

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

el recinto de deliberaciones estaba lleno de carteles de propaganda de las empresas brasileñas que apoyaban la ley de protección al consumidor. Con beneplácito colaboraron en la celebración de ese congreso, al extremo de que nuestros pasajes fueron solventados por las empresas brasileñas. Aquí, en cambio, las empresas creen que estamos socavando el mercado. En reuniones realizadas en Santa Fe y en Rosario los empresarios sostenían que nosotros queríamos terminar con las empresas.

En Brasil, las empresas han comprendido cuál es el meollo del problema, y tal vez ello se deba a la habilidad de los dirigentes que andan en este tema. El profesor Benjamín, entre otros, ha salido a predicar la bondad de la ley para los buenos empresarios. Aquí la resistencia es enorme.

SUBDIRECTOR DEL DEPARTAMENTO DE DERECHO PRIVADO. - Yo agregaría que por eso la ley a la que aludió e] doctor Mosset Iturraspe se llama Código de Defensa del Consumidor.

Dado lo avanzado de la hora ponemos fin a esta mesa redonda, agradeciendo la presencia de los profesores que han tenido la gentileza de officiar de relatores en este panel (aplausos).

Tema: REPRESENTACIÓN EN LOS ACTOS JURÍDICOS

Relatores: PROFESORA DOCTORA MARÍA L. CASAS DE CHAMORRO VANASCO - REPRESENTADA POR EL PROFESOR DOCTOR JOSÉ MARÍA GASTALDI -, COMENTARIOS DE ÉSTE, PROFESOR DOCTOR FRANCISCO DE LA VEGA, PROFESORA DOCTORA ELENA HIGHTON DE NOLASCO, PROFESOR DOCTOR SANTOS CIFUENTES.

Coordinador:

DIRECTOR DEL DEPARTAMENTO DE DERECHO PRIVADO, PROFESOR DOCTOR JORGE H. ALTERINI

Fecha: 20 DE SEPTIEMBRE DE 1994

DIRECTOR DEL DEPARTAMENTO DE DERECHO PRIVADO. - Asistimos hoy a la disertación de cuatro distinguidos profesores de esta casa, en el orden que paso a indicar.

A través de la expresión oral del doctor Gastaldi, con la complementación que él hará después a título personal, expondrá la doctora Casas de Chamorro Vanasco sobre aspectos generales de la representación. Luego el doctor Francisco de la Vega hablará acerca de la representación voluntaria, el acto de apoderamiento. A posteriori, la doctora Elena Highton de Nolasco se referirá a la representación de los incapaces. Y finalmente el doctor Santos Cifuentes aludirá al administrador en la propiedad horizontal. Todos temas de la representación de los actos jurídicos que, entre otros, se considerarán en las Jornadas Nacionales de Derecho Civil que se desarrollarán en Mar del Plata en octubre de 1995.

Los temas que se abordarán en esas Jornadas Nacionales no los elegimos arbitrariamente nosotros, sino que son determinados por las facultades de

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

derecho de todo el país.

La mesa la organiza nuestro Departamento, que pública las exposiciones de los panelistas y eventuales debates, y los envía como contribución de la Facultad de Buenos Aires a ese simposio.

Damos la palabra al primer relator, el doctor José María Gastaldi.

DOCTOR GASTALDI.

Por una imposibilidad física momentánea, la doctora Casas de Chamorro Vanasco me ha pedido que la represente en esta mesa y lea su trabajo sobre representación de los actos jurídicos. Voy a leerlo, dado que se trata de comentarios que no me pertenecen.

Dice así:

El tema que hoy nos convoca es indudable que reviste singular importancia y ella se pone de manifiesto en cuanto nos planteamos el siguiente interrogante: ¿Cómo es posible que alguien que manifiesta su voluntad para realizar un acto jurídico, voluntad que reúne todos los requisitos exigidos para su validez, pueda quedar eximido de todo efecto que produzca ese acto que ha celebrado y que las consecuencias jurídicas de su obrar recaigan sobre la esfera de quien no ha tenido participación alguna en ese proceso?.

Esto es factible porque el derecho, en una demostración más de su fecundidad y creatividad, en beneficio de la sociedad y de sus integrantes ha construido el instituto de la representación para facilitar la concreción de relaciones jurídicas que de otro modo se verían seriamente afectadas e, inclusive, en muchos casos, no podrían llevarse a cabo.

Y en la actualidad es fácil advertir que la figura en cuestión es utilizada, y, más aun, conocida, por todos recurriendo a ella para acortar distancias y solucionar ausencias, ya que como muy bien afirma Negri Pisano nadie duda de que puede partir súbitamente de su domicilio habitual y dejar el cuidado de sus bienes a otra persona, porque todos sabemos que la representación, y en esto el citado profesor sigue expresiones de Sánchez Román, "tiene la virtud de convertir la ausencia real en presencia jurídica".

La expresión es valiosa y de profundo contenido y sirve de alguna manera para fortalecer la respuesta que dimos antes al interrogante con que iniciamos esta exposición.

Por cierto la representación es una figura que ha demorado siglos en alcanzar el desenvolvimiento que hoy tiene y ello lo advertimos en cuanto recordamos de qué modo fue considerada en el derecho romano.

En los primeros tiempos la institución no tuvo reconocimiento porque no se podía involucrar a otra persona cuando ella no intervenga en el acto por más que fuera realizado en su interés. Para que trascendiera a ese tercero interesado, pero tercero al fin, era necesario que quien había participado efectivamente del acto en cuestión le cediera las acciones emergentes del mismo.

Hasta tanto no se efectuara la referida cesión el otorgante era el titular de los derechos y obligaciones derivados de su actuar.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Como es obvio, este sistema resultaba sumamente complicado ya que era imprescindible la formalización de dos actos sucesivos, entre medio de los cuales podía ocurrir la insolvencia, incapacidad e inclusive la muerte del representante entre comillas, con el consiguiente perjuicio que tales eventos podían traer aparejado para la otra parte interesada.

Por ello los jurisconsultos romanos para dar solución equitativa a la cuestión recurrieron a las llamadas acciones útiles en virtud de las cuales el segundo paso de la operación (es decir la cesión) se consideró como subsumido en la primera, sin ser necesario que la misma fuera efectivamente formalizada y en consecuencia el interesado tenía a su disposición la acción pertinente para poder exigir el cumplimiento de las obligaciones nacidas del acto celebrado por otro pero en su beneficio.

Además debemos recordar que en el derecho romano, e inclusive después, se unió siempre la idea de la representación con la de mandato, sin que los estudiosos prestaran la debida atención a la posibilidad de independizarlas. Cabe recordar que fue Rudolf von Ihering quien, preocupado por la cuestión, afirmó que la coexistencia del mandato con la representación es meramente casual.

Este modo de pensar en la actualidad, con suficiente arraigo en el derecho, es aceptado por prestigiosa doctrina e inclusive consagrado legislativamente.

El concepto que modernamente se acepta se ha originado en tiempos más o menos cercanos y ha sido obra de la ciencia jurídica alemana el haber sistematizado el conocimiento de la representación como institución jurídica con perfiles propios, lo que ha permitido ir elaborando toda una doctrina que ha prestado gran utilidad inclusive en los países de nuestro continente.

Pero, ¿qué se entiende hoy por representación?. Rocco dice que: "representación es la situación jurídica en cuya virtud alguien emite una declaración de voluntad para realizar un fin cuyo destinatario es otro sujeto, de modo que hace conocer a los terceros a quienes va dirigida esa declaración de voluntad que él actúa en interés ajeno, con las consecuencias de que todos los efectos jurídicos de la declaración de voluntad se produzcan respecto del sujeto en cuyo interés se ha actuado".

Esto, dicho de otro modo, significa simplemente que hay representación cuando alguien actúa por otra persona, de manera tal que los efectos de dicha actuación no recaen en su propia esfera jurídica sino en la de aquél por quien celebró el acto.

De esto se deduce que para que exista representación se necesita la concurrencia de los siguientes requisitos: que el representante manifieste su propia voluntad, que su actuación sea en nombre del representado y que se encuentre facultado para representar.

El enunciado en primer término, es decir el de la exigencia de manifestación de la voluntad del representante, ha hecho decir a autores como Planiol y Ripert, por ejemplo, que la representación verdadera supone una voluntad propia del representante y a Stolf; que la causa fuente del negocio representativo está en la voluntad del representante, porque él le da vida.

Son muy gráficas también las expresiones de Cariota Ferrara cuando

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

afirma que el acto ejecutado por el representante es "negocio jurídico propio sobre patrimonio ajeno", mientras que visto desde la taz del otro interesado, es decir desde la óptica del representado, es "negocio jurídico ajeno sobre patrimonio propio".

El segundo recaudo es la necesidad de hacer conocer al otro interesado en la relación jurídica, que se actúa por otra persona aunque no se de a conocer ab initio su identidad. Pensemos en el supuesto de la llamada venta en comisión, por ejemplo, o. como lo designa el Código italiano, de contrato a elección de amigo. en el cual si en definitiva no se hace conocer el nombre del verdadero contratante quedará obligado quien celebró el negocio en las condiciones pactadas.

En cuanto al último requisito señalado, es decir la facultad representativa, como todos sabemos puede tener origen en la ley o en el acuerdo de voluntades y dependerá de la amplitud de las facultades conferidas que el acto representativo surta efectos para el representado o quede en la esfera jurídica de quien lo realizó.

En síntesis, de acuerdo a lo expresado, si se dan estos extremos que hemos señalado, el acto representativo es apto para producir sus efectos propios, los cuales recaen de manera "directa e inmediata" según expresiones de Negri Pisano, en la esfera jurídica de la persona a la que se representa.

Esta consecuencia directa significa que en ningún momento los efectos del acto se asientan en cabeza de quien lo realizó y es además inmediata porque no media lapso alguno ni formalidad de ninguna índole entre la celebración del negocio y la repercusión de sus efectos en el ámbito negocial del representado.

Luego de esta exposición referida a aspectos generales del tema que motiva este encuentro, pasaremos a la consideración de su tratamiento en nuestra legislación positiva y en los distintos proyectos de reformas al Código Civil.

En primer término cabe señalar que metodológicamente la obra de Vélez carece de una sistematización orgánica del instituto.

Lógicamente nuestra codificación contempla los dos campos en los que funciona la representación.

Menciona la legal en materia de incapaces en el artículo 56 y en el siguiente enumera distintos supuestos, para incluir finalmente en el 59 al ministerio de menores, cuya intervención no puede faltar cuando estén en juego intereses de un incapaz.

Más adelante se detallan algunas de las facultades y obligaciones que emergen de la representación al tratar de la patria potestad, la tutela y la curatela.

También encontramos disposiciones que hacen al tema en materia de personas jurídicas, las cuales, como es obvio, requieren de un representante para poder obrar en el ámbito negocial.

En cuanto a la convencional, la misma es considerada por el Codificador en el Título IX de la Sección Tercera del Libro 2° cuando legisla sobre el mandato.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Veamos ahora de qué manera los distintos proyectos de reforma del Código Civil han considerado, metodológicamente y en su esencia, a la representación.

Siguiendo un orden cronológico, comenzaremos por el Anteproyecto de Bibiloni, quien como lo hizo en otras instituciones, incluyó el tratamiento en las dos versiones de la parte general de su obra, aunque sus notas, representativas de su posición, se encuentran en la primera a partir del artículo 354.

Es de advertir que desde el punto de vista del método, introduce una modificación fundamental si se lo compara con el seguido por el Codificador.

Dedica un título, el IV, que se compone de 21 artículos, enriquecidos por notas de profundo contenido, y al que titula "De la representación en los actos jurídicos".

Ubica la figura en el ámbito patrimonial, excluyendo expresamente los actos de última voluntad, y en cuanto a los de familia sólo la admite en los casos en que específicamente la ley lo permita.

Analiza a continuación la representación voluntaria y también concluye a su respecto que no resulta apta para funcionar en cuestiones atinentes al derecho de familia.

Estima que el autor del Código se vio obligado a mencionar casos particulares que en ese sector del derecho civil pueden ser objeto de representación, por vía del otorgamiento de poderes especiales, que a mi modo de ver serían expresos, como los incluidos en los incisos 5 y 6 del artículo 1881.

Como sabemos, el referido al matrimonio ha sido derogado por la ley 23515.

En realidad, la esencia de la institución aparece en el artículo 355 del Anteproyecto que comentamos y dice: "Los actos jurídicos ejecutados por el representante en los límites de sus poderes, y a nombre del representado, son considerados como hechos personalmente por éste".

Aclara después que la incapacidad del representante no afecta la validez del acto que ha celebrado, lo cual es lógico ya que no está obrando por sí, sino por otro que es a quien se le debe exigir el requisito de la capacidad para celebrar el acto de que se trate

Por el contrario, las consecuencias jurídicas en el supuesto de existir vicios en el consentimiento serán consideradas en la persona del representante. Reconoce a los terceros a quienes los representantes formularon una declaración de voluntad el derecho a exigir la presentación del instrumento que pruebe la existencia de la representación que invocan y las instrucciones que a ellas se refieren. Lógicamente no se acuerda influencia alguna a las indicaciones secretas que haya podido impartir el representado.

De las demás disposiciones del título, que recoge valiosas enseñanzas de la doctrina alemana, merece destacarse el artículo 370 en el cual establece que nadie puede, en representación de otro, efectuar un acto jurídico consigo mismo, salvo la autorización o ratificación del representado.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

El mismo espíritu de este precepto aparece en el art. 371 que determina que tampoco el representante puede usar de sus poderes en beneficio suyo ni dar en pago o afectar en garantía bienes de su representado por obligaciones propias.

En definitiva, cabe señalar que este Anteproyecto elaboró una solución que hubiera mejorado sustancialmente la ley vigente, razón por la cual no puede ser dejado de lado cuando se trata de la figura que consideramos.

En cuanto al proyecto del '36, también se refiere a la representación en la parte general, es decir donde legisla sobre los actos jurídicos y dedica el título IV a su tratamiento.

En general coincide con el Anteproyecto antes referido y mejora la metodología y técnica jurídicas de Bibiloni, ya que, en un solo precepto, se pronuncia sobre las consecuencias de los vicios de la declaración de voluntad y de las consecuencias del obrar de un incapaz como representante, aunque mantiene el fondo de la solución del Anteproyecto.

También declara que los actos del representante se consideran celebrados por su comitente cuando se los ejecutare dentro de los límites de sus poderes; lo mismo ocurre frente a los terceros de buena fe ante quienes quedará obligado el representado si el acto estuviese comprendido dentro de su título habilitante. Pero agrega luego que en caso de duda se entenderá que procedió por cuenta propia.

En cuanto al Anteproyecto de 1954, del doctor Llambías ubica el tema en el Libro Primero, Sección Tercera denominada "De los hechos y actos jurídicos".

Le dedica el Título IX que comprende tres capítulos de los cuales interesa especialmente el primero.

Allí comienza el artículo 188 en el cual en cuanto al ámbito de aplicación coincide con las obras antes comentadas.

En realidad no innova este proyecto respecto a los lineamientos seguidos por los dos anteriores en lo atinente a los casos en que el representante excediere sus atribuciones si el acto estuviese comprendido en el respectivo título habilitante, es decir, que quedará obligado el representado frente a los terceros de buena fe sin perjuicio de la responsabilidad que pudiere caberle a quien actuó por él.

También coincide en el tratamiento de la incapacidad del representante que no afectará la validez del acto realizado con respecto al representado y otro tanto ocurre en relación a la existencia de la voluntad y los vicios que puedan afectarla. En este caso se atenderá a la persona del representante Como es de suponer, se prohíben los actos denominados "consigo mismo" y cuando exista conflicto de intereses el negocio podrá anularse a instancia del representado en caso de que el tercero conociese o debiese conocer la referida situación.

Trata luego, en el artículo 194, el supuesto en que alguien actuare como representante de otro sin serlo o en exceso de sus facultades; en tal caso será responsable del daño que experimente el tercero cuando éste confié, sin culpa suya, en la validez del acto.

No existirá tal responsabilidad cuando el gestor hubiera informado al tercero

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

sobre la falta o deficiencia de sus poderes. Finalmente Llambías se refiere a la caducidad y establece que tendrá lugar simultáneamente con la relación jurídica que la hubiese originado pero no cesará respecto de terceros que no hubiesen sabido o podido conocer su conclusión.

Como se advierte, prevalecen netamente las coincidencias entre los proyectos comentados, todos los cuales preveían un notorio cambio en la regulación del instituto, comparado con la dada por el Codificador, y en los que se pone de manifiesto la influencia de la legislación y la doctrina alemanas.

Para finalizar, nos quedaría por realizar un breve examen de los dos proyectos más cercanos en el tiempo en los cuales se unifican en el que se originó en 1987, el Código Civil con el de Comercio. Cabe señalar que éste obtuvo sanción de Diputados en 1993 con positivas modificaciones. En cuanto al otro, llamado del Poder Ejecutivo, también con propósito unificador, se limita a una revisión completa del Libro II de la obra de Vélez.

Metodológicamente hay diferencias sustanciales entre uno y otro, ya que el del Poder Ejecutivo se alinea en el mismo sentido que las obras antes comentadas, en tanto que el otro, que se ha dado en llamar Proyecto Federal, trata la institución en el sector que dedica a los contratos, conjuntamente con el mandato y la consignación.

Con relación al proyecto primitivo, se ha efectuado en la versión aprobada por la Cámara de Diputados una modificación terminológica, digna de ser calificada favorablemente.

En el artículo 1884, donde se hablaba de la interpretación de las facultades del representante calificándola de estricta, en el nuevo texto se ha reemplazado ese término por "restrictiva", expresión, sin duda, más precisa. En cuanto al fondo de la cuestión, la solución legislativa prevista no difiere sustancialmente del contenido de los proyectos anteriores.

En efecto, faculta para celebrar por medio de representante actos entre vivos; se dice que es conferida por un acto de apoderamiento del representado o directamente por la ley; señala que el acto ejecutado por el representante dentro de los límites de sus poderes produce efectos directos para el representado; establece que aunque el representante sea incapaz, sus actos producen efectos para el representado, pero exige que tenga "aptitud para querer y entender" adecuadamente lo que hace; que estén comprendidos los actos necesarios para ejecutar el previsto y que si hay varios representantes cualquiera de ellos puede actuar separadamente, salvo que el poder disponga lo contrario.

En lo atinente a la ejecución de los actos, se resuelve que las limitaciones o instrucciones del representado al representante, así como la extinción de la representación, sólo son oponibles a terceros si éstos tenían conocimiento de aquéllas o lo hubieran debido tener actuando diligentemente. Por su parte, se requiere que el representante entregue a las personas con las que negocia copia del instrumento del que surgen sus facultades

Y finalmente, como lo hacen las propuestas anteriores, trata del valor de la ratificación e impone que al finalizar la representación el representante devuelva el documento que la instrumentaba.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Por su parte, como antes lo manifestamos, el proyecto que modifica el Libro II del Código Civil, ubica a la institución en la sección dedicada a los actos jurídicos, tal como lo hacen los Anteproyectos de Bibiloni y Llambías y el Proyecto de 1936, con claro apoyo, reiteramos, en las construcciones de la doctrina alemana.

El título se divide en dos capítulos, el primero de los cuales está dedicado a disposiciones generales y el otro a la representación convencional.

No innova respecto a los actos que pueden ser objeto de la representación, y en cuanto a las fuentes coincide con la obra antes comentada, decidiendo, como aquélla, que puede tener origen en el acto de apoderamiento o en la ley.

En lo que hace a los incapaces éstos obligan a su comitente siempre y cuando cuenten con discernimiento suficiente.

Como se advierte aquí, la exigencia del discernimiento resulta más precisa que la utilizada en el art. 1871 del Proyecto Federal, que se refiere, como dijimos, a aptitud para querer y entender.

Será anulable, según el artículo 671, el acto del representante cuando hubiese padecido de un vicio su voluntad, pero si se hubiese otorgado en ejercicio de facultades previamente determinadas por el comitente sólo será anulable si la voluntad de éste último fuera la viciada. Cierra esta norma con expresiones que merecen destacarse: el representado de mala fe no podrá aprovecharse de la ignorancia o buena fe del representante y se cita aquí como fuentes al Anteproyecto de 1954, el Proyecto del 1936 y el Código italiano.

Como en las otras obras comentadas, también se prohíbe el acto efectuado consigo mismo, y se dispone que, salvo que se indique que los representantes deban actuar conjuntamente, cualquiera de ellos podrá hacerlo en forma separada.

En cuanto a la representación convencional, la trata este proyecto cuidadosamente, sobre la base del principio según el cual el representado suele dar poder para los actos que puede hacer por sí mismo.

En materia de forma deberá adecuarse a la exigida para la formación del acto encomendado.

Sigue luego una completa enumeración de los supuestos en los que se requieren poderes expresos y también se determina que los terceros pueden exigir copia del instrumento del que resulta la representación con la firma del representante, y que si alguien actuare como apoderado de otro con su conocimiento y sin su oposición se presumirá que ha obrado con poder suficiente.

Trata también de la sustitución y finaliza con la revocación, la renuncia y el cumplimiento de los actos encomendados como modos de extinción de la representación, casos en los cuales se deberán restituir al representado los pertinentes instrumentos contra recibo.

Todo lo expuesto permite apreciar que el derecho argentino abrió siempre ancho cauce a esta figura la cual, es innegable, cumple una importante función y que, en general, los proyectos de reforma del Código Civil han tendido a darle un trato metodológicamente más apto que el utilizado por

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Vélez Sársfield, precisamente para poder cumplir con mayor eficacia ese cometido.

- Concluida la lectura, dice el

DOCTOR GASTALDI. - Leído el trabajo de la doctora Casas de Chamorro Vanasco, con la anuencia previa de la mesa, voy a hacer un brevísimo comentario a título personal sobre el tema en análisis.

En 1960, luego de consultarle sobre varios temas, el doctor De la Vega me sugirió que investigara el relativo a la representación, el poder y el mandato en el Código Civil argentino.

Hice ese estudio, que hace muchos años se publicó en la Enciclopedia Jurídica Omeba, en su tomo XXIV. Hace menos tiempo, con algún aggiornamento, repetí la publicación en un libro donde agrupé trabajos sobre contratos.

Hago esta mención porque en aquella oportunidad el doctor De la Vega me dirigió excepcionalmente en un trabajo que pareció interesante.

Mi tarea consistió en determinar si en el Código Civil, todavía vigente, era factible aislar la representación, el poder y el mandato en orden a que repetidamente escuchamos que están, y es cierto, mezclados.

A través del mandato Vélez legisló la representación y el poder. Por definición, parecería que el mandato encierra como esencial la representación y el Codificador lo reitera en la nota al artículo 1871: el rasgo distintivo del mandato es la representación y nada más. Pero en el artículo 1929 admite el mandato sin representación, con lo cual clava una pica en su mismo Código. Esto permitió definir - yo llegué a esa conclusión, pero no fui original - que el rasgo del mandato hay que buscarlo no en la representación sino en la ejecución de los actos jurídicos. Ese es el rasgo distintivo del mandato, porque es precisamente para ejecutar actos jurídicos.

Hecha esta caracterización, por razones de tiempo voy a mencionar solamente algunos artículos en los cuales se advierte la presencia de la representación o de poder.

En el artículo 1870 Vélez enuncia y aplica a una serie de representaciones las normas del mandato. Sigue el mismo sistema al que nos tenía acostumbrados, pues en el 1324 habla de transferencias de dominio que no son ventas; en el 1791, de liberalidades que no son donaciones; acá, de representaciones que no son mandato. Esto es muy importante.

El artículo 1929 plantea el mandato "oculto", es decir, el mandato que no conlleva representación. Es decir, separa las figuras.

Según el 1931 el mandatario puede traspasar los límites de su mandato. Yo digo que si traspasó los límites es nulo si no se lo ratifica. Pero si los traspasó no pudo obrar por el mandato sino por la representación. Es, pues, un caso de ésta, no de aquél.

El caso del mandatario incapaz es otro. En su momento, yo coincidí con mi maestro aquí presente y con mi otro maestro, el doctor Videla Escalada, cuando decimos que si el mandato puede ser válidamente conferido al incapaz, destruye toda la teoría de la capacidad necesaria como

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

presupuesto de validez de un contrato.

Hay más artículos en los que se advierte lo que ponemos de manifiesto: el 1873, el 1979, el 1879, el 1881 - sobre poderes especiales - , el 1891, el 1982 - el mandato subsiste después de la muerte - . Yo preferí decir que lo que subsiste es la representación porque si no, rompe también el esquema de la extinción del contrato por la muerte. El 1969 habla de la cesación del mandato, no obstante lo cual el mandatario tiene que seguir haciendo actos. ¿Qué subsiste, el mandato que ha cesado, o hay otra cosa?.

Lo mismo se da en el caso de renuncia del mandatario, que debe continuar en su función. A mi juicio, éste es un tema de representación.

En conclusión, en esta brevísima síntesis que he explicado en detalle en los trabajos a que aludí, el Código Civil, si bien no distinguía claramente, mencionaba la representación, y también hay una serie de normas que permiten con la ley vigente sostener que el poder y la representación se pueden separar del mandato, sin dejar de reconocer que en definitiva el poder es la fuente de la representación. Pero también es cierto que el mandato - que es contrato, o sea, acto bilateral - de ninguna manera es la única fuente de la representación. Hay diferentes casos en que la representación emerge, incluso hasta de un acto de sólo apoderamiento, que es, en mi criterio y en el de muchos más, unilateral.

Gracias por estos minutos que me concedieron.

DIRECTOR DEL DEPARTAMENTO DE DERECHO PRIVADO. - Después de la brillante exposición, en ausencia, de la doctora Casas de Chamorro Vanasco y de las acotaciones del doctor Gastaldi, vamos a escuchar al doctor De la Vega.

Es un honor muy especial para mí contar hoy con su presencia porque hace más de treinta años el doctor De la Vega era profesor mío y nos introducía en la teoría general de la representación cuando en la Argentina muy poco se hablaba de este tema. El es uno de los pioneros de esta temática.

Las vueltas de la vida hicieron que trabajáramos juntos en el proyecto de unificación de 1987, que fue ley; al menos tuvo la doble sanción, y luego fue vetada.

No quería dejar de citar este hecho, para mí de profundo contenido afectivo, y hoy nos vuelve a enseñar, como les enseñaba a algunos, entre ellos a mí, hace poco más de treinta años, el doctor De la Vega.

DOCTOR DE LA VEGA.

El doctor Gastaldi ha explicado que el Título noveno de la sección tercera del Libro II del Código Civil es de un contenido más amplio que el indicado por su denominación, puesto que en él convive la representación. Allí, el Código Civil entiende definir el mandato al decir que habrá mandato como contrato cuando una parte da a otra un poder, que ésta acepta, para representarla al efecto de ejecutar en su nombre y a su cuenta un acto jurídico, o una serie de actos de esta naturaleza

Vélez presenta en esta definición al "mandato" como el resultado de un

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

poder aceptado. Señala a su vez al mandato como la fuente de la representación que, para muchos autores, constituye un elemento de esencia.

Este modo de pensar deviene de la tradición francesa. En un momento determinado, los juristas franceses tuvieron la preocupación de distinguir la locación de servicios del contrato de mandato.

Sienten tal preocupación porque hasta entonces diferenciaban fácilmente la locación de servicios del contrato de mandato en razón de que el contrato de mandato civil era "gratuito" y la locación de servicio "onerosa", pero cuando el uso hizo de costumbre acordar retribución al mandatario convirtiéndolo en oneroso, de igual manera que cuando la tarea por cumplir constituye el modo de vivir del mandatario, no les quedó elemento claro que diferenciara la locación de servicios del mandato. Pensaron que el elemento correcto de distinción era la representación puesto que en el mandato había representación y en la locación de servicios no.

Este es el origen del error de creer que la representación es un elemento que se ha transmitido a lo largo de los años.

Pero es del caso aclarar también que no siempre que hay representación va a existir un contrato de mandato.

Hoy el doctor Gastaldi ha representado a una colega. Nada de lo que dijo en la representación aducida conmueve la esfera jurídica de la colega pero, también es verdad, que lo así dicho no puede comprometerlo en el plano personal porque tenía "autorización" de la doctora Casas de Chamorro Vanasco. Manejó así una autorización que confirió legitimación a la invocación de la representación anunciada.

Pero para que la "representación" produzca efectos jurídicos en el ámbito de la persona representada, requiere algo más que una "autorización" como la anunciada por el doctor Gastaldi, se necesita lo que se llama poder. El poder es lo que confiere la representación con efectos jurídicos en la esfera del representado:

Al estudiar este tema resulta conveniente distinguir "la relación de gestión", "el acto de apoderamiento: el poder" y "el acto cumplido por el apoderado, que es el acto representativo".

Cuando se habla de "representación" hay que considerarla en su total individualidad, como lo hacemos al afirmar que nadie puede contratar en nombre de otro si no tiene su representación.

Cuando aludimos al "acto de apoderamiento" nos referimos a un acto jurídico en particular que confiere la representación "voluntaria", y permítaseme un disenso con lo manifestado por la colega. Entiendo que el "acto de apoderamiento" no es el resultado de un acuerdo sino que constituye una decisión unilateral, en suma, no es un acto jurídico bilateral sino unilateral.

La "representación" puede tener base "legal" y base "voluntaria". "La voluntaria" se exterioriza a través del acto de apoderamiento, acto unilateral como dije; y la "legal", obviamente, de la ley.

En algún momento del ejercicio profesional, para facilitar el trámite judicial hay que pedir al cliente que confiera un poder para actuar en su nombre. El

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

cliente otorga el poder mediante un acto posterior a la relación causal de carácter contractual que ya se tenía con el cliente. Este es el acto de apoderamiento que se configura cuando el cliente concurre solo a la escribanía. El acto de apoderamiento no necesita de una aceptación ni es necesario que acontezca para que exista el contrato de gestión.

Lo primero a tener en claro es que el acto de apoderamiento (acto jurídico unilateral), en virtud del cual se confiere la representación voluntaria, acuerda poder de disposición. No una mera facultad; la mera facultad es algo atinente a la representación general y en razón de ésta el doctor Gastaldi estuvo facultado, a pedido de la colega, para leer su trabajo sin necesidad de un acto de apoderamiento.

En el caso de un acto de apoderamiento advertiremos que es la voluntad del representante la que crea el negocio, la que da base, la que constituye la voluntad contractual que dirigida a otro puede constituir la oferta o la aceptación.

El acto de poder es diferente del negocio de gestión y diferente del acto representativo. Es necesario realizar estos distingos.

Al estudiar contratos, cuando le hablaban de "la oferta" como de "la aceptación", decían que eran voluntades recepticias dirigidas a alguien en particular que debía recepcionarlas. En "el acto de apoderamiento" la voluntad del poderdante no va dirigida al apoderado ni necesariamente a una persona en particular sino al público en general. Puede ser, incluso, que el apoderado ignore la existencia del acto de apoderamiento y sí lo conozca el tercero con quien él llegara a contratar.

Imaginemos, por caso, que a una persona de mi empresa le encomiendo que se dirija a Tucumán con el encargo de hacer una proposición a un eventual cliente a quien posteriormente le escribo para decirle que apoderé, es decir, que conferí representación a esa persona que lo entrevistará para cerrar un contrato que le proponía. Puede darse así que el contrato quede celebrado, aunque mi apoderado haya desconocido hasta ese momento el acto de apoderamiento que hice conocer al tercero que entrevistara. Es de interés que el tercero o el público en general sean los que conozcan del apoderamiento. Son ellos los destinatarios principales de la voluntad del poderdante cuando confiere la representación y cuando la extingue. Y tanto es así, que en la necesidad de tutelar los intereses de esos terceros, muchas veces mediante avisos en los diarios se hace conocer del apoderamiento como de su extinción, frecuentemente leemos avisos que afirman: "Comunicamos a nuestra distinguida clientela que el señor fulano ha dejado de ser el representante de esta firma". Esto es conveniente porque la primera vez que el apoderado tome contacto por el eventual contratante hará saber que actúa en su carácter de apoderado, en otras palabras, acreditará la representación que invocan y que no es otra cosa que hacer conocer la voluntad del poderdante manifestada en el acto de apoderamiento. De las muchas veces que en tal condición contrató con la misma persona se había creado una situación de costumbre que hace innecesario acreditar la representación y es esa apariencia la que hace necesaria la comunicación de la extinción de la representación que se

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

entiende un valor entendido.

En razón de lo dicho es que ustedes, cuando invoquen una representación en el expediente judicial en que actúen, lo primero que hacen ante el juez es acreditar personería, en suma, legitimar facultades para actuar en el proceso de que se trate.

Entiendo de interés aclarar también que no siempre que se extingue el mandato que constituyó la causa negocial que determinó el poder que se nos confirió, concluye la representación conferida en el acto de apoderamiento cumplido por el poderdante.

En la vida profesional, concluido el juicio, cumplida la obligación contraída en el contrato de mandato, el testimonio de la escritura en la que consta el poder que nos fue conferido en esa ocasión de carácter general para asuntos judiciales, lo guardaremos en la carpeta correspondiente para invocar la representación allí conferida para el nuevo caso que nos encomiende tal cliente.

Otro tema que recomiendo tener presente es que el "negocio base", el "poder" y el "acto representativo" constituyen una trilogía que tendrán que analizar diferenciándolas en muchísimas situaciones, puesto que no corresponden a la representación en sí sino que son propias del negocio de gestión que les toque cumplir; va a ser un problema de interés por su vigencia en el tiempo y efectos en el derecho internacional. A veces la ley exige poderes especiales y puede darse la circunstancia de que determinada especialidad no esté contenida en el poder conferido sobre la base que modificó la legislación. Cabe preguntarse entonces si ese acto de apoderamiento subsiste con posterioridad a esa modificación como si el acto de apoderamiento conferido en un país extranjero vale o no en el nuestro.

Todos estos temas son materia de interesantes análisis.

En síntesis, reitero una vez más que el "acto de apoderamiento" es voluntario, no convencional, que nadie puede contratar por otro sin tener su representación. Que la representación resultante de un acto de apoderamiento confiere un poder jurídico de disposición. Que la facultad resultante de una autorización no es apoderamiento.

El acto de apoderamiento no requiere una forma especial, y en punto al contenido, cabe adherirse a un concepto de restricción considerando el objeto por lograr. Para concluir al respecto, tendremos que manejarnos con los principios atinentes a la interpretación de la voluntad. Frente al poder más o menos extenso, interpretaremos la voluntad del poderdante sin que, me basta decir, deba ser restringida porque puede ser causa de frustración.

DIRECTOR DEL DEPARTAMENTO DE DERECHO PRIVADO. - Ahora va a exponer la doctora Highton con el talento que la caracteriza.

DOCTORA HIGHTON.

La incapacidad de hecho de ciertas personas - los menores, los dementes, etc. - no obsta a que la persona tenga capacidad de derecho para poder

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

adquirir derechos, no por sí, sino a través de sus representantes legales.

A veces esta incapacidad se sule no por la representación sino por una mera asistencia, y en otras ocasiones combinando la representación con una asistencia, que es un control más al representante, precisamente para dejar bien protegidos a esos incapaces.

Normalmente la representación está dada por el padre, el tutor o curador.

La asistencia la brinda el asesor de menores, el patronato de menores, y para ciertos casos es necesaria la asistencia del juez.

El sistema es complejo y compuesto. Mi interés esta noche radica en analizar, brevemente, qué pasa con alguna representación legal o con la asistencia en determinados casos en los que hay de por medio problemas bioéticos.

Si bien el asesor de menores, según lo dispone el artículo 59 del Código Civil, es el representante promiscuo de los incapaces, en su función coadyuva a la del representante legal. A tal punto es así que si el incapaz no tuviera representante legal, el asesor no toma su lugar sino que trata de lograr que se le nombre un representante legal, salvo alguna emergencia, porque hay supuestos en que ejerce la representación directa del incapaz; pero esto es excepcional.

Entremos a analizar algunos casos.

¿Hay derecho a morir?. ¿Constituye un derecho el derecho a morir?. Esto tiene que ver con los actos personalísimos y los derechos personalísimos. Hay representación; pero hay ciertos actos que por ser personalísimos - testar, decidir divorciarse - no se pueden hacer a través de representantes y el incapaz se encuentra con que, en el fondo, tiene una incapacidad de derecho que no puede ser suplida por el representante.

Hay ciertos derechos personalísimos - el doctor Cifuentes es el experto y no yo, porque él es el que trajo al derecho argentino el tema de los derechos personalísimos a través de su tesis - que son vitalicios, inalienables, indelegables. Sin embargo, no sé si para actos jurídicos pero, por lo menos, para simples actos lícitos, aparece esta problemática con los incapaces.

Y reitero la pregunta: ¿Hay derecho a morir?. A menos que se sufra un accidente que determine la muerte en el instante mismo, a esta altura del mundo, de alguna manera hay un derecho a elegir en qué momento morir.

¿Por qué?. Porque se puede adelantar, detener o alejar la muerte en alguna medida, y en realidad se corre el riesgo de la equivocación porque esta libertad, esta autodeterminación para elegir el momento de la muerte, implica una posibilidad de equivocarse. Y esto, cuando las personas son mayores y capaces. Si pensamos en un enfermo terminal, hay que considerar en que ya no estamos en la época en que no se le decía la gravedad de su enfermedad. El paternalismo de cuidarlo sin decirle que padece de una enfermedad irreversible y que sus días están contados se ha dejado de lado en buena medida. Normalmente se respeta a la persona del enfermo, se le dice cuál es su afección, y él tiene derecho a elegir, tratarse tal vez sufriendo mucho para extender su vida, o decidir no tratarse. No estamos considerando un suicidio ni una eutanasia, porque estamos hablando de alguien que muere de muerte natural o de prolongar su vida

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

artificialmente.

Si el mayor y capaz puede hacerlo, se complica mucho el problema cuando aquél que está entre la vida y la muerte, en una vida que ya no es tal, es un Incapaz y no está en condiciones de proveer por sí mismo a esta decisión.

El caso clásico es el de Karen Quinlan, una joven de 21 años que estaba en un respirador con una incapacidad total de comprender, una vida absolutamente vegetativa, de coma profundo.

Después de muchos años de estar en esa penosa situación, el padre solicitó autorización para desconectar el respirador. ¿Qué pensó el tribunal?. La Corte Suprema del Estado norteamericano en que se planteó el caso, nombró al padre representante y le dijo que si la ciencia médica consideraba que se trataba de un caso irrecuperable, de una vida absolutamente vegetativa, correspondía hacer lugar a lo requerido. Aclaro que no es éste el caso de la muerte clínica para el trasplante, porque todavía existe una cierta vida cerebral, una cierta vida vegetativa.

El fallo no decía que se desconectara el respirador, sino que se dejaba librada la decisión a la medicina del hospital y a su comité de ética, si ellos consideraban se podía llegar a autorizar la desconexión del respirador. Se autorizó.

En este caso hay que pensar en el problema de la representación y eventualmente alguna contraposición de intereses entre los del representante legal y el representado.

Hay otros derechos. Además del derecho a morir, está el derecho a nacer. ¿Hay derecho a nacer?. El tema está ligado al aborto. En la mayor parte de la legislación mundial el aborto está autorizado. El conflicto se plantea entre la persona gestada en el seno materno y el o los representantes legales.

En el mundo, prácticamente se ha decidido que es la madre la que tiene ese derecho porque está ligado con el derecho a su intimidad y el derecho a su propio cuerpo.

Nuestra legislación no admite el aborto. En los Estados Unidos se planteó el caso clásico, hoy conocido como caso "Row". Se trataba de una mujer del Estado de Texas que pidió a la Corte Suprema - llegó a la Corte Suprema de los Estados Unidos porque se planteó la cuestión federal - autorización para hacerse un aborto en condiciones médicas adecuadas por carecer de recursos para trasladarse a otro Estado o país donde se la atendiera médicamente bien. Aparentemente la ley la autorizaba, y en el fondo tenía la posibilidad de que el aborto se le hiciera en un hospital público.

La Corte Suprema de los Estados Unidos consideró que si bien la ley proveía de ciertos derechos a la persona por nacer - derechos patrimoniales, derechos hereditarios - estaban condicionados a que el niño naciera con vida, y no había ninguna cuestión constitucional que trabara la posibilidad de hacerse el aborto. Y efectivamente, así se hizo.

Este es un tema que se da en todos los países sobre todo en las campañas políticas.

Nuestro tema aquí no trata de establecer cuál es la solución a adoptar, porque estamos hablando de la representación de los incapaces.

En nuestro país hubo algún caso que tiene bastante conexión con esta

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

situación. En un juzgado penal se presentó una joven violada requiriendo se le permitiera hacerse un aborto. El juez consideró que no se lo podía acordar, pero en la propia sentencia surgía la posibilidad de hacerse el aborto si ella quería. No lo autorizó porque como juez penal estaba de por medio la punición posterior si decidía que se trataba de un delito. Pero en el fondo estaba dada la posibilidad del aborto.

En otra ocasión, en tanto una menor de edad, oligofrénica, débil mental, violada, fue autorizada por un juez penal para hacerse un aborto en el Hospital de Clínicas, el asesor de menores, en representación de la incapaz, lo impidió. La decisión de los jueces penales de autorizar un aborto en el fondo está relacionada con la posibilidad de practicarlo en un hospital público.

Además del derecho a nacer está el derecho a no nacer.

¿Qué es el derecho a no nacer?. Como ustedes saben, la genética permite saber, mediante estudios previos de ciertas condiciones básicas del feto o de la persona por nacer, si el no nacido es portador de deficiencias graves, congénitas, tanto físicas como mentales. Obviamente, la genética sirve para curar y evitar muchas enfermedades, pero también determina ciertas condiciones que han hecho que en los Estados Unidos se haya planteado el problema de algunos incapacitados que nacieron con deficiencias orgánicas o mentales. Se dieron casos de padres que demandaron a médicos alegando que si hubieran estudiado el caso o se lo hubieran dicho, habrían tenido la oportunidad de hacer un aborto, porque entre haber nacido en esas condiciones y no nacer, hubieran preferido que no naciera.

Este tema tiene que ver con la decisión bioética donde siempre hay intereses contrapuestos.

Además está la posibilidad del llamado embarazo equivocado, que se da cuando la madre quiso hacerse un aborto y el médico fracasó en el intento y el niño nació en buenas condiciones. En realidad, hubo una mala práctica médica, que consistió en la frustración del aborto.

Hay toda una problemática en torno de demandas que tuvieron distintos resultados.

Nuestra legislación prevé el caso de la contraposición de intereses entre el incapaz y su representante legal para actos jurídicos, por ejemplo en una herencia. Para estos casos, la ley provee de un tutor o curador especial porque cuando hay un conflicto de intereses no quiere decir que haya que desplazar totalmente al representante legal natural y sustituirlo por otro, y no estamos hablando de la pérdida de la patria potestad sino de algún conflicto puntual. Normalmente, en el juzgado se nombra como representante especial a algún abogado, a alguna persona de bien, conocida, seria, que puede actuar en esta función de tutor ad litem o ad hoc.

En temas bioéticos en que existe una gran contraposición de intereses, el asesor de menores o incapaces acude presuroso para ejercer la representación directa del menor o incapaz. Generalmente se dice que el asesor de menores o incapaces no tiene por qué tomar siempre la defensa a ultranza del menor o del incapaz dado que la provee de acuerdo con el derecho, con la ley, con lo que es justo. Esta circunstancia se advierte

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

también en materia de trasplantes. Veamos.

Un caso clásico de trasplante lo decidió la Corte Suprema de nuestro país. La ley de trasplante capacitaba para la dación de órganos a las personas a partir de los 18 años, no de los 21 años.

Un matrimonio tenía dos hijos, uno de los cuales necesitaba un trasplante de riñón. Estaba en la etapa terminal y la hermanita podía donar un riñón pero le faltaban unos meses para cumplir 18 años.

Adviértase qué conflicto de intereses se les presentaba a los representantes legales que, en definitiva, eran los representantes tanto del sano como del enfermo.

Un caso similar lo decidieron los tribunales de San Martín, provincia de Buenos Aires, respecto de dos hermanos mayores de edad, uno de los cuales era mentalmente incapaz. El conflicto se creó en orden a determinar si el incapaz podía dar el riñón al hermano sano. Los tribunales de San Martín, resolvieron proteger al incapaz habida cuenta de que entre la vida de uno y la disminución corporal del incapaz, debía preservarse la vida de éste último.

La Corte Suprema de nuestro país, en el caso de los dos hermanos, autorizó el trasplante del riñón aun cuando a la donante le faltaban dos meses para cumplir los 18 años. Esta decisión del alto tribunal dio lugar a una modificación legal, y por eso la ley actualmente vigente dispone expresamente que no es suplible esta incapacidad, lo que implica que ya no se podría acudir a los tribunales para permitir que alguien que tenga menos de 18 años - salvo los casos de médula ósea - pueda hacer esta dación.

Hay problemas de bioética de difícil enfoque y solución porque puede haber opiniones dispares en cuanto a determinar cuál es la mejor decisión. Si se nombra a un tutor especial, el representante legal está por un lado, en tanto que aquél toma la representación directa del incapaz en este conflicto. El asesor está un poco más libre para analizar la situación más objetivamente. El juez es siempre el último decisor, pero debe tomar una posición un poco más global teniendo en cuenta el bienestar de todo un contexto familiar que también debe preservarse.

DIRECTOR DEI. DEPARTAMENTO DE DERECHO PRIVADO. -
Finalmente el doctor Cifuentes cerrará las exposiciones de esta mesa redonda.

El es un robusto doctrinario, de pensamiento muy maduro, y hago esta imagen porque cuando yo ingresaba a la Facultad veía manifestaciones en favor de la justicia, que incluso obstaculizaban el tránsito.

Acá está, ante ustedes, un hombre que hasta hace pocos meses se desempeñaba en la justicia con el valor arquetípico del juez independiente. Y a lo mejor, más efectivo que alguna manifestación genérica, es rendir homenaje a los verdaderos jueces independientes, que los hay. El señor Cifuentes es uno de ellos.

DOCTOR CIFUENTES.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Agradezco este inmerecido concepto. He tratado de ser juez, lo que no es fácil. A lo mejor, en algunos aspectos lo conseguí...

Después de escuchar estas maravillosas exposiciones, relativas fundamentalmente a los grandes conceptos que giran en derredor de la representación, y de escuchar las disquisiciones muy interesantes, contemporáneas, de la doctora Highton, sobre las cuales después voy a pedir un mínimo espacio para hacer alguna reflexión, quiero comentar que he decidido tratar un tema puntual, acotado, de representación, que es el tema de la representación del administrador en los edificios de propiedad horizontal. Parecería que esto quizás disminuya la calidad de la exposición, y a lo mejor la disminuye. Pero quizás también importe meter el escalpelo en un problema de todos los días, de todas las circunstancias, porque en las grandes ciudades como ésta, muy pocas personas no viven en propiedad horizontal y en permanentes conflictos y constantes peleas.

Un amigo me decía que el peor enemigo es el vecino, y en la propiedad horizontal lo tenemos arriba, abajo, a la derecha y a la izquierda, y para colmo los tenemos con un régimen en el que existen cosas comunes, y entonces la cosa es peor.

Yo voy a bajar a la arena práctica de un aspecto que no está tratado bien en la jurisprudencia, en mi modesta opinión, y que muy pocos autores le han dado la profundidad que se merece porque hay un problema de convivencia diaria.

¿Quién es este administrador de la propiedad horizontal según la ley que nos rige, la 13512?. ¿Hasta dónde se extienden sus poderes?. ¿Cuál es la administración en propiedad horizontal?. ¿El representante es un representante común, es un representante legal, es un mandatario voluntario?. En esto coincido plenamente con el doctor De la Vega: el poder es un acto unilateral, voluntario y recepticio. Pero fundamentalmente si entorpecemos con formalidades, con puntos de mira restrictivos de las facultades administrativas de este señor, que es infaltable, porque así lo dispone la ley, en la propiedad horizontal; si entorpecemos su vigencia, su fuerza para decidir, estamos obstaculizando el camino de la convivencia en la propiedad horizontal.

Adviertan cuántas cuestiones hay que los copropietarios tienen que aguantar; y que, cuando se decide que no se las tolera, aparecen los tribunales diciendo que el administrador que demanda no tenía representación suficiente, que necesitaba de una asamblea que le diera poderes especiales; lo que es un trámite más, lo que exige convocar a asamblea, lo que obliga a ir hacia una confrontación entre copropietarios y luchar para conseguir una mayoría. Todo para facultar al representante a actuar en representación del consorcio, particularmente en el área judicial.

Yo parto de una primera premisa que me parece sustancial: de que el consorcio, tal como está organizado, es, importa, una persona jurídica, de existencia ideal. Este tema fue debatido ampliamente. Un egregio profesor de esta casa, maravilloso ex magistrado y gran publicista, el doctor Zannoni, no piensa lo mismo. Considera que el consorcio no es persona jurídica. Yo estoy totalmente convencido de que lo es, y estoy acompañado por el doctor

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Alterini y la doctora Highton. Es una persona jurídica, simplemente porque tiene razón social - consorcio de la calle tal - ; porque tiene patrimonio, que es justamente lo que debe administrar el representante, el administrador; porque las expensas comunes forman un patrimonio, amén de las reservas que se pueden tener para circunstancias particulares; porque tiene bienes comunes, que son parte de ese patrimonio - los bienes comunes son de la comunidad, no son de nadie en particular - , por lo tanto, hay un patrimonio que administrar; porque ese consorcio tiene capacidad de derecho acorde con el principio de especialidad que surge del artículo 35 del Código Civil: para los fines de la institución, ese consorcio debe actuar en el cobro y en la administración de las expensas, en la conservación del edificio, en la contratación de los servicios, etc., etc.; porque tiene un estatuto que regula su marcha, que es el reglamento de copropiedad y administración; y porque tiene órganos que también están al servicio de esta vivencia del consorcio: la asamblea de copropietarios, por ejemplo; algunos tienen el consejo de administración como órgano ejecutivo, y el administrador, que es el representante.

Tengo para mí que se trata de una persona jurídica que contempla el artículo 33, parte final, del Código Civil, cuando después de referirse a las sociedades, dice de las otras entidades reglamentadas por ley. Resalto este aspecto porque, si es una persona jurídica - reitero lo que dije - , debe tener órganos que la actúan. Si nos basamos en la teoría del órgano, el administrador es uno de los órganos que, por lo menos en ciertos aspectos, en los administrativos, actúa al consorcio.

La ley 13512, de propiedad horizontal, claramente establece que al constituirse el consorcio se debe acordar y redactar un reglamento con la designación de un representante de los propietarios, que puede ser uno de ellos o un extraño, que tendrá facultades para administrar las cosas de aprovechamiento común y proveer a la recaudación y empleo de los fondos necesarios para tal fin. Dicho representante podrá elegir el personal de servicio de la casa y despedirlo; después hay que determinar su remuneración. El artículo 11 establece que el representante está obligado a asegurar el edificio contra incendio.

¿Qué ocurre cuando todos estos actos, que son una muestra de lo que puede hacer, llegan a la justicia?. Por ejemplo, el despido del personal de servicio, el incumplimiento de una póliza de seguro, todo lo que signifique el contrato del seguro respecto del cual él, por ley, tiene que actuar como órgano de esta persona jurídica, consorcio de copropietarios. Si tiene que ir a juicio por alguna de estas causas, no es razonable que decidan que no hubo asamblea que le diera mandato especial, que debe cumplirse esta formalidad, elaborarse un acta, protocolizarla, y después presentarse al juez para acreditar que tiene personería.

Considero que ello no es así. En conversaciones con el doctor Alterini, con quien tenía el orgullo y el placer de formar sala en la Cámara Civil, siguiendo un poco sus enseñanzas me reafirmé sobre lo que yo ya tenía principio de convencimiento.

Aquí quiero resaltar las vacilaciones de las sentencias. Una jurisprudencia

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

sostuvo que el administrador del consorcio es un representante pero que sólo puede estar en juicio por el consorcio por transgresiones al artículo 6° de la ley, como surge de su artículo 15. El artículo 6° se refiere al caso de los copropietarios que destinen sus unidades a usos contrarios a la moral o a las buenas costumbres o a fines distintos a los previstos en el reglamento de copropiedad y administración, o perturben con ruidos o de cualquier otra manera la tranquilidad de los vecinos, etc. Y el artículo 15 dice que en caso de violación de estas circunstancias se puede acudir a la justicia y el juez tomará medidas, inclusive hasta de desalojo.

Esta doctrina jurisprudencial admite que el representante, en este caso el administrador, puede actuar ante la justicia, pero nada más, y agrega que, para cualquier actividad, se requerirá un mandato especial.

De la jurisprudencia voy a recordar tres fallos: uno, de la Sala D, del 24 de abril de 1959; otro, de la Sala C, cuando no la integrábamos con el doctor Alterini, antigua composición, del 17 de mayo de 1960, y el tercero de la Sala E, del 18 de junio de 1976. Considero interesante recordar a la letra en su sumario a este último, porque se me ocurre que es bien aclaratorio.

Dice así: "El administrador no tiene facultad para representar a los copropietarios, salvo la violación de las prohibiciones de los artículos 6° y 15, inciso 3), de la ley 13512 (lo acabamos de decir). Aunque la cuestión no fuera articulada, debe decidirse de oficio en la sentencia si el administrador contestó la demanda indebidamente...". Con lo cual lo cercan, lo limitan al administrador para actuar en juicio en asuntos muy importantes y de urgencia, como el cobro de las expensas comunes, los juicios laborales por el despido de uno de los empleados, los problemas de un servicio de ascensores como el contrato que lleva a actuar para su cumplimiento, o los problemas que surgen ante la justicia por la contratación del seguro.

Cuantiosísimas actuaciones propias de una administración requerirían muchas voces dilatarse en el tiempo, con formalidades que entorpecerían esa administración, que es importantísima para lograr la efectividad de la buena vida en común.

Para colmo, en muchas circunstancias los copropietarios nombran un Consejo de Administración, que integran algunos de ellos. Cuando nada dicen en lo que hace a la administración y a la representación del consorcio, tengo para mí que no son representantes del consorcio; el único representante es el administrador. Este es un verdadero mandatario - a mi juicio - nombrado por los consorcistas para actuar por el consorcio en orden a la administración de las cosas. Pero puede ser que ellos, en una asamblea especial, dispongan que el Consejo de Administración, dos, tres o cuatro copropietarios, por ejemplo, tienen facultades de control del administrador y aun de administrar en ciertas y determinadas circunstancias. Pero si esa decisión no está especificada concretamente, ahí no hay una administración general apoyada legalmente; en todo caso será un mandato voluntario por poderes dados a copropietarios.

Señalo esta circunstancia porque a menudo ocurre que los miembros del Consejo de Administración se creen dueños y mandan despintar paredes comunes, ordenan construcciones en partes comunes, disponen sacar

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

vidrieras, y cuando el administrador quiere actuar pretenden hacer valer su condición de miembros del Consejo de Administración para controlarlo. Pero yendo a las actas, no se encuentra nada, son simplemente miembros del Consejo de Administración, que significa ser colaboradores del representante y en todo caso en las asambleas para tener la voz cantante, y ser colaboradores también de los copropietarios. A lo mejor, en alguna medida pueden ser vigilantes de la actuación del administrador, pero de ninguna manera lo pueden sustituir si no hay una convención asamblearia expresa que dé poderes de administración al Consejo de Administración.

Esta situación hay que señalarla porque suelen ocurrir cuestiones graves. Supongamos que una unidad se queda sin agua porque las cañerías están viejas y el Consejo de Administración no tiene facultades especiales para decidir. ¿Qué hace el administrador?. El Consejo de Administración se opone porque sus miembros son enemigos de ese copropietario - recuerden lo que dije de los vecinos - . Si el administrador tampoco puede actuar, ¿esta situación no configura un caso de urgencia, por conservación de la cosa para la convivencia?. A mi modo de ver, el administrador tiene que actuar aun contra la disposición del Consejo de Administración, a menos que, repito, una asamblea haya dicho que el administrador nada puede hacer sin pedir asesoramiento al Consejo de Administración.

Les garanto que esos copropietarios que actúan de la manera indicada se ponen un dogal al cuello, porque suelen transitar por la convivencia de enemigos, mientras que el representante es una persona absolutamente ajena en problemas de esa índole.

En las entrelíneas de su espíritu, la ley ha querido pacificar estas cuestiones. Pero si la ley no lo ha querido, si la ley ha fallado en alguna medida, ¿para qué está la jurisprudencia si no para hacer interpretaciones extensivas para que continúe siendo en la propiedad horizontal aceptable la convivencia entre vecinos, con un tercero imparcial que intervenga'?.

La jurisprudencia que limita facultades judiciales del administrador se agudiza en algunos casos. En algún fallo se ha dicho que en todos los supuestos, incluso en los del artículo 6° y del artículo 15, inciso 3°, se requiere un poder especial por asamblea con una mayoría específica. Así un fallo muy reciente de la Sala L, del 30 de junio de 1990. Debo decir que hay una disidencia justificada, a mi modo de ver, del doctor Polak.

En cambio, nosotros hemos entendido la cosa al revés, y vamos a explicar por qué la hemos entendido de este modo en la Sala C cuando yo la integraba. Tengo computados dos fallos que me pareció interesante traerlos para que vean de cerca cómo se maneja este tema.

Uno es del 29 de mayo de 1990 y se refiere a cómo se maneja la representación del administrador frente al consorcio y a los terceros, pero dejando sentado que la administración del representante es un verdadero órgano de la persona jurídica (El Derecho, t. 140, pág. 553).

En el otro, nos hemos introducido concretamente en un análisis prolijo de la ley 13512, siguiendo la teoría de nuestro presidente de mesa. Se dice que es un representante para todos los actos de administración, no sólo para los de perturbación a los fines del artículo 6°; que no necesita de poderes

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

especiales porque ya están dados en el reglamento para actuar en juicio. La ley 13512 no tiene una disposición expresa, pero tampoco contraria. Aquí se hace un estudio del origen del artículo 11, que llevó a esa interpretación ceñida de los otros tribunales.

El artículo 11 de la ley 13512 dice que "el representante de los propietarios actuará en todas las gestiones ante las autoridades administrativas de cualquier clase como mandatario legal y exclusivo de aquéllos". Y los de la opinión contraria se valen de esta cláusula para decir que no puede actuar en las actuaciones judiciales, pero ella no está diciendo que se prohíbe que actúe o que no es representante para las cuestiones judiciales. Le está dando facultades de índole administrativa.

El origen de este artículo 11 está en el proyecto del Poder Ejecutivo, que era mucho más amplio porque establecía que actuaba en nombre de los propietarios en juicios como los de expropiación, de reivindicación, etc. El despacho de la comisión del Senado así lo planteó y así lo aceptó, pero luego, al ser tratado este artículo en ambas cámaras, se lo recortó y no sólo se le quitó esta parte de actuar en juicios de expropiación, de reivindicación, etc., sino que inclusive se cambió lo de actuar judicialmente por aquello de actuar ante las autoridades administrativas.

No fue idea de los legisladores establecer que no era representante para actuar judicialmente sino en algún aspecto particular como los del artículo 6°. Tanto es así, que el miembro informante, senador Antille, al referirse a esta norma, dijo que eran ejemplificaciones, y quizás no le pareció bien al Parlamento ejemplificar; pero no hay ninguna norma que lo prohíba. En consecuencia, al no haber ninguna norma que prohíba al administrador por sí actuar ante la justicia sin mandato judicial, hay que acudir, como bien decimos en este fallo, a las normas generales del Código Civil. Y así, el artículo 37, cuando se refiere a la persona jurídica de existencia ideal, establece que si los poderes de los mandatarios no hubiesen sido expresamente designados en los respectivos estatutos o en los instrumentos que los autoricen, la validez de los actos será regida por las reglas del mandato. Y acerca de las reglas del mandato caemos en el artículo 1870, que tiene una cantidad de incisos, en virtud de los cuales el representante del consorcio puede actuar en la gestión correspondiente para los actos de administración.

Por supuesto, no se le podrá dar, por ejemplo, un poder irrevocable. Esto cae de maduro, y alguna jurisprudencia lo dijo antes de la reforma de 1968 a la norma que regula el poder Irrevocable.

En los actos de administración su gestión está habilitada para actuar ante la justicia, pero no en los actos de disposición porque, por imperio del artículo 1881, son necesarios poderes especiales. Dificulto que un administrador de un consorcio realice por sí actos de disposición. Se entiende que esto no debe ser así a menos que la asamblea de copropietarios, por ejemplo, decida vender algo del consorcio o comprar un elemento muy importante que no sea de mera conservación del edificio y le confiera poder al administrador. Construir y contratar a un arquitecto es un acto que va más allá de la mera administración, por cuanto altera el capital mismo que

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

importan las cosas comunes, y ésta es la diferencia. Pero cuando se trata de meros actos de administración, entendemos que a raíz de estas normas generales no es menester acudir a más formalidades que la de ser designado administrador en forma legal, es decir por escritura pública si es un administrador posterior al reglamento de copropiedad.

Y quiero terminar con unas palabras de Alfredo Orgaz que se me ocurre hay que tener siempre presentes cuando se es juez, ya que indican cómo se debe actuar: "La ley, por su propia naturaleza, es de pocas palabras, como los hombres discretos, y dice muy pocas cosas expresamente. La mayor parte de ellas las dice virtualmente o entrelíneas para el que sabe y quiere leerlas". Es aleccionador; ¿por qué la ley va a decir todo lo que dice la jurisprudencia que he mencionado en contra de nuestra idea, a los efectos de que el administrador sea realmente un representante judicial por sí y por naturaleza?.

DIRECTOR DEL DEPARTAMENTO DE DERECHO PRIVADO. - ¿Algunas apostillas muy breves dado lo avanzado de la hora...?.

DOCTOR DE LA VEGA. - Yo no voy a debatir el tema con esa mayoría que sostiene que el administrador es una persona del consorcio. Pero se me ocurre que puede ser de interés hacerles saber que no solamente se representan a las personas, sean físicas o ideales. También se representan a los intereses. Hay centros de intereses objeto de la representación, y esto es muy importante a tener en cuenta.

Ustedes van a ver afectaciones patrimoniales que tienen un representante, van a saber que hay alguien que representa a una sociedad en formación, y van a saber que hay alguien que representa para cumplir trámites. Hay intereses por los trámites necesarios para crear una fundación. Van a saber que se representa a una sucesión. Hay un administrador en la sucesión y no necesariamente tiene que ser persona.

Adhiero a lo que ha señalado el doctor Cifuentes respecto de aquella afirmación que sostiene que cuando es está en representación la interpretación es restrictiva. No es restrictiva, es cuestión de saber interpretar el interés que se tutela y la voluntad del que apodera. Pero eso sí, a partir del concepto de que la restricción es frustratoria, como ha marcado el doctor, y que hay que estar dando poderes especiales en cada circunstancia, que hay que tutelar un interés que está implícito en la administración del consorcio.

DOCTOR CIFUENTES. - En cierta medida la doctora Highton me ha tocado el trigémino, esa parte orgánica que a uno lo hace sentir muy hondamente, porque, por el tema que trató, no sabía que iba a llegar a esa estera.

Yo había pensado en el tema y en el problema que se presenta con los incapaces frente a los actos personalísimos. Precisamente, regreso de Lima donde expuse esta tesis, hice una ponencia al respecto haciendo una reflexión: el incapaz de hecho absoluto no puede actuar por sí sus derechos, pero tratándose de un acto personalísimo, tampoco lo puede hacer el

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

representante, con lo cual las circunstancias nos colocan frente a un incapaz de derecho. La ley no prohíbe nada en este caso sino que surge de las circunstancias.

Ningún incapaz de hecho o de derecho puede dejar de provenir de la ley porque si no se estaría afectando la libertad.

La doctora Highton planteó el caso de un trasplante de riñón de un insano a un hermano que corría el riesgo de muerte inmediata. No lo podía hacer por sí por ser insano, y aunque pase por estados de lucidez nuestra ley lo declara incapaz de hecho absoluto, y a lo mejor en estado de lucidez clama por salvar a su hermano, que quizás sea el único sostén de su vida o lo va a ser. Y aquí está el conflicto de intereses.

Alguien escribió por ahí sobre lo mucho de lo poco que queda. Como aquí se trata de un insano, le queda tan poco que quitarle un riñón es mucho, pero a veces se quita más cuando se produce la muerte de un ser querido, la madre, el padre. Lamentablemente la ley 24193 lo prohíbe.

Yo reflexioné en Lima y llegué a la conclusión de que en estos casos, cuando la ley no ha prohibido el acto, o sea, no es una incapacidad de derecho propiamente dicha en teoría es una circunstancia que incapacita como de derecho, porque nadie la puede suplir; por ejemplo, para hacer un testamento, acto personalísimo. Sin embargo, muchísimos autores sostienen que en el intervalo lúcido el insano no puede testar. Yo estoy en desacuerdo con este criterio porque tengo para mí que en el intervalo lúcido sí puede testar, porque de lo contrario se convierte en una incapacidad de derecho.

Lo que hay que hacer en ciertas circunstancias, no en todas por supuesto, es permitir la intervención judicial, tal como sucede en Francia, país donde frente a casos tan peculiares como el de un insano ante un hermano, padre o madre que requiere un trasplante, actúa la justicia, además de los representantes necesarios y legales del insano. Y aun cuando se oponga el representante, puede acudirse a la justicia a través de los órganos correspondientes, para que evalúe cuál puede ser la presunta voluntad de ese insano frente a la posibilidad de salvar a un hermano, al padre, a la madre.

Es cierto, es gravísimo quitar algo tan importante como un riñón pero, ¿y la muerte del hermano... etc.?

DOCTORA HIGHTON. - Cuando hablaba el doctor Cifuentes yo reflexionaba que abordé un tema de derechos personalísimos, materia de su incumbencia, y que él incursionó en un tema de derechos reales, como es el de la propiedad horizontal, que es el tema mío. Pero lo hizo tan bien que nada tengo que decir.

DIRECTOR DEL DEPARTAMENTO DE DERECHO PRIVADO. - Agradecemos a los profesores sus excelentes exposiciones y comentarios, y a los asistentes su presencia y los invitamos a la próxima mesa redonda que tendrá lugar el martes próximo (aplausos prolongados).