el cadáver, simplemente por el hecho de la ausencia prolongada de la persona.

Acerca de este tema podemos encontrar en el artículo 63° del código civil.

Requisitos para la Declaración de Fallecimientos:

Los requisitos son los siguientes:

- a. Que la persona a la que se desea declarar como muerta se halle desaparecida.
- b. Establecer según la edad el tiempo que la persona se encuentre desaparecida 10 años de desaparición en general, y 5 años para personas mayores de 80 años.
- c. Que hayan transcurrido 2 años luego de la desaparición de una persona cuya desaparición pudo darse en circunstancias constitutivas de peligro de muerte. Esto habla por ejemplo, cuando la desaparición fue de un niño que estaba con comienzos de neumonía.
- d. Cuando exista certeza de la muerte, sin haber hallado el cadáver o sin haberlo reconocido. Tenemos aquí por ejemplo, cuando hay un accidente de avión, y

cabén las mínimas posibilidades de supervivencia, porque el accidente se dio en medio del mar, donde no pudo llegar equipo de emergencia alguno.

7. LA PATRIA POTESTAD

La patria potestad se ejerce conjuntamente por el padre y la madre durante el matrimonio, correspondiendo a ambos la representación legal del hijo, debiendo en caso de disenso resolver el juez competente (art. 419).

En caso de separación de cuerpos, de divorcio o de invalidación del matrimonio, la patria potestad se ejerce por el cónyuge a quien se confían los hijos (art. 420). La patria potestad sobre los hijos extramatrimoniales se ejerce por el padre o la madre que los ha reconocido y, si ambos los han reconocido, el juez competente determina a quién le corresponde (art. 421). Los deberes y derechos inherentes al ejercicio de la patria potestad están enumerados en el art. 423, indicándose entre ellos los de representar a los hijos en los actos de la vida civil (inc. 6) y administrar sus bienes (inc. 7). La enajenación y gravamen de los bienes de los hijos, así como los actos que enumera el art. 448, los estudiaremos con los actos que requieren la autorización expresa según el art. 167 del Código Civil.

La Patria Potestad es una figura jurídica recogida tanto en el Código Civil como en el Código de los Niños y Adolescentes. Si bien es cierto esta institución no ha sido definida ni desarrollada en detalle en ambos cuerpos legales, tan bien es cierto que en ambas normas se han señalado los deberes y derechos que dicha figura genera en los padres respecto de los hijos.

Así tenemos el artículo 423 del Código Civil y el artículo 74 del Código de los Niños y Adolescentes, siendo esta última norma, la que precisó sutilmente a los incisos señalados anteriormente en el artículo 423 del Código Civil, además de agregar el deber de velar por el desarrollo integral del menor, de acuerdo al siguiente texto:

“Artículo 74.- Deberes y derechos de los padres.-

Son deberes y derechos de los padres que ejercen la Patria Potestad:

- a) Velar por su desarrollo integral;
- b) Proveer su sostenimiento y educación;
- c) Dirigir su proceso educativo y capacitación para el trabajo conforme a su vocación y aptitudes;
- d) Darles buenos ejemplos de vida y corregirlos moderadamente. Cuando su acción no bastare podrán recurrir a la autoridad competente;
- e) Tenerlos en su compañía y recurrir a la autoridad si fuere necesario para recuperarlos;
- f) Representarlos en los actos de la vida civil mientras no adquieran la capacidad de ejercicio y la responsabilidad civil;
- g) Recibir ayuda de ellos atendiendo a su edad y condición y sin perjudicar su atención;
- h) Administrar y usufructuar sus bienes, cuando los tuvieran; y
- i) Tratándose de productos, se estará a lo dispuesto en el Artículo 1004 del Código Civil.”

De ahí que podamos concluir que la figura de la Patria Potestad es una institución que impone a los padres deberes y derechos a efectos de cuidar y proteger a los hijos menores de edad.

Respecto de dichos derechos y deberes encontramos al derecho de Tenencia que es materia de comentario en el presente artículo, el cual está señalado en el literal e) que se refiere a tener a los hijos en su compañía y recurrir a la autoridad si fuere necesario para recuperarlos, este inciso se refiere al derecho exclusivo de los

padres a hacer vida en común con sus hijos, es decir, el derecho de vivir con ellos en el mismo domicilio.

En determinadas circunstancias el ejercicio de este derecho puede verse interrumpido como cuando los padres del menor se encuentren separados de hecho, es decir, cuando ambos padres viven en domicilios distintos.

Por ello, se ha establecido legalmente que durante la vigencia del matrimonio o cuando ambos padres vivan juntos o en el mismo domicilio, la Tenencia del menor se ejerza conjuntamente. En cambio, en el supuesto de que los padres se divorcien o decidan separarse de hecho, la Tenencia se determinará de común acuerdo entre ellos. Y en caso de discordia o no existir acuerdo, la Tenencia la resolverá el Juez competente.

En caso de darse el último supuesto señalado en el párrafo anterior, los padres que no ejerzan la Tenencia del menor tienen el derecho de visitar a sus hijos, debiéndose fijar para ello el lugar y el tiempo de común acuerdo entre los padres o, de darse el caso, por el Juez competente.

En este punto, cabe resaltar, que sólo los padres del menor podrán solicitar ante el Juzgado competente la Tenencia del menor. Mientras que el Régimen de Visitas podrá ser solicitado por el padre o la madre que no obtenga la Tenencia del menor y, excepcionalmente, podrán solicitarla los parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad del padre que hubiera fallecido, se encontrara fuera del lugar de domicilio o se desconociera su paradero, de conformidad con el artículo 88 del Código de los Niños y Adolescentes.

Como hemos visto la figura jurídica de la Patria Potestad, otorga a los padres la posibilidad de ejercer una o varias de las facultades previstas en la legislación

pertinente, tales como la tenencia del menor, la administración de los bienes del menor o la representación legal, entre otros atributos.

Sin embargo, hay situaciones que ocasionan que se suspenda el ejercicio de algunas o varias de las facultades que otorga la Patria Potestad a los padres, por un periodo determinado, tales como:

“Artículo 75.- Suspensión de la Patria Potestad.-

La Patria Potestad se suspende en los siguientes casos:

- a) Por la interdicción del padre o de la madre originada en causas de naturaleza civil;
- b) Por ausencia judicialmente declarada del padre o de la madre;
- c) Por darles órdenes, consejos o ejemplos que los corrompan;
- d) Por permitirles la vagancia o dedicarlos a la mendicidad;
- e) Por maltratarlos física o mentalmente;
- f) Por negarse a prestarles alimentos;
- g) Por separación o divorcio de los padres, o por invalidez del matrimonio de conformidad con los Artículos 282 y 340 de Código Civil.
- h) Por habersele aperturado proceso penal al padre o la madre por delitos previstos en los artículos 173, 173- A, 176-A, 179, 181 y 181-A del Código Penal.”

Cuando cese la causal que motivó la suspensión del ejercicio de la Patria Potestad, los padres suspendidos podrán pedir la restitución de la Patria Potestad (artículo 78 del Código de los Niños y Adolescentes).

Y, así, como hay causas que generan la suspensión también hay circunstancias que ocasionan la extinción o pérdida definitiva de la Patria Potestad, es decir, se extinguirá cuando no tiene sentido continuar con el ejercicio de las facultades que dicha figura jurídica otorga, como cuando se obtiene la mayoría de edad, la muerte del hijo o del padre, o el cese de la incapacidad; asimismo, se perderá definitivamente cuando los padres hayan cometido un delito doloso en agravio del menor hijo, por declaración judicial de abandono o reincidencia en algunas de las causales del artículo 75 del Código de los Niños y Adolescentes. En tal sentido, la Patria Potestad se extinguirá o perderá en los siguientes casos:

“Artículo 77.- Extinción o pérdida de la Patria Potestad.-

La Patria Potestad se extingue o pierde:

- a) Por muerte de los padres o del hijo;
- b) Porque el adolescente adquiere la mayoría de edad;
- c) Por declaración judicial de abandono;
- d) Por haber sido condenado por delito doloso cometido en agravio de sus hijos o en perjuicio de los mismos;
- e) Por reincidir en las causales señaladas en los incisos c), d), e) y f) del Artículo 75;
- y,
- f) Por cesar la incapacidad de hijo, conforme al Artículo 46 del Código Civil.”

Ante la ocurrencia de los supuestos mencionados en el párrafo anterior no cabe solicitar la restitución de la Patria Potestad porque esta quedó extinguida o porque su pérdida es definitiva.

Sin embargo, a pesar de que el padre o la madre se encuentre suspendida o haya perdido la Patria Potestad y, en consecuencia, no se encuentre en el ejercicio de una o varias de las facultades que dicha institución otorga, por ningún motivo

cesará la obligación de proveer alimentos a sus hijos, en conformidad con el artículo 94 del Código de los Niños y Adolescentes.

La suspensión o pérdida de la Patria Potestad podrá ser solicitada por los padres, ascendientes, hermanos, responsables o cualquier persona que tenga legítimo interés, de acuerdo con el artículo 79 del Código de los Niños y Adolescentes.

8. LA TUTELA

1. CONCEPTO

La tutela, que se ejerce sobre los menores que no están bajo la patria potestad, determina que el tutor los represente en los actos civiles (art. 527). Los actos enumerados en el art. 532, que requieren de autorización especial, los consideraremos también al hacerla del ya acotado art. 167.

Ha quedado precisado que la Tutela es una figura supletoria de la Patria Potestad, por lo tanto, no pueden coexistir ambas instituciones, pues si existe Tutela es porque no hay Patria Potestad, y si se está ejerciendo Patria Potestad, no cabe bajo ninguna norma (en principio, porque excepcionalmente, sí será posible) la existencia de la Tutela. Ahora bien, si la Tutela entra en defecto de la Patria Potestad, resulta pertinente preguntarse si ambas instituciones tienen idéntico contenido, y si en buena cuenta no vienen a ser lo mismo pero con distinto nombre. En tal circunstancia debemos responder a esa pregunta estableciendo algunas diferencias que existen entre ambas instituciones:

2. DIFERENCIAS

LA PATRIA POTESTAD	LA TUTELA
<ul style="list-style-type: none">• En la patria potestad, los padres ejercen sus atribuciones más que un imperativo legal como un imperativo de orden moral que viene de la naturaleza.• La patria potestad es una institución eminentemente familiar pues su ejercicio descansa en los padres del menor.• En la patria potestad no se requiere la fiscalización ya que se sobrentiende que los padres quieren lo mejor para con sus hijos.• Existe un usufructo legal.	<p>En la tutela las responsabilidades son asumidas por el tutor como una carga publica creada por la ley.</p> <p>La tutela siendo una institución familiar no necesariamente su ejercicio debe recaer en parientes del menor, pudiendo ser ejercida por personas extrañas al menor.</p> <p>En la tutela se requiere de la fiscalización permanente que se hace al tutor.</p> <p>No existe un usufructo legal.</p>

3. CARACTERISTICAS DE LA TUTELA.

La institución de la tutela tiene particularidades, características propias que la hacen una institución autónoma, pero todos esos rasgos propios se ubican dentro del marco de protección al incapaz, pues no olvidemos que la tutela existe en función a atender a las necesidades del niño o adolescente cuyos padres no ejercen patria potestad. Entre las características tenemos.

a. Interés Colectivo en la Institución.

La tutela está pensada en función de los intereses del menor, en atención a su incapacidad, y por ello, quien viene a cuidarlo debe ejercer el cargo a favor del niño o adolescente, y no en su propio beneficio. Estas necesidades por satisfacer, hacen que la sociedad no este de espaldas al ejercicio del cargo, sino que, a través de sus autoridades pertinentes, vigíele constantemente el desempeño del tutor, a la par de convertir el cargo en obligatorio, tal como lo manda el artículo 517 del Código de los Niños y Adolescentes, en su artículo 100, refiere que el juez especializado es el responsable de supervisar periódicamente el cumplimiento de su labor.

- b. **El cargo otorga representatividad.**-Recordemos que el pupilo es una persona incapaz de valerse por sí mismo, no puede cuidar sus interés y requiere de asistencia, cuidado y protección permanente, sin embargo, esta incapacidad va a ir desapareciendo lenta, pero seguramente, conforme avance el desarrollo del menor según su edad. En esa medida resulta pertinente que aquel que cuide al menor tenga suficiente poder para representarlo en los actos de su vida diaria y en particular cuando se trate de los intereses económicos del menor, y es así como el artículo 527 del Código Civil refiere que el tutor representa al menor en todos los actos civiles, norma que debemos concordarla con el artículo 45 del Código Civil, referido a los representantes legales de los incapaces quienes ejercen los

derechos civiles de estos, según las normas referentes a la patria potestad, tutela y curatela, sin embargo el artículo 527 citado tiene una segunda parte donde señala una excepción, esto es, se faculta a los menores que por disposición de la ley puedan ejecutar actos por si solos, aludiendo a la edad alcanzada por el menor, en la que ya goza de ciertos discernimiento y, por lo tanto no requieren del tutor para ejercer determinados actos.

- c. **El cargo es obligatorio.**-Es importante que este cargo sea obligatorio ya que así no se puede rechazar, sino que debe asumirse obligatoriamente, no otorgando al convocado la mínima posibilidad de repudiar tal cargo. Su asunción es obligatorio, en atención a que detrás de la tutela existe un deber social, que se traduce en el cuidado del incapaz, por lo tanto, se hace necesario que los llamados a la institución no eludan tal compromiso (salvo excepciones)
- d. El cargo es personalísimo.-Hemos señalado que la tutela es un deber de solidaridad social, por lo tanto el convocado a la tutela, tiene que cumplir este deber social como una suerte de contribución que da a la sociedad, de la que recibe una serie de oportunidades para su desarrollo personal, en esa medida no se permite que él debe asumir en forma personal el cargo, lo que no impide necesariamente que, en algunos casos, pueda contratar a ciertas personas que se encarguen de algunos intereses del patrimonio del menor. asimismo se debe tener en cuenta el artículo 647 inc. 7 del Código Civil que señala "Corresponde al consejo de familia autorizar al tutor o curador a contratar bajo su responsabilidad, una o más administradores especiales, cuando ello sea absolutamente necesario y lo apruebe el Juez".
- e. **Desempeño unipersonal del cargo del tutor.**-Por regla general. la tutela en ningún caso puede desempeñarse conjuntamente, ni aunque los padres la

hubiesen dispuesto en esta forma. Tampoco es posible, refiere Borda, admitir que en el testamento se designe un tutor y se encargue la guarda a otra persona; porque ello importa un desmembramiento de funciones. Sólo por excepción la ley admite la designación de un tutor especial para la atención de determinados asuntos, que por distintos motivos no podría estar a cargo del tutor general. El actual Código acepta virtualmente la regla general y no admite excepciones cuando se trata de la tutela legítima y de la dativa, pero tratándose de la tutela testamentaria cabe, eventualmente, la pluralidad de tutores simultáneos. Con respecto a la tutela estatal, ésta se ejerce por los directores de los respectivos establecimientos (artículo 506, 508, 505, 510 y 511).

- f. **El cargo de tutor es remunerado.**-La tutela implica una carga, responsabilidad a asumir, lo que significa distraer tiempo para dedicarlo al menor, por lo tanto, si esto es así, resulta justo que aquel que cuida a un menor, aun cuando se trate de un deber social, deba recibir en parte de pago una remuneración, sobre todo cuando se trata de cuidar un patrimonio, en el que existen intereses económicos que puedan ser muy significativos, y que demandaran del tutor una atención preferencial. Pues bien, este es el sentido de la norma contenida en el artículo 539 del Código Civil, referido al derecho del tutor a recibir una remuneración que fijará el juez, teniendo en cuenta la importancia de los bienes del menor.

9. ELEMENTOS DE LA TUTELA.

Entre los elementos de la tutela tenemos a los principales actores de la institución, como son el tutor, y el niño o adolescente bajo tutela, a quien se le denomina el pupilo.

- a. **EL TUTOR.-** Viene a ser la persona natural, convocada para cuidar al pupilo y, si fuera el caso, el patrimonio del niño o adolescente que no se encuentra bajo patria potestad de sus padres. Se ha señalado ya que el cargo de tutor es obligatorio, en tal circunstancia el llamado a la tutela, si es que no se encuentra dentro de los impedimentos o excusas para apartarse del cargo, debe asumir esta obligación social, que lo comprometerá con un incapaz a quien debe protección, amparo y socorro, y así estará ayudándolo, dentro del medio social en que se desenvuelven, a una coexistencia pacífica, por cuanto alguien tiene que ocuparse de las personas incapaces menores de edad que existen en una colectividad, ante la eventualidad de que sus padres no lo hagan.

La urgencia de la designación del tutor está en relación directa con la emergencia en que se encuentra el incapaz, cuyos padres no están al frente de él. Por ello se hace necesario que, a la mayor brevedad, proceda la convocatoria del tutor, pues su dilación iría en contra de los intereses del menor. Y en atención a ello, el artículo 508 del Código Civil faculta a los parientes del menor, al fiscal, y aun a cualquier persona, a solicitar la convocatoria del consejo de familia para que se designe tutor cuando no hay nombramiento de tutor testamentario ni legítimo. Así mismo el artículo 514 prevé la situación de la carencia del tutor en pleno ejercicio, y faculta al juez, de oficio o a pedido del fiscal, para que tome las providencias del caso, para el cuidado de la persona y seguridad de los bienes del menor, y por otro lado, impone al tutor convocado al cargo, a que solicite el discernimiento en forma inmediata, solicitud que puede formularla cualquier pariente e incluso cualquier persona, facultándose al juez para que lo ordene de oficio ante ausencia del pedido de discernimiento.

- b. **EL PUPILO.-** Es el niño o adolescente que se encuentra bajo tutela, según nuestra legislación es el menor de 18 años de edad que no se encuentra bajo la patria potestad de ninguno de sus padres, lo que implica que basta que una solo de los padres ejerza patria potestad para que no haya lugar a la tutela. Ahora bien, esta regla tiene una excepción, la misma que está referida al menor de 16 años de edad que ha contraído matrimonio, y que por el hecho de este matrimonio sale a la capacidad, y en tal medida y pese a su minoridad ya no cae bajo tutela, pues ha salido de la patria potestad, y se le considera una persona capaz, en pleno ejercicio de sus derecho. Así mismo el menor de 16 años que ha adquirido un título oficial que lo habilita para ejercer una profesión u oficio, merito por el cual habrá salido a la capacidad, y por lo tanto se habrá extinguido la patria potestad, no siendo necesario que esta institución sea reemplazada por otra, por cuanto ya estamos ante una persona capaz

10. CLASES DE TUTELA

El legislador peruano ha establecido varias clases de tutela y les ha impuesto a ellas un orden de prelación. Ahora bien, los criterios que ha seguido para hacer el distingo entre estas clases de tutela, básicamente descansan en la fuente de donde emergen entre ellas tenemos.

- a. **TUTELA VOLUNTARIA.-** En este caso la fuente de la convocatoria descansa en la voluntad de determinadas personas, voluntad que puede manifestarse a través de la vía testamentaria o escritura pública. Sobre el particular, el artículo 503 del Código Civil en su primera parte refiere textualmente quienes tienen facultad para nombrar tutor en testamento o por escritura pública, y en los tres incisos que contiene el precepto legal establece un orden de estas personas facultadas para la convocatoria del

tutor. El padre o la madre, el abuelo o la abuela, y cualquier testador. Sin embargo, cada una de estas posibilidades merece atención especial, porque entrañan situaciones no muy claras y que incluso se pueden prestar a confusión. Por lo tanto se requiere el análisis de cada uno de estos incisos.

- **El padre o la madre sobreviviente para los hijos que estén bajo su patria potestad.-** Se entiende que tienen tal prerrogativa solo los padres que ejercen patria potestad sobre sus hijos, aquel padre o madre que no ejerce o ha sido suspendido o se le ha extinguido la patria potestad no tendrá tal derecho. La norma se pone en el caso de que ambos padres hayan usado esta facultad, entonces que designación es la que se prefiere, en este caso será la de aquel que sobreviva al otro, y ello por cuanto si ambos designaron tutor por ejemplo por testamento, y fallece la madre, entonces la designación realizada por ella no surtirá efecto, porque a su deceso al sobrevenirle el marido, será el quien ejerza en exclusividad la patria potestad, y por ende no tiene cabida la tutela. Caso diferente es si los dos hubieran designado tutor por testamento y que esta designación recaiga en persona distintas, y ocurre la muerte de los dos en un solo acto, sin conocer quien sobrevivió al otro. En esa circunstancia, y para efectos hereditarios, no hay sucesión entre ellos. Pero en cuanto a la designación del tutor, creemos que es este caso, y con la ayuda del consejo de familia, será el juez quien decidirá quién debe ejercer la tutela. Una excepción a la regla que acabamos de explicar la constituye el artículo 504 del Código Civil, que refiere que si uno de los padres fuere incapaz, valdrá el nombramiento de tutor que hiciere el otro, aunque este muera primero quizás pueda decirse que la norma es innecesaria y hasta ociosa, por cuanto si el sobreviviente es incapaz, a tenor del artículo 75 inciso A del Código del Niño y Adolescente, tal

padre o madre no ejerce patria potestad, y por lo tanto sin la mínima posibilidad de designar tutor para su hijo. En tal caso, si el cónyuge del incapaz designa para su hijo, al producirse su deceso, tal designación valdrá pese a la sobrevivencia de su consorte, que como sabemos no ejerce patria potestad por su incapacidad. Sin embargo creemos útil la norma para evitar cualquier duda sobre el particular y así el tutor pueda en forma inmediata entrar a cumplir sus funciones.

- **El abuelo o la abuela para los nietos sujetos a su tutela legítima.**- si no hubiera convocatoria realizada por los padres, vía el testamento o escritura pública, entonces tendrá facultad de designar tutor no todos los abuelos o abuelas, sino aquel, o aquella que estuviera ejerciendo la tutela legítima de su nieto. En efecto, al no haber designación de tutor por los padres, y al no ejercer ambos la patria potestad, entonces se ha tenido que ir a la tutela legítima, que explicaremos más adelante y en este caso dentro de todos los ascendientes se ha escogido a uno de ellos, que ejerce el cargo de tutor legítimo de su nieto, pues bien es el quien tiene la prerrogativa, como previsión, en caso de su fallecimiento, para nombrarle tutor a su nieto, a fin de que lo cuide cuando el ya no exista.
- **Cualquier testador, para el que instituya heredero o legatario, si este careciera de tutor nombrado por el padre o la madre y de tutor legítimo y la cuantía de la herencia o del legado bastare para los alimentos del menor.**-La hipótesis está referida a cualquier tercero que tiene un marcado interés en el menor y desea favorecerlo, constituyéndolo como un heredero voluntario o legatario, dejándole bienes suficientes para cubrir sus alimentos. Pues bien, en esas circunstancias, y atendiendo al sano interés demostrado por el tercero a favor del menor, se le concede esta facultad de designarle tutor. Ahora

bien, esta designación está condicionada a que los padres del menor no hayan hecho uso de su facultad de designar tutor por testamento o escritura pública, así como la ausencia de tutor legítimo del menor, solo así podrá ser efectiva la designación de tutor por este tercero ajeno al menor, sin embargo, cabe la pregunta respecto de una probable designación de tutor para el que viene desempeñando la tutela legítima, así como por el tercero, en esa circunstancia estaríamos ante dos personas convocadas para el cargo, la del abuelo y la del tercero. Sobre el particular, creemos que se prefería la convocatoria realizada por el tercero, no solo porque no existe tal condicionamiento en la ley, como si lo hay respecto de la existencia del convocado por el padre o madre, o la existencia del abuelo que ejerce la tutela legítima, sino también por cuanto juega a favor del menor, quien vería guardados sus intereses en atención al desprendimiento del tercero que le concede una liberalidad, y con ello está demostrando su marcado interés en beneficiario.

- b. **TUTELA LEGÍTIMA.-** A falta de designación de tutor vía testamento o escritura pública, corresponde a la ley designar tutor, y de allí el nombre de tutela legítima, nombre que no es muy feliz, pues todas las otras clases de tutela vendrían a ser igualmente legítimas, sin embargo es el nombre que por fuerza de la tradición se mantiene, y así el artículo 506 del Código Civil refiere que, a falta de tutor nombrado en testamento o por escritura pública, desempeñan el cargo los abuelos y demás ascendientes, prefiriéndose el más próximo al más remoto, y en igualdad de grado al más idóneo. Además se debe tener en cuenta que tenemos que aseverar es que esta tutela solo entra en defecto de la tutela voluntaria, y se trata del ejercicio unipersonal del cargo, esto es, se hace una selección de todos los ascendientes para escoger a uno solo de ellos, considerándose dentro de los criterios, en primer lugar, la proximidad de grado, y en igualdad de

grado, la idoneidad del más calificado, idoneidad que será decidida por el juez con la opinión del consejo de familia. Por otro lado, nuestro código al pronunciarse sobre esta clase de tutela, hace un distingo entre el parentesco matrimonial y extramatrimonial; en efecto, si se trata de que el menor viene de una relación matrimonial, el abuelo o abuela que es convocado a la tutela legítima no necesita ratificación o conformación del cargo, lo que no quiere decir que la obligación del discernimiento o juramentación no esté presente, sin embargo, si el menor viene de una relación extramatrimonial, entonces el abuelo que pretenda ejercer el cargo de tutor legítimo, necesariamente deberá pasar por la ratificación del cargo, ratificación en la que interviene el juez especializado.

Tal apreciación lo podemos inferir del artículo 507 del Código Civil, norma que nos parece acertada, por cuanto la situación de ese menor, puede ser distante respecto del ascendente que desea ocupar el cargo de tutor, y ello debido a que si todos los hijos son iguales ante la ley, no se puede desconocer que no es generalmente la misma situación en la que se ha desarrollado el menor, tratándose de una familia matrimonial respecto de la extramatrimonial, en la que incluso ese menor pudo haber estado separado no solo físicamente, sino también moralmente de los padres de sus padres extramatrimoniales, justificándose por ende que al querer asumir el abuelo la tutela por falta de los padres extramatrimoniales del menor, sea el juez, quien contemplando el interés superior del menor, decida si conviene o no que ese ascendente ejerza el cuidado del menor, sobre todo si tuviera patrimonio propio.

- c. **TUTELA DATIVA.**-Según Cabanellas es la discernida por designación judicial o del consejo de familia y no por disposición testamentaria ni por ministerio de la ley.

Según nuestra legislación es la atribución que concede el consejo de familia a favor de una determinada persona para que cuidado la persona y bienes del incapaz que no está bajo patria potestad esta tutela. Es supletoria de la testamentaria u legitima solamente entra en defecto de la voluntaria y la legitima, y que la designación debe recaer en una persona residente en el domicilio del menor. Repárese en que puede ser cualquier persona no necesariamente pariente del menor, aun cuando en la práctica suele designarse para este cargo a los parientes colaterales del menor sobre todo los del tercer grado. El convocado a esta tutela debe residir en el lugar donde domicilia el menor, y ello es pertinente y necesario, pues de caso contrario estaríamos dando excusa al convocado para no asumir el cargo, que si bien es una carga publica tal carga no puede perjudicar el llamado, desligándolo de su residencia habitual para ir a vivir en el lugar donde reside el menor. La ratificación del tutor por el Consejo de Familia se realiza cada dos años sin perjuicio de disponerse su cambio cuando el mismo consejo a si lo considere necesario e impensable para el menor.

- d. **TUTELA ESTATAL.**-La inexistencia de tutor voluntario, legitimo o dativo, he incluso el mal ejercicio de la patria potestad, va a dar lugar a que el Estado cumpliendo su rol protector de la niñez abandonada o en peligro moral, cuide de estos menores. Se trata de un tutela supletoria que entra en defecto de las tres anteriores, sin embargo, consideramos que igualmente pueda darse cuando el hijo se encuentre bajo patria potestad de sus padres, y sucede cuando los deberes que impone la patria potestad, de cuidado, protección y amparo , no se están cumpliendo, sino todo lo contrario pues pese a que en teoría están bajo patria potestad, nos encontramos con niños que viven en la calle o adolescentes infractores que están sometidos a jurisdicción del Juez tutelar.

El sustento más importante de esta clase de tutela es el artículo 4 de la Constitución Política del Estado, que refiere que la comunidad y el Estado protegen especialmente al niño y al adolescente en situación de abandono.

- e. **TUTELA OFICIOSA.-** Razones de índole estrictamente moral y que revelan una gran solidaridad social, pueden llevar a una persona a cuidar a un menor como si fuera hijo propio, dedicarle atención preferente, alimentarlo, educándolo, asistiéndolo y, en fin, proporcionándole un trato personal o maternal. Sin embargo nadie lo ha nombrado guardador de este infante, pese a que está asumiendo todas las funciones inherentes al cargo de tutor. En esta situación es indudable que estamos ante un tutor oficioso, pues ejerce el cargo sin título, y merece un tratamiento legal, en particular para regularizar, sin que le ocasione problemas de orden policial o judicial.

11. CONDICIONES QUE DEBE REUNIR EL TUTOR

Al tratar las características de la Tutela, señalamos que existía un interés colectivo en el ejercicio del cargo y por ello, el cargo era obligatorio, sin la menor posibilidad de dejar al arbitrio de los particulares el decidir si tomar o dejarla tutela.

Pero, el hecho de que el cargo sea obligatorio no significa que cualquier convocado pueda ejercerlo, sino será necesario que ese llamado se halle en el pleno goce de su capacidad civil, que ofrezca condiciones de moralidad, de imparcialidad. Estas exigencias se justifican por el hecho de confiarle a un incapaz a quien se debe cuidar en cuanto a su persona y sus intereses económicos, y por lo tanto apuntar a que esa tutela se ejerza en beneficio del menor y no en beneficio del tutor.

Estas condiciones o exigencias, por satisfacer las tiene en cuenta el legislador, y cierra el paso a todo aquel que no las reúna, o conceda la posibilidad de no asumir el encargo, si no se encuentra suficientemente capaz de ejercerlo con idoneidad.

- La primera se conoce como impedimento para asumir el cargo,
- La segunda como excusa para no comprometerse en el encargo.

Ahora bien, antes de entrar a analizar estas situaciones bajo la forma como las trata el código, debemos hacer una distinción entre los impedimentos y las excusas.

- **IMPEDIMENTOS.-** Al no reunirse ciertas condiciones necesarias se obsta la asunción del cargo, porque existe un obstáculo insalvable, por ende no debe asumirse el cargo si estamos ante el simple convocado.

Pero si es un tutor en pleno ejercicio del cargo y le sobreviene el impedimento, entonces está obligado a apartarse del mismo, y si no lo hace es causal de remoción. Algunos estarán impedidos en forma absoluta, tal es el caso del privado de discernimiento por cualquier causa; otros lo estarán con respecto a ciertas personas, a lo que podríamos llamar impedimento relativo, como podría ser el caso del acreedor o deudor del menor.

Estos impedimentos están regulados en función de cautelar el interés del incapaz, y por ello obstan la asunción del mismo, o la renuncia del cargo, según sea el caso, de aquel que no ofrece la garantía mínima de un ejercicio de tutela a favor del niño o adolescente. Por lo tanto en las condiciones y requisitos lo que procura es la garantía de los intereses del incapaz.

- **EXCUSAS.-** Se sabe que la tutela es una carga derivada de la obligación de solidaridad social, cuando seamos requeridos a ello, vía tutela y curatela. Sin embargo no debe perjudicar al concavo en sus propios intereses, el legislador contempla determinadas situaciones en las que puede estar incurso el convocado, y lo faculta, más no lo obliga, a no asumir el cargo. Por lo tanto si él quisiera, pese a la causal de excusa, no hay inconveniente alguno en que lo ejerza pues la excusa le da facultad, prerrogativa, potestad para no asumir el cargo, pero no lo obliga. Igual situación se presenta cuando se está en pleno ejercicio del cargo, y en caso contrario, seguirá en el ejercicio, no constituyendo causal alguna de remoción; por lo tanto en la excusa se mira el interés del convocado y en función de ello se regula determinadas situaciones para facultarlo a no asumir el cargo, o dejarlo, si tal fuera el caso.

Analicemos por separado los impedimentos de ejercer la tutela y las causales de excusa.

- **QUIENES NO PUEDEN SER TUTORES**

Artículo 515 del Código Civil. No pueden ser tutores:

- a. **Los Menores de Edad.-** Se comprende el impedimento, pues estamos ante un incapaz, a quien no se le puede dar otro incapaz para que asuma su cuidado. Sin embargo, si se les ha designado por testamento o escritura pública, ejercerán el cargo cuando lleguen a la capacidad, entendiéndose que el niño o adolescente será cuidado entre tanto, por un guardador provisional.

- b. **Los Sujetos a Curatela.-** Como el primer inciso, aquí la incapacidad constituye el impedimento, pues estos interdictos lo están pues no pueden valerse por sí mismos, requiriendo ellos un guardador para que los cuide. En ese sentido sería ilógico que un incapaz cuide a otro incapaz. Reaparece en que no se hace distingo con respecto a los sujetos a curatela, significando ello, que cualquiera fuera el interdicto (privado de discernimiento, prodigo, mal gestor, etc.). No podrá ejercer la tutela.
- c. **Los Deudores o Acreedores del Menor.-** El impedimento está referido a un cuidado efectivo del patrimonio del menor, función importante del tutor. Por lo tanto, si el convocado resulta deudor o acreedor por cantidades de consideración, no existirá la mínima garantía de imparcialidad para un buen ejercicio de la tutela. Puesto en ese caso el tutor, por defender los intereses del menor comprometerá los suyos,. En cuanto a quien dilucida lo que significa cantidades de consideración, si es que se presentaran dudas sobre el particular, tendrá que hacerlo el juez especializado. Este impedimento alcanza a los fiadores; sin embargo, si el tutor a sido convocado por los padres del menor conociendo esta circunstancia, entonces vale tal designación, confiando el legislador en el sano criterio, y confianza de los padres respecto del llamado a la tutela.
- d. **Los Que Tengan Un Pleito Propio, o De Sus Ascendientes, Descendientes O Cónyuge, Interés Contrario A La Del Menor, A Menos Que Con Conocimiento De Ello Hubiesen Sido Nombrados Por Los Padre.-**Según Cabanellas, pleito es debate contencioso ante la jurisdicción ordinaria sobre propiedad O POSESION de bienes, validez de obligaciones, estado civil, alimentos y otras cuestiones de familia o

herencia. Sobre el particular, preferimos darle un alcance más amplio al término pleito, y así debería entenderse como cualquier disputa o litigio judicial entre dos personas. Lo importante del impedimento que responde al criterio del legislador, por ello algunos le llama impedimento del orden legal, está referido a que tal discusión, disputa, revela que no hay la imparcialidad deseada para un buen ejercicio de la tutela. Ahora bien, este impedimento no alcanza a los parientes del menor respecto del convocado, por lo tanto creemos que si se presentara tal disputa entre este y el hermano del pupilo también existiría el riesgo de la parcialización. Con el mismo criterio del inciso anterior, tal impedimento no se tiene como tal si pese a su existencia, el convocado ha sido llamado a la tutela por los padres del menor en pleno conocimiento de estos intereses contrapuestos.

e. **Los Enemigos Del Menor, De Sus Ascendientes O Hermanos.-** El impedimento se basa en consideraciones de orden moral, y porque ello igualmente entraña una falta total de garantía de imparcialidad para ejercer el cargo.

f. **Los Excluidos de La Tutela por el padre o la madre.-** Se entiende que razones de orden moral serán las que lleve a que el padre o la madre expresamente, aparte, excluya a alguien en el cargo de tutor. La voluntad de los padres es gravitante en estos casos,. Se entiende que ellos son los más interesados en el bienestar del hijo, y por lo tanto si ellos consienten en que alguien que está impedido por ser acreedor o deudor, o tener conflicto con el menor, ejerza el cargo, con mayor razón se debe respetar la voluntad contraria, cuando expresamente

cierren el paso a alguien para ejercer el cargo de tutor respecto de sus hijos.

g. **Los Quebrados o quienes estén sujetos a un proceso de quiebra.-**

Prima el criterio del legislador, quien, velando por los intereses económicos del infante, impide que alguien quebrado o en proceso de estarlo asuma el cargo de tutor, que como sabemos implica el cuidado del patrimonio, como le damos el patrimonio de un incapaz para que lo cuide. Repárese en que no se entra a discutir las razones de la quiebra, si esta fue fortuita, voluntaria, dolosa, etc.

h. **Los condenados por homicidio, lesiones dolosas, riña aborto, exposición de personas en peligro, supresión o alteración de estado Civil o por delitos contra el patrimonio o contra las buenas costumbres.-** Es indudable que las razones que imperan aquí para impedir el ejercicio de la tutela son de orden moral. No olvidemos que se trata de cuidar a un indefenso, un incapaz, vía la guarda de su persona y patrimonio; entonces como se le encarga de este cuidado a quien no respeta vida ni bienes ajenos, si ha cometido delito contra la vida o contra el patrimonio.

i. **Las Personas de mala conducta notoria.-** Otra razón de orden moral para impedir asumir el cargo, impedimento que se hace extensivo a los que no tuvieron manera de vivir conocida.

j. **Los Que Fueron Destituidos De La Patria Potestad.-** Se pretende ver en este impedimento otra razón de orden moral, y ello en atención a que casi la mayoría de las causales de suspensión de patria potestad, están

referidas a conductas del padre o de la madre. Sin embargo también existen causales que no necesariamente responden a inconductas o que no son imputables a los padres, por ejemplo la interdicción derivada de un problema de deterioro mental, que al ser superado y el interdicto tonarse capaz, entonces trae como consecuencia. La recuperación del ejercicio de la patria potestad respecto de sus hijos; pero, sin embargo, para el caso de la tutela, ya no podrán ser tutores, pues en algún momento fueron destituidos de la patria potestad. Por ello y por equidad, no creemos que en este supuesto deba configurarse el impedimento que comentamos.

- k. **Los que fueron removidos de otra tutela.-** Aquí si es claro que el impedimento se deriva de razones de orden ético, pues aquel removido de una tutela lo es por ir contra los intereses de un incapaz, entonces es lógico que no se le vuelva a conceder otra tutela, por el negativo precedente.

Todo aquel que al ser convocado a una tutela se encuentra incurso en algunas de estas causales no debe asumir el cargo, está obligado a no aceptar el cargo, y tal es la importancia de ello que se faculta al Ministerio Público, o a cualquier persona para impugnar tal nombramiento, y si ya se encontrara en funciones y le sobreviene la causal, está obligado a renunciar al cargo, y si no lo hace, automáticamente estaría incurso en una causal de remoción, que si es una sanción, tal como lo señala el artículo 554 del Código Civil.

- **PUEDEN EXCUSARSE DEL CARGO DE TUTOR**

El artículo 518 del Código Civil faculta a apartarse del cargo a las siguientes personas:

- a. **Los Extraños.-** Si en el lugar donde debe ejercerse la tutela existen parientes consanguíneos idóneos. Al ser convocado un tercero ajeno al infante, la Ley lo faculta no aceptar el cargo, porque resulta obvio que los primeros obligados a cuidar a ese niño o adolescentes son sus parientes antes que los extraños.
- b. **Los Analfabetos.-** Contempla el legislador cierta capacidad, conocimiento e idoneidad en el ejercicio del cargo de tutor, sin embargo, debe tenerse en cuenta que no necesariamente los iletrados carecen de criterio para un buen ejercicio del cargo; por ello la causal no es impedimento, más si es excusa.
- c. **Los Enfermos Crónicos.-** El cargo de tutor demanda tiempo, atención y dedicación al infante, elementos estos que no siempre tiene el que padece de una enfermedad crónica, que más preocupado está en recuperar su salud que en cuidar a un infante, por ello se le permite no asumir el cargo.
- d. **Los Mayores de 60 años de edad.-** Se considera que esta edad implica ciertas limitaciones que no garantizan un buen desempeño del cargo, a no ser que el convocado se sienta con suficiente energía y tiempo para asumir el cargo.

- e. **Los que no tienen domicilio fijo por razón de sus actividades.-** El caso, entre otros, de los agentes viajeros, o pilotos de aviación, tareas estas que no les permiten asentarse en el lugar en donde debe ejercerse el cargo, convirtiéndolo tal limitación en inconveniente para el ejercicio de la tutela.
- f. **Los que habitan lejos del lugar donde ha de ejercerse la tutela.-** Se permite al convocado no asumir el cargo por esta razón, por cuanto obligarlo a desempeñar la tutela sería exigir más allá de lo que debe entenderse como deber de solidaridad social, ocasionándole perjuicios, pues se le obligaría a dejar su domicilio e instalarse en el lugar en donde reside el infante.
- g. **Los que tienen más de cuatro hijos bajo su patria potestad.-** Tal número de hijos (por lo menos cinco) implica gran dedicación y consumo de tiempo para un buen desempeño de la patria potestad, y si a ello le agregamos un nuevo infante que cuidar bajo el título de tutor, quizás no se sienta en condiciones de hacerlo, salvo que libre y voluntariamente quiera hacerlo.
- h. **Los que sean o hayan sido tutores o curadores de otra persona.-** Sobre el particular habría que decir que la tutela es un deber de solidaridad social, que tenemos todos los ciudadanos para velar o por los incapaces que existan en una colectividad. Si ello es así, y si un apersona ya cumplió este deber social o lo está haciendo, y nuevamente es convocado, la Ley le faculta a excusarse, a fin de que sea llamada otra persona que todavía no ha asumido este deber social.

- i. **Los que desempeñan función pública que consideren incompatible con el ejercicio de la tutela.-** Como esta referencial debemos señalar que el código Civil de 1936, lo consigno como causal de incapacidad para ejercer el cargo, sin embargo no toda función pública puede resultar incompatible con el cargo de tutor, por ello creemos sano el cambio, y hoy, si el convocado a la tutela es un servidor público, y considera que sus actividades inherentes a ese cargo no le permiten asumir la tutela, lo hará conocer así y solicitara la respectiva excusa; ahora bien, también consideramos que si la respectiva función pública no le impide el ejercicio del cargo, deberá ser rechazada tal excusa, con lo cual estamos señalando que será el juez quien tendrá la última palabra.

Refiere el artículo 519 del Código Civil, en una suerte de presunción legal, que aquel convocado a la tutela y que se encuentre incurso en alguna de las causales que hemos analizado, tiene 15 días desde que tuvo noticias del nombramiento o desde que sobrevino la causal, si está ejerciendo el cargo, para poner su excusa, y si no lo hace se entiende aceptado el cargo y ya no podrá hacerlo. Por lo tanto, vencido el término se presume aceptado el cargo.

9. CURATELA

La curatela se ejerce sobre las personas que por cualquier causa estén privadas de discernimiento y sobre los sordomudos, ciegosordos y los ciegomudos que no pueden expresar su voluntad de manera indubitable, así como sobre los retardados mentales, los que adolecen de deterioro mental que les impide expresar su libre voluntad, los pródigos, los que incurren en mala gestión, los ebrios habituales, los toxicómanos, todos los cuales requieren ser sometidos a

interdicción, y sobre los que sufren pena que lleva anexa la interdicción civil. Rigen para el curador las reglas relativas a la tutela (art. 568) Y si la curatela es ejercida por los padres, las de la patria potestad (art. 575). El curador sólo puede celebrar y ejecutar actos de administración relativos a la custodia y conservación de los bienes, y los necesarios para el cobro de los créditos y pago de las deudas, pues para todos los demás requiere de autorización expresa (art. 602), los que también vamos a considerar al ocupamos del art. 167.

Diferencia de la curatela con otras figuras

Con la Patria potestad.-

Existen similitudes entre la patria potestad y la curatela en cuanto ambas figuras están a proteger a incapaces (menores y mayores de edad), pero sus diferencias son muy notorias y no requieren mayores abundamientos en cuanto a los más indispensables:

- a. Patria Potestad es una figura que ha sido instituida a favor de menores incapaces que la ejercen los padres de familia.
- b. La curatela, en favor de los incapaces mayores de edad y especialmente para cuidar de sus bienes.
- c. La patria potestad es ejercida sola y exclusivamente por los padres.
- d. La curatela puede ser desempeñada por los parientes y también terceras personas.

Con la tutela.-

Tanto la tutela como la curatela son instituciones de amparo familiar que proveen a la guarda de las personas y sus bienes, pero sus diferencias son bastante conocidas y muy notorias.

- a. La tutela se dirige a prestar amparo a quienes atraviesan por una etapa de incapacidad natural.

- b. La curatela busca proteger a quienes adolecen de una suerte de incapacidad accidental.
- c. La tutela se dirige además a formar y defender a la persona del incapaz menor de edad.
- d. La curatela hacia la custodia y el manejo de los bienes del mayor incapaz.
- e. La tutela se justifica y reclama aunque el menor no posea bienes de ninguna clase.
- f. La curatela en cambio no tendría sentido si no existiese patrimonio o al menos en algunos casos.
- g. La tutela implica como responsabilidad del tutor la educación e instrucción del menor.
- h. La curatela, no es indispensable esta finalidad.

CAPITULO III

LA

REPRESENTACIÓN

PROCESAL EN EL C.P.C

1. LA REPRESENTACIÓN LEGAL EN EL CÓDIGO PROCESAL CIVIL

Con el fin de que existan elementos suficientes para comprender el trabajo debemos ver los antecedentes del mismo y sus principales institutos.

El Código trata de la representación legal en el título relativo a la representación procesal. La representación legal en los procesos se ha establecido también para cubrir una necesidad, pues de lo contrario, por ejemplo, los incapaces no tendrían la posibilidad de que sus derechos sean defendidos en los casos que fuesen violados o desconocidos por terceras personas. Es que los intereses de todas las personas tienen que estar tutelados por el derecho. Por ellos es que la ley también, en determinados supuestos, impone la obligación de representar.

El ordenamiento procesal civil señala que las personas naturales que no tiene libre ejercicio de sus derechos comparecen al proceso representadas según dispongan las leyes pertinentes (Art. 63 CPC).

Tratándose de personas naturales, el código civil determina que son representantes de los menores de edad los padres que ejerce la patria potestad (Art. 419 CC) y si no estuvieran sujetos a la patria potestad, se les designa un tutor (Art. 502 CC); el curador de bienes del incapaz representa en juicio a este (Art. 603 CC).

Las personas jurídicas están representadas en el proceso de acuerdo a lo que disponga la constitución, la ley y el respectivo estatuto (Art. 64 CPC). Las personas jurídicas en conceptos genéricos, pueden ser de derecho público y derecho

privado. Las primeras a su vez pueden ser de carácter externo, como la luz roja internacional, la OEA, etc., y de carácter interno, como el propio Estado Peruano, las Universidades nacionales del país, las municipalidades, etc. Las segundas, las personas jurídicas de carácter privado, están constituidas como asociaciones, fundaciones, comités, y comunidades campesinas y nativas, reguladas por el código civil, y las sociedades de carácter civil y comercial, reguladas por la ley general de Sociedades. Estas personas jurídicas tienen capacidad procesal- capacidad para ejercitar sus derechos en el proceso-, por tratarse de personas ideales, pueden hacerlo a través de sus representantes legales (personas naturales o físicas) señalados por la constitución, por la ley de su creación, por su respectivo estatuto o por su documentos de constitución. Naturalmente, tratándose de personas jurídicas de derecho eterno, su representación está determinada por sus propios ordenamientos jurídicos. Tratándose de personas jurídicas de derecho interno, estas son representada en el proceso de acuerdo a lo que disponga la carta magna, le ley y el respectivo estatuto.

A) DE LA REPRESENTACIÓN PROCESAL.

Tal como se menciona en el C.P.C, en el artículo 61, refiriéndose a *Curadoría procesal* el curador procesal es un Abogado nombrado por el Juez a pedido de interesado que interviene en el proceso en los siguientes casos:

1. “Cuando no sea posible emplazar válidamente al demandado por ser indeterminado, incierto o con domicilio o residencia ignorados, según lo dispuesto por el Artículo 435°.
2. Cuando no se pueda establecer o se suspenda la relación procesal por incapacidad de la parte o de su representante legal.
3. Cuando no se comparece el sucesor procesal, en los casos que así corresponda, según lo dispuesto por el artículo 100°.
4. Cuando no se comparece el sucesor procesal, en los casos que así corresponda, según lo dispuesto por el artículo 108°.

Concluye la actuación del curador procesal si la parte o su representante legal comparecen al haber adquirido o recuperado su capacidad procesal.”

Prosiguiendo con la temática de la representación procesal, tenemos asimismo el artículo **66 del C.P.C**, el cual hace referencia a la *falta, ausencia o impedimento del representante del incapaz*.

En donde se explica que en caso de falta, ausencia o impedimento del representante del incapaz, se aplican las siguientes reglas:

1. “Cuando el incapaz relativo no tenga representante legal o éste estuviera ausente y surja la necesidad de comparecer en un proceso, lo expondrá así al Juez para que le designe curador procesal (explicado en el Art.61. C.P.C) o confirme al designado por él, si lo considera idóneo.
2. Cuando la demanda se dirija contra un incapaz que carece de representante o éste se halle ausente, el Juez le nombrará un curador procesal o confirmará el propuesto por el incapaz relativo, si lo considera idóneo.
3. El Juez nombrará curador procesal para el incapaz que pretenda demandar a su representante legal, o que sea demandado por éste, o confirmará el propuesto por el relativamente incapaz, si fuere idóneo.
4. También se procederá al nombramiento de curador procesal cuando el Juez advierta la aparición de un conflicto de intereses entre el incapaz y su representante legal, o confirmará el propuesto por el incapaz relativo.”

B) DEL APODERADO JUDICIAL.

Tenemos el artículo 69 del C.P.C, el cual hace referencia a la *Designación de apoderado judicial*.

Mencionando que, quien tiene capacidad para comparecer por sí al proceso y disponer de los derechos que en él se discuten, puede nombrar uno o más

apoderados. Si son varios, lo serán indistintamente y cada uno de ellos asume la responsabilidad por los actos procesales que realice. No es válida la designación o actuación de apoderados conjuntos, salvo para los actos de allanamiento, transacción o desistimiento.

De la misma manera, tenemos el artículo 70, que son los requisitos del apoderado. En donde menciona que, la persona designada como apoderado, debe tener capacidad para comparecer por sí en un proceso.

Asimismo, en el artículo 72, *Clases de poder atendiendo a la formalidad empleada*, expone que, el poder para litigar se puede otorgar sólo por escritura pública o por acta ante el Juez del proceso salvo disposición legal diferente.

Para su eficacia procesal, el poder no requiere estar inscrito en los Registros Públicos.

El artículo 73, *Poder otorgado en el extranjero*, dice: “El poder otorgado en el extranjero, debidamente traducido de ser el caso, debe ser aceptado expresamente por el apoderado en el escrito en que se apersona como tal.

Para terminar, tenemos los artículos 74 y 75 del C.P.C, en donde se distinguen tanto las facultades generales como especiales respectivamente en cada artículo.

En el art. 74, indica que, la representación judicial confiere al representante las atribuciones y potestades generales que corresponden al representado, salvo aquellas para las que la ley exige facultades expresas. La representación se entiende otorgada para todo el proceso, incluso para la ejecución de la sentencia y el cobro de costas y costos, legitimando al representante para su intervención en el proceso y realización de todos los actos del mismo, salvo aquellos que requieran la intervención personal y directa del representado.

Mientras que en el art. 75, se describe las Facultades especiales.

Se requiere el otorgamiento de facultades especiales para realizar todos los actos de disposición de derechos sustantivos y para demandar, reconvenir, contestar demandas y reconvencciones, desistirse del proceso y de la pretensión, allanarse a la pretensión, conciliar, transigir, someter a arbitraje las pretensiones controvertidas en el proceso, sustituir o delegar la representación procesal y para los demás actos que exprese la ley.

El otorgamiento de facultades especiales se rige por el principio de literalidad. No se presume la existencia de facultades especiales no conferidas explícitamente.

Tratándose del estado, los procuradores generales de la república tienen su plena representación en juicio y ejercitan su defensa en todos los procesos y procedimientos en lo que actúe como demandante y demandado (Art. 2 del derecho ley N° 17537, que crea el consejo de defensa judicial del Estado).

Excepcionalmente, el poder ejecutivo para encomendar la defensa del estado, en calidad de procurador general titular correspondiente (Art. 3° Decreto Ley N° 17537). Hay que precisar que los procuradores generales de la república, además de tener la representación plena de estado en juicios civiles, ejercen su defensa, lo que significa que en su calidad de abogados patrocinan al estado en la defensa de sus intereses y derechos, son a la vez por tanto, su representante legal y abogado. La interrogante que surge es la siguiente: ¿El procurador general de la república está autorizado para conferir la representación voluntaria para representar el estado? El mencionado decreto ley señala que los procuradores generales de la república titulares y los procuradores adjuntos, en su caso podrán conferir el poder en juicio por acta o delegar su representación por simple escrito a favor de abogados auxiliares (Art. 18 del DL 17537). En efecto, los procuradores generales pueden delegar la representación del estado no solo a favor de abogados auxiliares, sino también

a favor de los denominados procuradores adjuntos (Art. 16 segundo párrafo del DL 17537). Mediante resolución legislativa edil titular del pliego del poder judicial (Secretario ejecutivo de la Comisión Ejecutiva del poder judicial) N° 496-98-SE-TP-CME-PJ de 11 de diciembre de 1988, se establece textualmente en juicio conferida por los procuradores generales de la república o procuradores adjuntos, en su caso rige por los establecido en el Art. 18 del DL N° 17537, ampliatorias, modificatorias y conexas, incluyendo los decretos supremos 019-82015-90-JUS, de 21 de setiembre de 1990, en consecuencias, los procuradores encargados de la defensa de los intereses del estado, podrán conferir poder en juicio por acta o delegar su representación por simple escrito judicial a favor de abogados auxiliares”

La ley N° 26789, promulgada el 12 de mayo de 1997, establece que el administrado, representante legal o presidente del consejo directivo, según corresponda, de las personas jurídicas reguladas en la sección segunda del libro primero del código civil gozan de las facultades generales y especiales de representación procesal señaladas en los artículos 74 y 75 del código procesal civil por el solo mérito de su nombramiento inscrito en el registro correspondiente, salvo disposición estatutaria en contrario, para cuyo efecto basta presentar al proceso copia notoriamente certificada del documento donde consta nombramiento inscrito. También debemos anotar que la ley general de sociedades señala que el nombramiento de administradores como de liquidadores o de cualquier representante de la sociedad, así como el otorgamiento de poderes que surten efecto desde su aceptación expresa o desde que las referidas personas desempeñan la función o ejercen tales poderes; además que el gerente general o administradores de la sociedad, según sea el caso, gozan de las facultades generales y especiales de representación procesal señaladas en el código de la materia (en este caso, el código procesal civil), por lo que mérito de su nombramiento, salvo

estipulación en contrario del estatuto. En este presente caso para acreditar la representación, bastará presentar el documento que pruebe el nombramiento. Las personas jurídicas extranjeras, sus sucursales, agencias o establecimientos, que realicen actividades en el Perú, están sujetas a las mismas exigencias de la representación que la ley señala para las personas jurídicas nacionales, salvo convenio internacional o disposición legal en contrario. Estas personas jurídicas y sus dependencias, si ejercitan actividades en nuestro país, tienen que sujetarse a las reglas nacionales sobre personas jurídicas peruanas. En materia comercial es frecuente la celebración entre los estados, de convenios internacionales en los cuales se pueden establecer normas que regulen la actividad de esas personas extranjeras en nuestro país, normas que tendrán preferencia frente a las nacionales.

Tratándose de patrimonios autónomos, es decir cuando dos o más personas tienen un derecho o interés común respecto de un bien, sin constituir una persona jurídica (copropiedad, sucesión, la representación corresponde a cualquiera de los partícipes si es demandante y si es demandado), la representación corresponde a la totalidad de los que lo conforman (Art. 65 CPC).

La representación de la sociedad conyugal es ejercida conjuntamente por los cónyuges, sin perjuicio de lo dispuesto en el código procesal civil; la sociedad conyugal es representada en el proceso por cualquiera de los cónyuges, si es demandante y si es demandado, y la representación recae en los dos como consortes.

C) REPRESENTACIÓN LEGAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS U ORGÁNICA

Como lo anota **CARNELUTTI**¹⁴:

“ el substrato de las personas jurídicas está constituido invariablemente por un grupo de interesados que es idóneo para la acción, nos por las condiciones de cada uno de los hombres que lo forman, sino por su número: no cabe pensar en que el contrato o proceso relativos a los intereses de una importante sociedad anónima o de un municipio se celebre o se conduzca mediante la acción de todos los socios o de todos los vecinos, aun prescindiendo del riesgo de discordias, bastaría la obstrucción motivada por una acción así planteada, para explicar la idoneidad del grupo como tal para su ejercicio”

Las personas jurídicas están representadas en el proceso de acuerdo a lo que disponga la constitución, la ley y el respectivo estatuto¹⁵ (art. 64 CPC)

Las personas jurídicas pueden ser de derecho público y de derecho privado:

Están representadas en el proceso de acuerdo a lo que disponen la Constitución, la ley y el respectivo estatuto (Art. 64 CPC). Las personas jurídicas, en conceptos genéricos, pueden ser: de derecho público y de derecho privado.

Las primeras, a su vez, pueden ser de carácter externo, como la Cruz Roja internacional, la Organización de Estados Americanos, los estados Extranjeros, etc.; y de carácter interno, como el propio Estado Peruano, las universidades nacionales del país, las municipalidades, etc.

¹⁴ CARNELUTTI, Francisco; “SISTEMA DEL DERECHO PROCESAL CIVIL”; Editorial Hispanoamericana; Bs Aires; pág. 30

¹⁵ En representación legal de las personas jurídicas, precisamente por ser entes de tal naturaleza tiene que tener o entenderse con representante legal, que es el gerente o representante legal.. **SEGASTEGUI URTEAGA**, Pedro; “TEORÍA GENERAL DEL PROCESO JUDICIAL”; 1 | edición; Lima-Perú; 1996; 137 pág.

Las segundas, las personas jurídicas de derecho privado, están constituidas por las asociaciones, las fundaciones, los comités, las comunidades campesinas y nativas, reguladas por el código civil, y las sociedades de carácter civil y comercial, reguladas por la Ley General de Sociedades.

La persona jurídica al no tener obviamente voluntad propia, expresa la de sus miembros, que se valen de sus representantes para ser expuestas ante terceros. Son esos representantes, según Savigny los que confieren la voluntad a la persona jurídica, que no es más que la suya propia, que debe ejercerse dentro de los límites de los poderes que le confiere su mandato.

Hay otra teoría, llamada de la realidad (a diferencia de la de Savigny que se denomina “teoría de la ficción”) que considera que la persona jurídica posee capacidad de hecho, ya que quienes la representan forman parte esencial de la organización, como partes orgánicas de la misma, inescindibles de ella, y por ello la capacidad de hecho de los representantes es la propia del ente ideal, y cuando ellos se manifiestan no lo hacen como mandatarios, sino como si se expresara la propia persona jurídica, y entonces, no deben ajustarse estrictamente a los términos del mandato, sino que pueden actuar libremente en el cumplimiento de los fines de la entidad.

- **DERECHO PÚBLICO**

- ✓ Carácter Externo: Cruz Roja Internacional, Organización de Estados Americanos, los Estados Extranjeros. Su representación está dada por sus propios ordenamientos jurídicos.

- ✓ **Carácter Interno:** Estado Peruano, las Universidades nacionales del país, las municipalidades. Son representadas en el proceso de acuerdo lo que disponga la carta magna, la ley y el respectivo estatuto.

- **DERECHO PRIVADO**

Asociaciones, fundaciones, los comités, las comunidades campesinas y nativas, reguladas por el Código Civil, y las sociedades de carácter civil y comercial, reguladas por la Ley General de Sociedades.

Estas personas jurídicas tienen capacidad de ser parte en el proceso pero como no tienen capacidad procesal¹⁶ ya que son entes ideales, pueden hacerlo a través de sus representantes legales-personas naturales o físicas- señalados por la constitución, por la ley de su creación, por su respectivo estatuto o por su documento de constitución.

En caso del ESTADO, los procuradores generales de la República tiene su plena representación en juicio y ejercitan su defensa en todo los procesos y procedimientos en los que actúan como demandante y demandado.

- **DE PERSONAS JURÍDICAS EXTRANJERAS:**

Son personas jurídicas de origen extranjero, las sociedades que no fueron constituidas de acuerdo con la legislación Nacional y que tienen o no domicilio en Colombia a través de sucursales. Cuando aquellas personas

¹⁶ La legitimatio ad processum o la capacidad procesal las tienen aquellas personas que se hallan habilitadas por la ley para hacer valer sus derechos por si mismas planteado la demanda, contradiciéndola y realizando determinados actos procesales. CARRIÓN LUGO, Jorge "Tratado de Derecho Procesal Civil, Tomo I, 2ª edición, Editorial Grijely, Lima, 2001, pág 206.

jurídicas deban concurrir a un proceso deben cumplir los siguientes requisitos de Capacidad y representación:

Acreditar su existencia y representación legal por medio de un certificado expedido por la autoridad competente en el país de su domicilio.

Deberán constituir apoderado en Colombia con capacidad para representarlas jurídicamente. De tal forma deberán protocolizar en la notaria del respectivo circuito prueba idónea de la existencia y representación y además del poder conferido al apoderado. Los documentos protocolizados deben inscribirse en el registro de comercio del lugar, en el caso de las sociedades y en los demás casos en el Ministerio de Justicia.

Las Sociedades con sucursales en Colombia que no constituyan apoderado, serán representadas por quien esté a cargo de la dirección de la respectiva sucursal o agencia.

Cuando el poder es otorgado en el exterior este deberá presentarse debidamente autenticado por el cónsul o agente diplomático de la República, o por el de una nación amiga, lo cual hace presumir que se otorgaron conforme a la ley del respectivo país. La firma del cónsul o agente diplomático se abonará por el Ministerio de Relaciones exteriores de Colombia y si es el caso de agentes consulares de un país amigo se autenticará previamente por el funcionario competente del mismo y de los de éste por el cónsul Colombiano.

Cuando los documentos sean extendidos en idioma extranjero, para que sirvan de prueba deben ser traducidos por el Ministerio de Relaciones

exteriores, por un intérprete oficial o por traductor designado por el juez, en los dos primeros casos la traducción y su original podrán ser presentados directamente.

- **REPRESENTACIÓN DEL ESTADO PERUANO**

Los procuradores generales de la república, además de tener la representación plena del estado en los juicios civiles, ejerce su defensa, lo que significa que en su calidad de abogados patrocinan al Estado en la defensa de sus intereses y derechos.

En efecto los procuradores generales de la República pueden delegar la representación del estado no sólo a favor de abogados auxiliares, sino también en favor de los denominados procuradores adjuntos.

Los procuradores de la República tienen su plena representación en juicios y ejercitan su defensa en todos los procesos y procedimientos en los que actúe como demandante y demandado (Art. 22 del Decreto Ley N° 17537, que crea el consejo de defensa judicial del Estado). Excepcionalmente el Poder Ejecutivo podrá encomendar la defensa del Estado, en calidad de Procurador General de la República ad-hoc, a letrado distinto del Procurador General titular correspondiente (Art. 32 Decreto Ley N°17537).

El mencionado decreto ley señala que los procuradores generales de la República Titulares y Procuradores Adjuntos, su caso, podrán conferir poder en el juicio por acta o delegar su representación por simple escrito en favor de abogados auxiliares (Art. 182 Decreto Ley N° 17537). En efecto, los Procuradores Generales de la República pueden delegar la representación del estado no sólo a favor de abogados auxiliares, sino

también a favor de los denominados procuradores adjuntos (Art. 16, segundo párrafo, Decreto Ley N° 17537).

D) LA REPRESENTACIÓN LEGAL DEL PATRIMONIO AUTÓNOMO

Es llamado MASA DE BIENES O PATRIMONIO INDEPENDIENTE.

Desde el punto de vista procesal se considera como tal a todas las situaciones en que existe una masa patrimonial, que carece de titular definido y, sin embargo, requiere un régimen jurídico adecuado y de una representación que le permita actuar válidamente y con eficacia.

Existe un patrimonio autónomo, cuando dos o más personas tienen un derecho o interés común, respecto a un bien, sin constituir persona jurídica.

En el derecho procesal, están considerados como Patrimonios Autónomos o de destino a: la sociedad de gananciales de los matrimonios civiles; el condominio o copropiedad y también los bienes de personas jurídicas irregulares, esto es, las fundaciones, asociaciones, comité, etc, que no tienen personería jurídica, por no estar inscrito en Registros Públicos; así como la sucesión hereditaria y en general todo condominio, al de nasciturus, la herencia yacente, patrimonio del ausente, el del concursado o quebrado y el de la persona jurídica disuelta.

2. LA REPRESENTACIÓN CONVENCIONAL O VOLUNTARIA EN EL CÓDIGO PROCESAL CIVIL.

La representación convencional en términos genéricos, emerge de la voluntad de aquel que quiere ser representado en la celebración de actos jurídicos, confiriendo

al efecto el poder correspondiente, en el que se figurarán los actos para los cuales se confiere la representación y sus alcances.

El acto jurídico como está regulado por el código civil, puede ser realizado mediante representante, salvo disposición contraria de la ley; la facultad de representación la otorga el interesado o la confiere la ley (Art. 1452 CC) puede conferir representación a una sola persona o a varias.

Si son varios los representantes, dice el código civil, se resume que lo son indistintamente, salvo que expresamente se establezca que actuarán conjunta o sucesivamente o que estén específicamente designados para practicar actos diferentes (Art. 1472 CC)

En el orden procesal, quien tiene capacidad para comparecer por sí mismo al proceso y disponer de los derechos que en él se discuten puede nombrar uno o más representantes voluntarios, llamados también representantes convencionales o apoderados. Si son varios, lo serán indistintamente y cada uno de ellos asume su responsabilidad por los actos procesales que realice. No es válida la designación o actuación de apoderados conjuntos, salvo para los actos de allanamiento, transacción o desistimiento (Art. 68 CPC).

Es la que se elige a voluntad para la celebración de actos jurídicos confiriendo el poder correspondiente, en el que se figurarán los actos para los cuales se confiere la representación y sus alcances. Los actos jurídicos pueden ser realizados por medio de representante, salvo la ley disponga lo contrario. Puede otorgársele la representación a una o varias personas, para que cada uno actúe en asuntos determinados o para que lo hagan conjuntamente en un asunto en especial.

Autorizada doctrina nacional afirma que la representación Voluntaria "tiene su origen y fundamento en la voluntad del representado, que confiere al representante facultad de actuación ante terceros -dentro de las atribuciones conferidas- en su nombre y con intención de que valga para el representado (si es representación directa), en su interés (aunque no exclusivo) y por su cuenta". Agregando que "el representado no se desprende ni queda privado de su poder de actuación personal; antes bien, lo amplía al ceder voluntariamente todo o parte de este poder".

En efecto, "el orden normativo de las relaciones jurídicas creadas, reguladas o extinguidas por quien actúa con autorización de otro, recae directa o indirectamente sobre el dominus, según que el representante actúe alieno nomine (representación directa) o en nombre propio sin revelar el nombre de su representado (representación indirecta)". La voluntad al otorgar la representación no se limita a ser el consentimiento anticipado para realizar negocios, "sino que también puede regular la conducta del representante en vista de su relación con el representado y teniendo presente los efectos en el dominus de la conducta del representante". Las notas características de la representación voluntaria directa son:

A. La actuación por cuenta y nombre ajenos (alieno nomine agere). Así, el art. 164 c.c. prescribe que:

"El representante está obligado a expresar en todos los actos que celebre que procede a nombre de su representado y, si fuere requerido, a acreditar sus facultades".

B. Efectos inmediatos, generalmente, pero no siempre directos, para el representado. Por ello, el art. 160 c.c. regula lo siguiente:

"El acto jurídico celebrado por el representante, dentro de los límites de las facultades que se le haya conferido, produce efecto directamente respecto del representado".

C. Carácter abstracto, en principio, para el tercero.

La regla es que el poder se otorga en interés del representado; pero también se puede otorgar poder en interés del representante o de un tercero. A le da poder a B para que venda sus bienes y se haga pago de su deuda con B (interés del representante), o que pague otra deuda (interés del tercero). Un supuesto de representación voluntaria es el contemplado en el art. 146 c.c., el cual establece que: "Se permite la representación entre cónyuges".

Evidentemente este supuesto es respecto del actuar jurídicamente relevante a propósito de la titularidad los bienes, derechos y obligaciones propios de cada uno de los cónyuges dentro del régimen de la sociedad de gananciales o en el caso del régimen de la separación de patrimonios. Por ello, "la norma bajo comentario regula el supuesto en el cual uno de los cónyuges sea titular exclusivo de una situación jurídica, sin embargo para la realización o actuación de la misma, otorga un poder al otro cónyuge para que lo presente".

Sobre la abstracción causal del poder se afirma que "lleva a la lógica consecuencia de que el apoderamiento es eficaz aunque su causa no exista o sea falsa o ilícita. La causa relación básica subyacente puede no existir por no haber nacido, por ser ineficaz o por haberse extinguido. No obstante ello el apoderamiento es eficaz. La segunda consecuencia importante de la doctrina es que aunque el apoderamiento viole las obligaciones derivadas de la relación causal no se produce extralimitación y por consiguiente su actuación es válida y eficaz siempre que no se traspasen los límites formales del poder. En el mismo terreno la relación causal no puede tenerse en cuenta para interpretar,

ampliar, restringir, etc., el poder porque es desde el punto de vista del funcionamiento de este desconocida". Se agrega que "es claro que una doctrina semejante facilita el tráfico jurídico, su movilidad y su rapidez. En el conflicto entre el interés del dominus negotii y el del tercero que contrata con su apoderado es preferido este último. Quien concede un poder de representación sabe a lo que se expone y no puede por tanto alegar más que la falta de poder o la extralimitación de facultades".

Frente a ello, en posición que comparto, se sostiene que "es dudoso que se pueda hablar propiamente de abstracción. Al respecto se debe mencionar que el poder expresa por sí mismo una típica y suficiente razón justificativa del acto, es decir, el interés del dominus a hacerse sustituir por otro en el cumplimiento de actividades jurídicas. Si en concreto la causa no existe o no es ilícita, el negocio de otorgamiento de poder debe reputarse nulo en aplicación del principio general de causalidad del negocio jurídico (...). Piénsese, por ejemplo, en un poder otorgado para la actuación de una relación contraria al orden público. Sin embargo, la nulidad del poder no puede ser opuesta a los terceros que hayan confiado razonablemente en este. Sobre el principio de la invalidez prevalece, en efecto, el de la apariencia imputable al representado".

Doctrina nacional afirma que "existe cierta independencia entre el negocio de apoderamiento y la actividad realizada o negocio, concluido en uso del poder", "no es que el negocio jurídico de apoderamiento carezca de causa (...), sino que la relación (...) entre el representante y el representado no precisa quedar reflejada en el negocio de apoderamiento". Se agrega que "la independencia causal explica que sea válido el negocio celebrado en representación de buena fe si se ignora el fallecimiento del representante o la revocación del poder. Porque en este caso se desvincula el tercero de la relación subyacente entre las partes representante y representada. Lo mismo ocurre cuando el tercero

de buena fe ignorante de la revocación del poder contrata con quien cree que aún es representante".

El privilegiar la situación externa del tercero de buena fe frente a la situación interna entre el representante y el representado es una problemática que no debe ser abordada por la denominada abstracción causal del poder, sino por el principio de la apariencia y el de seguridad del tráfico jurídico, entendido como que "busca que la adquisición deseada y tal como es deseada tenga lugar y no se frustre por circunstancias que son desconocidas al adquirente", como veremos al abordar la representación aparente. Por otro lado, como bien se advierte, no se debe confundir la autonomía del poder con "la abstracción (como comúnmente suele denominar la doctrina a esta característica), entendida esta en oposición al negocio causal, pues es evidente que el poder es un negocio jurídico causal".

3. REPRESENTACIÓN ATÍPICA

A) PROCURACIÓN OFICIOSA

Artículo 81.- Se puede comparecer en nombre de persona de quien no se tiene representación judicial, siempre que concurren los siguientes requisitos:

1. Que la persona por quien se comparece se encuentre impedida de hacerlo por sí misma, estuviera ausente del país, tenga razones de fundado temor o amenaza, se trate de una situación de emergencia o de inminente peligro o cualquier otra causa análoga y desconociera la existencia de representante con poder suficiente.

2. Que cuando la parte contraria lo pida, el procurador preste garantía suficiente a criterio del Juez de que su gestión será ratificada por el procurado, dentro de los dos meses siguientes de comparecer éste.

Si no se produce la ratificación, se declarará concluido el proceso y se podrá condenar al procurador al pago de daños y perjuicios, así como a las costas y costos, siempre que, a criterio del Juez, la intervención oficiosa haya sido manifiestamente injustificada o temeraria.

Se presume con carácter absoluto la ratificación de la procuración cuando el interesado comparece por sí o debidamente representado y no rechaza expresamente la actuación del procurador. Es inválida la ratificación parcial o condicional. La ratificación tiene efectos retroactivos a la fecha de comparecencia del procurador, sin perjuicio del derecho de terceros.

La procuración oficiosa permite la interposición de la demanda por cualquier persona, que sin haber sido afectada por el acto lesivo comparece al proceso en nombre de otro, sin necesidad de representación procesal y sin consentimiento expreso ni tácito del agraviado. Basta la afirmación y prueba indiciaria que le permita al juez formarse convicción de la necesidad de la demanda en nombre de otro. El procurador oficioso lo hace por iniciativa propia. Puede tratarse de un amigo, un vecino o incluso un extraño que tiene conocimiento que la persona afectada en su derecho constitucional está imposibilitada de hacerlo.

El requisito para interponer la acción oficiosamente, es que la víctima no se encuentre en posibilidad de hacerlo por sí misma, ya sea porque al acto lesivo de un derecho protegido por el amparo, se une concurrentemente la violación de la libertad personal, o porque existen fundados temores o

amenazas ciertas e inminentes que coloquen a la víctima en peligro de perder la vida, ser objeto de desaparición forzada o de amenazas contra su integridad personal, etc. Como en la ley anterior, el código repite la expresión o por "cualquier otra causa análoga", con lo cual se deja al juez constitucional en posibilidad de evaluar la legitimación activa de quien interpone el proceso de amparo como procurador oficioso. Entre las causas análogas relacionadas con la imposibilidad física del afectado, pueden estar su presencia fuera del país, el padecimiento de una enfermedad que lo deja sin discernimiento momentáneo, etc.

Pero removido que sea el obstáculo y el afectado se halle en posibilidad de plantear la demanda, deberá ratificar la que ha sido interpuesta por el procurador oficioso, así como toda la actividad procesal realizada por el procurador. La ratificación es de naturaleza retroactiva, lo que quiere decir que no caben ratificaciones parciales ni condicionales.

El código no se ha puesto ante la eventualidad de que el afectado no ratifique la demanda ni la actividad procesal. De cara esa hipótesis deberá aplicarse en forma supletoria lo dispuesto por el segundo inciso del art. 81º del código Procesal Civil "...Si no se produce la ratificación, se declarará concluido el proceso y se podrá condenar al procurador al pago de daños y perjuicios, así como a las costas y costos del proceso, siempre que, a criterio del juez, la intervención oficiosa haya sido manifiestamente injustificada o temeraria".

B) PATROCINIO DE INTERESES DIFUSOS

El primer párrafo del artículo IV del CPC, señala que el proceso se promueve sólo a iniciativa de parte, la que invocará interés y legitimidad para obrar;

sin embargo, no requieren invocarlos el Ministerio Público, el procurador oficioso ni quien defiende intereses difusos.

La Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, en el Recurso de Casación Nº 2200-2005 Cajamarca –publicado el 04 de diciembre de 2006–, en su Quinto Considerando ha establecido lo siguiente: "la legitimidad para obrar es una de las condiciones del ejercicio válido de la acción, que en la doctrina ha sido conceptuada de distintos modos: a) como la relación lógica de correspondencia que existe o debe existir entre el demandante concretamente considerado y la persona a quien en abstracto la norma jurídica confiere el derecho –legitimidad activa–, o entre el demandado concretamente considerado y la persona que en abstracto debe cumplir una obligación –legitimidad pasiva–; b) también como la posición habilitante para formular una pretensión o para contradecirla, y que surge de la afirmación de ser titular de un derecho –legitimidad activa– o de la imputación de una obligación o deber jurídico (legitimidad pasiva)."

El artículo 82, in fine, del CPC señala lo siguiente: "Pueden promover o intervenir en este proceso, el Ministerio Público, los Gobiernos Regionales, los Gobiernos Locales, las Comunidades Campesinas y/o las Comunidades Nativas en cuya jurisdicción se produjo el daño ambiental o al patrimonio cultural y las asociaciones o instituciones sin fines de lucro que según la Ley y criterio del Juez, este último por resolución debidamente motivada, estén legitimadas para ello.

Las Rondas Campesinas que acrediten personería jurídica, tienen el mismo derecho que las Comunidades Campesinas o las Comunidades Nativas en los lugares donde éstas no existan o no se hayan apersonado a juicio."

Con respecto a la legitimidad pasiva, se tiene que demandar a quien esté produciendo el daño al medio ambiente, o al patrimonio cultural o histórico, o al consumidor. En estos casos, casi siempre el responsable resulta ser una organización, una persona jurídica; por lo que corresponde demandar a su representante legal.

En el artículo 82 del CPC no se descarta la posición demandante individual que pueda asumir cualquier persona, aun cuando no se vea afectada directa o indirectamente por la trasgresión. Al respecto, Morales Godo hace el siguiente comentario: "Es evidente que, en estos casos, el interés particular también está protegido indirectamente, a tal punto que individualmente puede defenderse el sujeto, pero dicho interés no es exclusivo de él, y puede defenderlo en tanto que se considere involucrado dentro de un interés generalizado."

Respecto a los intereses difusos, el hecho que cualquier afectado pueda ejercer su derecho de acción, según Morales Godo, "es una solución insatisfactoria ya que la lucha entre un individuo y el o los demandados, generalmente poderosas organizaciones, es totalmente desigual. Ello puede provocar el desaliento o el desánimo en la defensa de estos intereses."

A propósito, hay que señalar que la acción popular –además del proceso constitucional–, es el derecho de la persona de acceder a los tribunales en defensa de un derecho que le corresponde como miembro integrante del grupo titular del interés difuso. Al respecto, La Rosa señala lo siguiente: "En este tipo de procesos pueden formularse no sólo pretensiones destinadas a la inmediata paralización de la actividad dañosa o que el daño ocasionado se agrave, sino también las pretensiones destinadas a la reparación de los daños ocasionados. En este último caso la reparación será en especie o in

natura si los daños son reversibles, y será dinerario en los casos de daños irreversibles. ["La problemática procesal de los intereses difusos, a propósito de la protección del medio ambiente", por La Rosa, Mauricio. En AAVV, Derecho Procesal, II Congreso Internacional, Universidad de Lima, 2002]

Por otra parte, la defensa de intereses difusos por parte del Estado a través de los organismos que se detallan en el artículo 82 del CPC, en opinión de Morales Godo, "no garantizan un grado de preparación técnica que se requiere, tornando la defensa en mediocre, especialmente en el ámbito civil, donde además de los conocimientos procesales y/o sustanciales, es necesario un conocimiento técnico." Que sean las asociaciones o instituciones sin fines de lucro las legitimadas para la defensa de intereses difusos, según Morales Godo, "parece ser, la opción legislativa más aceptada, partiendo de la idea que se trata de entidades particulares cuya preocupación gira alrededor de los intereses generales puestos en juego."

En suma, de acuerdo con Morales Godo, en este caso hay que ensanchar el concepto de legitimación, pues, "Si permaneciéramos con la concepción jurídica tradicional, la organización judicial debería esperar que el individuo interponga su respectiva demanda, con el consiguiente congestionamiento del aparato judicial; pero, no se trata de una suma de intereses individuales, sino de intereses colectivos específicos, si bien indeterminado en cuanto al número pero que, procesalmente, deben contar con el instrumento adecuado para la defensa de los mismo en conjunto." Similar opinión tiene La Rosa, cuando afirma que "las estructuras clásicas de las instituciones procesales deben adecuarse, sin perder su esencia, a las exigencias de los intereses difusos."

Montero Aroca, citado por La Rosa, señala que "la posición habilitante para formular determinada pretensión ante el órgano jurisdiccional, como demandante o demandado, puede consistir en afirmar la titularidad de un derecho (legitimación ordinaria) o la posición habilitante puede consistir en la permisión legal expresa a determinadas personas o instituciones, a fin de que sean éstas las que puedan plantear determinadas pretensiones (legitimación extraordinaria)." Sin embargo, el mencionado autor no cree que el tema de los intereses difusos sea un asunto de legitimación extraordinaria, en ese sentido opina lo siguiente: "Cualquier persona que alegue estar afectada con el daño ambiental, pertenece a la parte material titular del interés difuso, porque estará legitimada para ser parte demandante en el proceso judicial que se inicie en protección del ambiente (...) el problema no consiste en determinar quién está legitimado para interponer una demanda en protección de intereses difusos (...) sino más bien el problema consiste en evitar una falta de legitimidad por defecto en la parte demandante, es decir, que todos los legitimados puedan estar en el proceso. En este sentido, somos de la opinión que la solución del problema se encuentra en la institución de la representación procesal y no en el de la legitimidad para obrar."

El mismo autor señala que "esta representación no es propiamente una representación legal, pues el representado puede tener capacidad procesal o no al ser un conjunto indeterminado de personas, es por esa razón que estamos ante una representación legal atípica."

Entre la discusión si el tema de los intereses difusos es un tema de legitimación extraordinaria o representación legal atípica, me inclino por esta última alternativa, pues, en principio, sólo tiene legitimidad para obrar quien es titular en la relación sustantiva, y éste no necesariamente debe

intervenir en el proceso, porque puede hacerse representar. En ese sentido, opino que el legitimado sería ese grupo indeterminado de personas (véase supra 1.2), y que la representación de ese grupo estaría dada por las personas nombradas en el artículo 82 del CPC.

C) REPRESENTACIÓN JUDICIAL POR ABOGADO

Representación técnica o judicial del abogado. Esta consiste en la concesión a un abogado de las facultades del apoderamiento general, por el sólo mérito de acreditarse como asesor legal de una de las partes materiales o de su representante dentro de un proceso. Este instituto se sustenta en el hecho que siendo la actuación procesal un asunto eminentemente técnico, resulta indispensable que los actos sean realizados por personas que procuren un desarrollo expeditivo y responsable del proceso. La doctrina es variable no sólo en el nombre del institut³⁹ -advértase como Liebman hace referencia a la representación técnica del abogado-, sino también en los requisitos que se exigen para su procedencia. El Código nativo regula también este instituto, que por cierto lo encontramos en la legislación comparada.

CAPITULO IV

LA

REPRESENTACION EN

EL DERECHO

COMPARADO

1) REPRESENTACIÓN LEGAL EN EL MUNDO

México

En el Derecho mexicano se le considera en términos generales, como el hecho de que una persona tenga facultades de obligarse o de poder exigir alguna prestación de otra persona, por medio de una designación hecha por ministerio de ley o por la persona que deba dotarla de esa facultad, y las consecuencias que generen dicho hecho repercutirán necesariamente en la esfera jurídica de la persona a quien la ley hizo la designación o bien la persona que hizo esa designación. Para el maestro Ernesto Gutiérrez y González la representación es: "El medio que determina la ley o de que dispone una persona capaz para obtener, utilizando de otra persona capaz, los mismos efectos jurídicos que si hubiera actuado el capaz, o válidamente un incapaz". Para Miguel Ángel Zamora y Valencia la representación es: "La figura jurídica que permite alterar o modificar el ámbito personal o patrimonial de una persona, por la actuación de otra persona capaz, que actúa siempre a nombre de la primera".

La representación legal se otorga por ministerio de la ley, para que menores, incapacitados e interdictos puedan ejercitar sus derechos y contraer obligaciones. Como ejemplo de ello encontramos el artículo 29 del Código Civil para el Distrito Federal el cual dice: "ARTÍCULO 23. LA MINORIA DE EDAD, EL ESTADO DE INTERDICCION Y DEMAS INCAPACIDADES ESTABLECIDAS POR LA LEY, SON RESTRICCIONES A LA CAPACIDAD DE EJERCICIO QUE NO SIGNIFICAN MENOSCABO A LA DIGNIDAD DE LA PERSONA NI A LA INTEGRIDAD DE LA FAMILIA; LOS INCAPACES PUEDEN EJERCITAR SUS DERECHOS O CONTRAER OBLIGACIONES POR MEDIO DE SUS REPRESENTANTES". Este artículo hace mención a que existe restricción a menores, incapacitados e interdictos para ejercitar sus derechos y contraer obligaciones, pero que haya restricción no significa que no puedan ejercitar sus derechos o contraer obligaciones, ya que menciona que pueden

hacerlo mediante sus legítimos representantes, para lo cual nos remitiremos a los numerales 425 y 427 del Código Civil para el Distrito Federal artículos hacen designación de quienes serán legítimos representantes de los que se encuentren bajo la patria potestad (menores, incapaces); "ARTÍCULO 425. LOS QUE EJERCEN LA PATRIA POTESTAD SON LEGITIMOS REPRESENTANTES DE LOS QUE ESTAN BAJO DE ELLA, Y TIENEN LA ADMINISTRACION LEGAL DE LOS BIENES QUE LES PERTENECEN, CONFORME A LAS PRESCRIPCIONES DE ESTE CODIGO." y "ARTÍCULO 427. LA PERSONA QUE EJERZA LA PATRIA POTESTAD REPRESENTARA TAMBIEN A LOS HIJOS EN JUICIO; PERO NO PODRA CELEBRAR NINGUN ARREGLO PARA TERMINARLO, SI NO ES CON EL CONSENTIMIENTO EXPRESO DE SU CONSORTE, Y CON LA AUTORIZACION JUDICIAL CUANDO LA LEY LO REQUIERA EXPRESAMENTE."

La representación orgánica es también una figura de gran importancia para las personas jurídicas o morales, ya que estas son un ente moral, no físico, no existiría manera de que se administraran o representaran en juicio, ni tampoco habría manera de que se obligaran o que pudieran exigir un derecho o prestación. Es por ello que la representación orgánica se vuelve esencial para la persona moral ya que necesariamente debe expresar su voluntad por medio de un ente físico, y para ello debe concretar un órgano administrativo conformado de personas que puedan modificar su realidad, es decir personas físicas, a quienes les brinda a través de un negocio de apoderamiento (poder notarial o bien clausulas dentro del acta constitutiva), facultades para que en su nombre y representación se obliguen o exijan prestaciones en su nombre para así poder realizar su objeto social.

España

En el Diccionario Jurídico Espasa (2001), Representación Legal es descrito de la siguiente forma: Existen supuestos en que se halla prevista y regulada por la ley la actuación de una persona en nombre y en interés de otra con producción de efectos directos en la esfera jurídica de ésta.

Entre este tipo de representación y la voluntaria existen claras diferencias:

- En representación voluntaria, el poder de representación tiene su origen en el negocio de apoderamiento, mientras que en la legal deriva de la ley (cfr. artículo 1.259.1).
- La representación voluntaria presupone la capacidad del representado y no implica imposibilidad del poderdante de seguir actuando por sí mismo (v. gr., podrá vender la finca para cuya venta apoderó al representante); se trata de una ampliación del ámbito de actuación de una persona. La representación legal es, en cambio, un mecanismo de sustitución de una voluntad inepta en determinado plano jurídico; suple la imposibilidad jurídica de actuación de la persona, por lo que el representante es el único posible autor del negocio.
- En la representación voluntaria entra en juego la autonomía privada, mientras que en la legal la regulación de intereses es heterónoma.
- Otra diferencia deriva de la distinta normativa aplicable respecto del Derecho Internacional privado (cfr. artículos 10.11.º y 16.º Código Civil)

La doctrina predominante entiende, que no obstante las diferencias entre ambos tipos de representación, puede considerarse más importante lo que tienen en común, por lo que sitúan la representación legal dentro del marco de la representación in genere.

Bolivia

La representación legal tiene origen en la ley por lo cual una persona debe realizar ciertos actos jurídicos en interés de otra cuando esta no pueda o se incapacite (CPC, 51 párrafo 1, 54, 55 párrafo III, 124; CFM 244, 283)

2) REPRESENTACIÓN PROCESAL EN EL MUNDO

México

La primera Ley Procesal Mexicana fue en el año de 1932 expidiéndolo el sindicato de abogados del DF con la promulgación del Código de Procedimientos Civiles del mismo año, formulando una declaración en la cual consta que es superior a la de 1884 porque perfila la tendencia hacia la realización del ideal procesal, o sea el juicio oral en toda su pureza.

La organización judicial en nuestro país es una representación de la audiencia en modelo de una audiencia española, no sólo la administración y la justicia sino que eran órganos de gobierno y legislativos que eran resoluciones de carácter general reglamentario, suprimiéndose en 1812 gran parte de estos esfuerzos; hubo dos audiencias en el cual la primera fue la de México (1527) y la de Guadalajara (1548).

Es importante conocer la evolución del Derecho Procesal porque así sabemos la estructura de cómo está rigiendo, el cual ha tomado ciertas características pero ha ido cambiando.

España

En el Diccionario Jurídico Espasa (2001), Representación Procesal es descrito de la siguiente forma: La que corresponde a los Procuradores en todo tipo de procesos, asumiendo la representación de las partes, salvo que la Ley autorice otra cosa (arts. 438.1 y 440.1 y 3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, 23 a 30 y 32 a 34 Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000, 118 y 788.3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y 23 y 24 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa).

CONCLUSIONES

- Se ha logrado establecer que en nuestro ordenamiento procesal no se ha determinado sobre la representación de los apoderados o representantes, distinguiendo la capacidad procesal, de la capacidad legal y de la capacidad de goce en la tramitación de los procesos judiciales.
- En nuestro ordenamiento procesal y sustantivo no existe una norma específica que sancione eficazmente la responsabilidad en que incurren los representantes en su actuación dolosa o culposa en el ejercicio de sus funciones.
- Nuestro Derecho Sustantivo y el Derecho Procesal de forma genérica sancionan la irresponsabilidad de los representantes cuando actúan intencionalmente más no cuando actúan por negligencia, desinterés o por error inexcusable.
- No se precisa como debe regularse el monto indemnizatorio por los daños y perjuicios que ocasionan los representantes en el ejercicio de sus funciones y facultades.
- Ha quedado demostrado que tanto los incapaces menores de edad como los incapaces mayores ven afectados gravemente sus intereses y derechos por la mala gestión de sus representantes legales.

RECOMENDACIONES

- Debe diferenciarse en la Representación Convencional. El convenio y el contrato que celebra el poderdante con apoderado, porque el convenio es el género y el contrato la especie; dado que el poderdante por tener capacidad para comparecer en el proceso confiere al apoderado la representación de su persona, de sus derechos, intereses, deberes y cargas procesales a fin de que pueda ejercitarse y compelerse dentro de un proceso contencioso o no contencioso.
- Los representantes de los incapaces deben efectuar al momento de asumir el cargo una declaración jurada de sus ingresos y de sus bienes patrimoniales para deslindar con los de su representado.
- Se debe ampliar el artículo 45° del Código Civil, debiendo quedar de la manera siguiente: “Los representantes legales de los incapaces ejercen los derechos civiles de éstos según las normas referentes a la patria potestad, tutela y curatela, así mismo asumirán responsabilidad por los daños y perjuicios que ocasionen de manera dolosa, culposa o por error inexcusable actuando unilateral o solidariamente en el ejercicio de sus facultades y funciones; indemnización que será señalada por las reglas de la responsabilidad contractual.”

PROYECTO DE LEY

El artículo 45 del Código Civil debe ser modificado debiendo quedar redactado de la manera siguiente.

Representación legal de incapaces:

- **“Los representantes legales de los incapaces ejercen los derechos civiles de éstos según las normas referentes a la patria potestad, tutela y curatela, **asimismo asumirán responsabilidad por los daños y perjuicios que ocasionen de manera dolosa actuando unilateral o solidariamente en el ejercicio de sus facultades y funciones; indemnización que será señalada por las reglas de la responsabilidad contractual.**”**

El artículo 63 del Código Procesal Civil debe quedar redactado de la manera siguiente:

Necesidad de la Representación Procesal:

- **«Las personas naturales que no tienen el libre ejercicio de sus derechos, comparecen al proceso representados según dispongan las leyes pertinentes; **asumiendo responsabilidad por los daños y perjuicios que originen con su accionar culposo en el desarrollo del proceso imponiéndose una multa no menor de 10 ni mayor de 50 URP**»**

GRACIAS.

BIBLIOGRAFIA

1. ARELANO GARCÍA, Carlos. Derecho procesal civil, Edit. Porrúa, México, 2002.
2. BECERRA BAUTISTA, José. El proceso civil en México, Edit. Porrúa, México, 2002.
3. CAMACHO, Azula, (2006) Manual De Derecho Procesal, Tomo I, novena Edición. Editorial Temis, Páginas 245-259.
4. Carrión Lugo, Jorge: Tratado de Derecho Procesal Civil, vol. 1, Grijley, Lima, 2004.
5. CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL. Editorial Unión Ltda.. año 2007
6. CODIGO DE COMERCIO. Editorial Unión Ltda.. año 2004
7. CODIGO CIVIL. Editorial Unión Ltda.. año 2004
8. CONSTITUCION POLITICA DE COLOMBIA. Editorial Legis. Año 2006
9. CHIOVENDA, Giusepe. (1989) "Instituciones de Derecho Procesal Civil", Volumen I, Conceptos fundamentales, la doctrina de las acciones, Cárdenas Editor y Distribuidor, Primera Edición: México D.F.
10. DE PINA VARA, Rafael; CASTILLO LARRAÑAGA, José. Derecho procesal civil, Edit. Porrúa, México, 2002.
11. DEVIS, Echandia, Hernando (1966), "Acción y pretensión, derecho de contradicción y excepciones", en Revista de Derecho Procesal, número 11, Bogotá.
12. DEVIS, Echandia, Hernando (1993) Compendio de Derecho Procesal – Teoría General del Proceso", Tomo I, Décimo Tercera Edición, Biblioteca Jurídica DIKE, Colombia
13. HENAO, Oscar E. (2007) Código De Procedimiento Civil, Editorial Leyer, Páginas 45-50

14. Hinostroza Minguez, Alberto: Comentarios al Código Procesal Civil, t. 1, Gaceta Jurídica, Lima, 2004.
15. "Medio Ambiente & Derecho", Revista Electrónica de Derecho Ambiental, número 08, diciembre 2002.
16. Morales Godo, Juan, Instituciones de derecho procesal, Lima, Palestra Editores, 2005.
17. RODRIGUEZ, Cazorla, Luis Alfonso, (2007) La legitimación en el Proceso Civil - Monografias_com.mht}
18. Sagástegui Urteaga, Pedro, Código Procesal Civil, exégesis y sistemática, Lima, Grijley, 2005.
19. Tratado de Derecho Procesal Civil (1998), Volumen I y II, Editorial Jurídica Grijley,
20. UGO ROCCO. (1969) Tratado de Derecho Procesal Civil, Tomo I, Bogotá, Aditorial Temis.
21. Zumaeta Muñoz, Pedro, Temas de la teoría del proceso, Derecho Procesal Civil, 2da. edición, Lima, 2005.

LINCOGRAFÍA

22. <file:///D:/DERECHO%20IV/PROCESAL%20CIVIL/jurisprudencia/LEGITIMIDAD.htm>
23. <https://scc.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/2e6fa4004d90af10858bf5db524a342a/C%C3%B3digo+Procesal+Civil.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=2e6fa4004d90af10858bf5db524a342a>
24. <http://idehpucp.pucp.edu.pe/wp-content/uploads/2014/09/Conceptos-Previos-sobre-Capacidad-Jur%C3%ADdica-de-las-PCD-Carla-Villarreal-L%C3%B3pez.pdf>
25. <http://www.gerencie.com/capacidad-juridica.html>
26. http://www.abcmedicus.com/articulo/medicos/2/id/333/pagina/1/capacidad_juridica.html
27. <http://www.scribd.com/doc/413376/Nociones-sobre-representacion-legal-de-las-personas-naturales>
28. <http://www.adalog.es/juegosjuridicos/documentos%5C1000325.htm>

Anexos.

JURISPRUDENCIA.

Que el artículo 108 del Código Procesal Civil que se aplica en forma supletoria, en virtud del artículo IX del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, señala que por la sucesión procesal un sujeto ocupa el lugar de otro de un proceso, al reemplazarlo como titular activo o pasivo del derecho discutido, precisando en el inciso 1 que se presenta la sucesión cuando fallecida una persona que sea parte del proceso, esta es reemplazada por su sucesor. Asimismo, el precitado dispositivo legal señala, con relación al indicado supuesto, que la falta de comparecencia de los sucesores determina que continúe el proceso con un curador procesal, indicando que será nula la actividad procesal que se realice después de que una de las partes perdió la titularidad del derecho discutido. Sin embargo, si transcurrimos treinta días no comparece el sucesor al proceso, este proseguirá con un curador procesal, nombrado a pedido de parte **(RTC N° 00111-2012-PA/TC, f. j. 3).**

El artículo 108 del Código Procesal Civil (...) establece que por la sucesión procesal un sujeto ocupa el lugar de otro en un proceso, al reemplazarlo como titular activo o pasivo del derecho discutido, precisando en el inciso 1 que se presenta la sucesión cuando fallecida una persona que sea parte del proceso esta es reemplazada por su sucesor. Asimismo, con relación al indicado supuesto el precitado dispositivo legal señala, que la falta de comparecencia de los sucesores determina que continúe el proceso con un curador procesal, indicando que será nula la actividad procesal que se realice después de que una de las partes pierda la titularidad del derecho discutido. Sin embargo, si transcurridos treinta días no comparece el sucesor al proceso, este proseguirá con un curador procesal, nombrado a pedido de parte **(RTC N° 02390-2012-PA/TC, f. j. 3).**

El artículo 108 del Código Procesal Civil señala que por la sucesión procesal un sujeto ocupa el lugar de otro en un proceso, al reemplazarlo como titular activo o pasivo del derecho discutido, precisando en el inciso 1 que se presenta la sucesión cuando fallecida una persona que sea parte en el proceso es reemplazada por su sucesor. Asimismo el precitado dispositivo legal señala, con relación al indicado supuesto, que la falta de comparecencia de los sucesores determina que continúe el proceso con un curador procesal, indicando que será nula la actividad procesal que se realice después que una de las partes perdió la titularidad del derecho discutido. Sin embargo, si transcurridos treinta días no comparece el sucesor al proceso, este proseguirá con un curador procesal, nombrado a pedido de parte **(RTC N° 04113-2011-PA/TC, f. j. 10).**

Respecto a la representación judicial, la sustitución emana del otorgamiento de facultades a un tercero para llevar a cabo la interposición de una demanda, así como los demás actos procesales derivados de aquella **(STC N° 518-2004-AA/TC, f. j 10).**

El recurrente sostiene que la sentencia emitida en 1° instancia quedó consentida al haber precluido la etapa procesal para interponer apelación, argumento que no se ajusta a derecho, toda vez que las sentencias en las que la parte vencida en el proceso ha sido representada por curador procesal, necesariamente deben ser elevadas en consulta, por

tanto, mal podría interpretarse que una sentencia de primera instancia que sea materia de consulta, ante la instancia superior que se halle consentida o ejecutoriada, antes de ser elevada (**Cas. N° 845-2002-La Libertad, El Peruano, 31/05/2004**).

El obligado a reconocer es el representante de la persona jurídica emplazada, mas no el curador procesal, quien solo asume la defensa de esta última por mandato de la ley, mas no la sustituye (**Exp. N° 163-2002, Primera Sala Civil de Lima. Ledesma Narváez, Marianella. Jurisprudencia Actual, Tomo 6 Gaceta Jurídica, p. 369**).

Si bien es cierto que es necesario tener presente el principio de gratuidad de la administración de justicia, no es menos cierto que nadie está obligado a prestar su trabajo sin retribución o sin su libre consentimiento. El monto de los honorarios profesional deben reducirse en forma prudencial (**Exp. N° 29-2002, Primera Sala Civil de Lima. Ledesma Narváez, Marianella. Jurisprudencia Actual, Tomo 6 Gaceta Jurídica, p. 364**).

La defensa que debe ejercer el curador procesal, respecto de su representado ausente, no se ha de agotar ni concluir con el acto procesal de contestación de la demanda. La representación que ejerce ha de extenderse hasta la conclusión del proceso en su etapa de cognición. El proceso ejecutivo se encuentra limitado por la Ley Procesal, atendiendo a la brevedad de los plazos, el reducido número de actuaciones judiciales y las restricciones que establece la ley para la contradicción a la acción; no obstante a ello, la representación que ejerce el curador procesal cuenta con las mismas responsabilidades que si se tratase de un proceso más lato y con mayor actividad jurisdiccional (**Exp. N° 709-2001, Cuarta Sala Civil de Lima. Ledesma Narváez, Marianella. Jurisprudencia Actual, Tomo 6 Gaceta Jurídica, p. 367**).

El fallecimiento de un emplazado no es causal para manifestar la conclusión del proceso sin declaración sobre el fondo. Corresponde al juez de la causa ordenar se notifique a los sucesores del demandado fallecido para que contesten la acción bajo apercibimiento de nombrarles curador procesal (**Exp. N°36129-99, Primera Sala Civil Subespecializada en Procesos Sumarísimos y No Contenciosos. Ledesma Narváez, Marianella. Jurisprudencia Actual, Tomo 6 Gaceta Jurídica, p. 370**).

Los órganos de auxilio judicial perciben la retribución que a su solicitud les fije el juez, siendo el peticionante responsable de su pago, con cargo a la liquidación final. El curador procesal debe ser retribuido económicamente por su trabajo, por cuanto toda persona debe ser remunerada, conforme lo prescribe el artículo 23 de la Constitución del Estado. Si bien es cierto, uno de los conceptos de gastos procesales es el honorario de los órganos de auxilio judicial, también lo es que su pago no debe efectuarse después que se liquide y haga efectivo el cobro de las costas, pues se infringe el mandato del artículo 632 del Código Procesal Civil (**Exp. N° 12281-99, Sala de Procesos Sumarísimos y No Contenciosos. Ledesma Narváez, Marianella. Jurisprudencia Actual, Tomo 6 Gaceta Jurídica, p. 366**).

Si bien el curador procesal ha contestado la demanda fuera del plazo previsto en el artículo 478 del CPC, sin embargo, debe de tenerse en consideración la finalidad esencial

de la curaduría, cual es, cautelar los intereses del litigante ausente. La negligencia en la conducta del curador procesal, no debe resultar implicate para los intereses del representado, sin perjuicio que el juez sancione esa conducta **(Exp. N° 1123-99, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento. Ledesma Narváez, Marianella. Jurisprudencia Actual, Tomo 5 Gaceta Jurídica, p. 316).**

La circunstancia de encontrarse recluso en un centro penitenciario, no constituye causal para la procedencia del nombramiento de curador procesal, máxime, si no existe sentencia penal condenatoria que conlleve la interdicción civil del emplazado **(Exp. N° 98-159, Sala de Familia, Ledesma Narváez, Marianella. Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, p. 317).**

La designación del curador procesal, como órgano de auxilio judicial, se efectúa para que defienda los intereses de su patrocinado. No puede adoptar, respecto de su defendido, una actitud de reconocimiento de la obligación **(Exp. N° 97-49639-2843, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella. Jurisprudencia Actual, Tomo 5 Gaceta Jurídica, p. 316).**

El curador, sin efectuar la defensa que le corresponde, no puede adoptar frente al demandante una actitud que sin ser de allanamiento a la pretensión, importar en el fondo el reconocimiento de los derechos reclamados.

Si bien el curador no cumplió con señalar los hechos en que se funda su defensa en forma precisa, ordenada y clara; le corresponde al juez adoptar las medidas necesarias tendientes a establecer el fondo del asunto que permita resolver y el conflicto de intereses **(Exp. N° 599-99, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento. Ledesma Narváez, Marianella. Jurisprudencia Actual, Tomo 4 Gaceta Jurídica, p. 335-336).**

El curador procesal es un auxiliar de la jurisdicción civil y no se encuentra obligado a pagar las tasas judiciales por ningún concepto, pues, actúa por nombramiento del juez del proceso. El abogado designado para la parte o a quien se le concede auxilio judicial tiene las mismas facultades del curador procesal, por lo que también se encuentra exento del pago de tasas judiciales **(Exp. N° 23302-2547-98, Sala de Procesos Ejecutivos, Ledesma Narváez, Marianella. Jurisprudencia Actual, Tomo 4 Gaceta Jurídica, p. 334-335).**

El fallecimiento de una persona pone fin a su persona y consecuentemente caduca el poder que haya otorgado; que ocurrido ese evento se suspende el trámite hasta designarse curador procesal por lo que los actos procesales efectuados después del fallecimiento del actor son nulos **(Cas. N° 172-95-Lambayeque, Editora Normas Legales S.A., Tomo CCXLVIII, Enero 1997, Trujillo-Perú, pp.A.19-A.20).**

El curador procesal tiene los deberes y las obligaciones que la ley y la ética imponen a los señores abogados defensores. El curador no puede adoptar respecto al demandante una actitud que sin ser de allanamiento a la pretensión, importa en el fondo del reconocimiento de los derechos reclamados, aún antes de actuar la prueba ofrecida, a cuyas resultas debió atenerse **(Exp. N° 1865-95, Cuarta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella. Ejecutorias, Tomo 3, Cuzco, 1995, pp. 126-128)**