

DOCTRINA

EL PODER INTERNACIONAL EN EL MERCOSUR

Por EDUARDO A. CLARIA¹

1. INTRODUCCIÓN

Uno de los temas de Derecho Internacional Privado en los que debe entender habitualmente un notario es el de los Poderes Internacionales. Es común que se utilicen esta clase de instrumentos otorgados en países extranjeros para ser ejercidos o cumplidos en nuestro país (ej.: para escrituras de venta de inmuebles de constitución de sociedades comerciales, etc.).

Con motivo del MERCOSUR la cuestión adquiere mayor importancia como consecuencia necesaria del incremento comercial entre particulares de los países que lo integran.

Nuestro objetivo en este trabajo consiste en analizar:

- a) Las normas de DIPr y sus fuentes,
- b) La legislación interna de los países del Mercosur.

Antes de realizar ese análisis, corresponde tener en cuenta los distintos aspectos de un Poder Internacional:

- a) La forma y su reglamentación.
- b) La capacidad del otorgante.
- c) Los requisitos intrínsecos y efectos.
- d) La legalización y traducción.

2. CONCEPTO DE PODER INTERNACIONAL

¹ Trabajo publicado en "PRUDENTIA IURIS", Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Católica Argentina (julio de 1996), que se reproduce con autorización de su Dirección.

Para que un caso determinado sea considerado como perteneciente al DIPr es necesario que, además de ser iusprivatista, contenga un elemento extranjero. Pero no todos los elementos extranjeros convienen a un asunto, en este caso un poder, en internacional. Por ejemplo, no resulta relevante a esos efectos la nacionalidad de las partes, sus domicilios, el lugar de situación del bien objeto del acto, etcétera. Consideraremos, en cambio, poder internacional a aquel en el cual el lugar de celebración y el lugar de cumplimiento o ejecución son distintos. El domicilio extranjero de una de las partes sólo será tenido en cuenta con relación a cierto aspecto del acto, tal es la capacidad, pero no le infunde carácter de internacional.

III. FUENTES DEL DIPr

Las normas del DIPr, llamadas también normas indirectas. Se encuentran incluidas en los respectivos Códigos y leyes nacionales (DIPr de fuente interna) o en Tratados Internacionales (DIPr de fuente convencional). Analizaremos a continuación qué fuentes resultan aplicables al tiempo de resolver sobre poderes provenientes de países adheridos al MERCOSUR.

- Tratados de Montevideo 1889/1940: ratificados por Argentina, Paraguay y Uruguay.
- Convención Interamericana sobre Régimen legal de Poderes para ser utilizados en el Extranjero: (Panamá 1975) ratificada por los mismos países:
Argentina (marzo 1982), Paraguay (diciembre 1976). Uruguay (octubre 1977) y Brasil (mayo 1994).

En consecuencia, los poderes provenientes de Paraguay, Uruguay y Brasil se regirán por la Convención de Panamá 1975 en primer lugar, luego por el Tratado de Montevideo 1940 (excepto Brasil), para todo lo no previsto por aquélla (ej.: capacidad) y, finalmente y en forma subsidiaria, por nuestro Código Civil.

IV. LA FORMA DE LOS PODERES INTERNACIONALES

En este tema, como en los que vendrán, se enfocarán desde el DIPr interno, los tratados de Montevideo y la Convención de Panamá sucesivamente.

1) Código Civil: No tiene normas indirectas específicas referidas a la forma de los poderes internacionales. En efecto, los arts. 12 y 950 se refieren a actas o contratos en general. Obviamente, resultan también aplicables a los poderes. Y ambos establecen la regla general: La Forma se rige por la ley del lugar de celebración. O sea, no obstante que nuestra ley interna exija la forma solemne de escritura pública a ciertos poderes (ej.: judicial) la ley del país de celebración u otorgamiento desplaza la disposición interna y, si dicha ley no exige la solemnidad, debe ser aceptada con plena validez en nuestro país aun constando en instrumento privado. Ello siempre y cuando, como dice W. Goldschmidt (Der. Int. Privado, págs. 255 y sigs.), la ley de nuestro país no imponga una forma solemne o auténtica a un acto otorgado en otro país. Pero ello no ocurre con los poderes ya que el supuesto más cercano, el del art. 1211 CC. que exige instrumento público para los contratos celebrados en el extranjero para transferir derechos reales sobre inmuebles argentinos. No es aplicable al poder para otorgar esos contratos. Sobre esto último existe alguna discrepancia doctrinaria, pero jurisprudencialmente y en la práctica notarial hay uniformidad en el sentido indicado. De no considerarse así, se rechazarían sistemáticamente poderes provenientes de países anglosajones (ej.: EE.UU.) en los que no existe notariado latino, lo que no ocurre. En el Cód. Civil no existe ninguna otra disposición que imponga una forma determinada a un poder extranjero que se exhibe en Argentina. En síntesis, si el mismo cumple con la forma exigida en el país donde se otorga, aunque no coincida con las solemnidades requeridas por nuestro derecho (caso más común: instrumento privado con firma certificada), debe reconocérsele pleno valor y efecto.

2) Tratados de Montevideo. El Tratado de Der. Civil Internacional de 1889 dispone que la ley del lugar donde los contratos deben cumplirse, decide si es necesario que se hagan por escrito y la calidad del documento correspondiente (art. 32) y las formas de los instrumentos públicos se rigen por la ley del lugar en que se otorgan y los instrumentos privados por la ley del lugar de cumplimiento del contrato (art. 39).

Como se puede advertir, existen notables diferencias con nuestro Cód. Civil. En efecto, cuando se considera la validez formal de un poder otorgado en país ratificante del Tratado/89 (Bolivia y Colombia)², no adheridos a Panamá 1975, analizaremos las exigencias de la ley de cumplimiento.

Vemos aquí la diferencia sustancial con la anterior posición. En efecto, si se tratare de un poder para hipotecar un inmueble argentino otorgado, por ejemplo en Bolivia, debe constar en escritura pública (art 1184 inc. 7 Cdd. Civil). La ley del lugar de otorgamiento reglamentario. Los requisitos de la escritura.

El Tratado de 1940 dispone que la ley que rige los actos jurídicos decide sobre la calidad del documento correspondiente. Las formas y solemnidades de los actos jurídicos se rigen por la ley del lugar de celebración (art. 36). La diferencia con el Tratado de 1889 es mínima: las formas de los instrumentos privados también se rigen por "Lex celebrationis". Pero al decidir la ley que rige el contrato, que no es otra que la del cumplimiento (art. 37) sobre la "calidad" del documento, deberíamos cumplir entonces con la solemnidad (escritura pública) exigida por nuestro Código Civil cuando el poder provenga de los países ratificantes del Trat. Der. Civil Internacional 1940 (Uruguay y Paraguay). Pero como ambos ratificaron a su vez Panamá 75, como se ha dicho, ello no rige.

3) Convención de Panamá 1975. Esta convención establece un sistema distinto. En primer lugar y a diferencia de los anteriores, permite que el otorgante opte por la forma del lugar de otorgamiento o del ejercicio (art. 2).

Pero agrega que, "en todo caso", si la ley del cumplimiento exigiere "solemnidades esenciales", regirá dicha ley. Luego, la Convención contempla el siguiente caso: cuando en el Estado donde se otorga el poder se desconoce la solemnidad referida, se deberá cumplir con exigencias especiales (art. 3).

Elas son: a) El poder contendrá una declaración jurada o aseveración del otorgante de decir verdad sobre: identidad, nacionalidad, edad, domicilio y estado civil.

b) Se agregarán copias certificadas u otras pruebas con respecto a representación de personas físicas y jurídicas.

c) Autenticación de la firma del otorgante.

² Perú ratificó la Convención de Panamá 1975.

d) Los demás requisitos exigidos por la ley del lugar de otorgamiento.

Para finalizar el tema de la forma, recordemos que la jurisprudencia ha establecido la presunción de legalidad en caso de intervención notarial en el extranjero (C.S. Fallos t. 48, pág. 98 y J.A. t. ó, pág. 485, etc.).

IV. CAPACIDAD

En el DIPr de fuentes internas, la capacidad se rige por la ley del domicilio de las partes (arts. 6, 7. 948 C.C.), entendiéndose por tal el lugar de la residencia permanente con el ánimo de permanecer allí. Coinciden con ello los Tratados de Montevideo (art. 2). Ello rige tanto para el poderdante como para el apoderado. Es preciso, no obstante, tener siempre presente:

a) Que por aplicación de principios de Orden Público Internacional argentino no resulte aplicable la ley del domicilio extranjero (ej.: que el otorgante tenga una edad muy inferior).

b) El principio "favor del negocio" del art. 14 inc. 4 del C.C.. que desplaza la aplicación del derecho extranjero en favor de la validez del acto.

No especifica la doctrina en este punto. En efecto (W. Goldschmidt-Der. Int. Privado, pág. 400) considera que la capacidad tiene reglas especiales excluyentes (arts. 138 y 139 C.C.) por lo cual no se puede corregir la incapacidad de hecho del otorgante con domicilio extranjero. Otra importante parte de la doctrina nacional considera que también los problemas de capacidad (o incapacidad) son corregidos por la ley argentina cuando ésta le atribuye validez al acto.

La Convención de Panamá 1975 no hace referencia alguna a la capacidad del otorgante de un poder extranjero. En cambio, su antecedente, Washington 1940, exige que el funcionario autorizante dé fe de que el poderdante tiene capacidad legal (art. I inc. 1).

En ausencia de norma específica, aplicaremos lo visto anteriormente.

V. REQUISITOS INTRINSECOS

Tampoco nuestro C.C. contiene normas indirectas referidas a poderes. Recurrirémos a las generales de los contratos (arts. 1205 y sigs. C.C.) que contienen la regla de que el lugar de cumplimiento regirá la validez intrínseca de un contrato (arts. 1209 y 1210 C.C.). Se entiende como comprendidos: el objeto, causa, consentimiento, efectos, cese, etc. Además, y como temas específicos de los poderes, también se incluyen: la aceptación, la revocabilidad, la especialidad, la sustitución, la caducidad, prohibiciones, (ej.: testamento, matrimonio, etc.). Pero antes debemos revisar si no está expresada la voluntad de las partes en otro sentido (art. 1197 C.C.). Estamos en el campo del derecho dispositivo y la autonomía de la voluntad juega un papel relevante.

Si dicha voluntad no se halla expresada, entonces regirán aquellas normas. Es preciso decir, con la Dra. Alicia Perugini de Paz y Geusse (El Poder de Representación Notarial. pág. 67) que la autonomía de la voluntad no se da tan fácilmente porque "siendo el poder un acto unilateral, no media el <acuerdo> entre las partes para la elección o creación del derecho aplicable, tal como funciona en la autonomía tradicional. Ello no obsta al uso de la autonomía en el negocio representado".

En consecuencia, si por ejemplo se otorga un poder en el extranjero para vender un inmueble argentino ante un notario local, para juzgar su validez intrínseca tendremos en cuenta la ley argentina. Si, en cambio, dicho poder es para otorgar una venta sobre inmueble argentino ante un extranjero situación poco común en que se otorga en país extranjero y se ejerce en otro país extranjero) la solución es distinta. Ya que aplicaríamos el art. 1205 en lugar del 1209110, el que establece como punto de conexión la ley del lugar de celebración.

Los Tratados de Montevideo establecen que "La ley del lugar donde los contratos deben cumplirse rige: su existencia, su naturaleza, su validez. Sin efectos, sin consecuencias, sin ejecución y todo cuanto concierne a los contratos, Bajo cualquier aspecto que sea" (arts. 33 y 371. En ambos tratados se desconoce la autonomía a de la voluntad.

El Tratado de 1889 trata el caso de la permuta disponiendo que se regirá por la ley de los domicilios de los contratantes. Si fuera en el mismo país, o la de celebración en caso de ser distintos.

Ambos tratados se refieren al concepto "lugar de cumplimiento" (arts. 34 y 38j, como punto de conexión.

También establecen que los contratos accesorios se rigen por la ley de la obligación o contrato principal (arts. 36 y 41).

La Convención de Panamá 1975 establece al respecto que "los efectos y el ejercicio del poder se sujetan a la ley del estado en que ésta se ejerce(art. 5).

Por otra parte establece que no es necesario para la eficacia del poder que el apoderado manifieste en dicho acto la aceptación. Esta resultará de su ejercicio (art.) El art. 12 dispone que el estado requerido podrá rehusar el cumplimiento de el poder cuando sea manifiestamente contrario a su orden público.

En síntesis, si bien la Convención no se refiere expresamente a la validez intrínseca, debe considerarse que ella se rige por el mismo derecho que los efectos.

VI. LEGALIZACIÓN Y TRADUCCION

Estos temas no merecen mayores consideraciones. Ninguno de los países del Mercosur, a excepción de Argentina (Ley 22550), ratificó la Convención de la Haya sobre supresión de legalización consular. En consecuencia, sigue rigiendo la misma.

En cuanto a la traducción, el problema solamente se plantea con Brasil.

Aquí pueden ocurrir diferentes hipótesis:

- a) que el poder venga en portugués.
- b) que tenga, además, una traducción en origen.
- c) si es instrumento privado, el otorgante haya firmado la versión en español.

La regla general es que la traducción debe ser efectuada por traductor público inscripto en nuestra matrícula (arts. 89 a 92 Regl. Inst. Nac. Civil de Cap. Fed, Acordada de la Excma. Cam. Civil de fecha 27/10/76). Por ello la hipótesis b) (traducción en origen) no es valida aquí. En cambio, no hay inconveniente en aceptar la versión española de c) ya que allí no hay traducción sino nuestro idioma en el documento original. Correspondería si traducir aquí la certificación y autenticación de las firmas efectuadas por las autoridades de origen.

La Convención de Panamá 1975 exige legalización y Traducción (arts. 8 y 9).

DERECHO COMPARADO - NORMAS INTERNAS (Fuentes O.N.P.I. 1986)³

BRASIL

Forma: Art. 1290 C.C. El mandato puede ser expreso, tácito, verbal o escrito. Art. 1291. No podrá ser verbal en caso de que le exija instrumento público o privado. Art. 1289. Puede ser dado en instrumento privado pero el reconocimiento de la firma es condición esencial de su validez con relación a terceros.

Art. 1295. Si se otorga en instrumento privado debe contener: designación de Estado, ciudad, fecha, nombre del otorgante, del apoderado; el objeto, naturaleza y extensión y especificación de las facultades conferidas.

Art. 134. Se exige escritura pública en contratos prenupciales, adopciones, contratos constitutivos o traslativos de derechos reales sobre inmuebles.

Art. 73. También la constitución de bien de familia. El mandato judicial puede ser dado en instrumento público o privado (art.1324).

Aspectos intrínsecos

El mandato general sólo confiere poderes de administración (art. 1295).

Puede ser especial para uno o varios asuntos (art. 1294).

Se necesita poder especial para enajenar, hipotecar, transigir o realizar otros actos que no sean de la administración ordinaria.

El mandato puede ser sustituido si se tiene dicha facultad pero el mandatario responde por el sustituto si fuera notoriamente incapaz o insolvente (art. 1300).

El mandato cesa: por revocación o renuncia, muerte o interdicción, por fin del plazo o conclusión del negocio (art. 1316).

Puede valer post-mortem si el negocio estuviere empezado y hubiere peligro en la demora (art. 1308).

Existe el mandato irrevocable (art. 1317) cuando fuese condición de un contrato bilateral o cuando fuese medio para el cumplimiento de una obligación contratada. Debe ser expreso. También es irrevocable cuando fuese conferido a un socio como liquidador de una sociedad. salvo expresión en contra en el estatuto.

³ Régimen de Poderes de los Países Americanos con intervención especial de las escribanas María T. Acquerone y Renata I.H. de Lipschitz.

Capacidad. El menor de 16 a 21 años no emancipado puede ser mandatario.

PARAGUAY

Este país adoptó nuestro Código Civil que fue modificado en diciembre/85 las disposiciones que merecen destacarse son: ART. 916: El mandato conferido en interés común de mandante y mandatario a de éste exclusivamente, o de un tercero, no se extingue por la muerte o incapacidad sobreviniente del mandatario ni por revocación de parte del mandante, salvo estipulación en contrario o que concurra justa causa.

ART. 917: Es también irrevocable salvo que medie justa causa:
a) En los casos en que fuese condición de un contrato bilateral o el medio de cumplir una obligación contratada, como el mandato de pagar letras u órdenes.

b) Cuando fuese conferida al socio como administrador o liquidador de la sociedad, por disposición del contrato social, salvo cláusula contraria o disposición especial de la ley. Según el art. 349, existe un Registro de poderes donde se inscriben los otorgados en el país o en el extranjero, referentes a la administración de bienes. transacciones, percepciones de sumas de dinero y celebración de contratos sobre derechos reales. Las revocaciones, sustituciones. ampliaciones, limitaciones, suspensiones y renunciaciones.

El art. 352 dispone que la inscripción es esencial para surtir efectos frente a terceros y es obligación a cargo del escribano.

El art. 353 exige la previa certificación que acredite la vigencia del mandato.

REPUBLICA ORIENTAL DEL URUGUAY

Forma: El mandato puede ser expreso o tácito (art. 2053). El expreso puede ser otorgado por escritura pública o privada y debe inscribirse en el Registro General de Poderes.

No se establece cuando el mandato debe otorgarse por escritura pública.

Los contratos y actos que exigen en escritura pública son: compraventa de inmuebles, servidumbres, permuta, hipoteca y donación de inmuebles.

Aspectos intrínsecos. Puede ser general o especial. El general comprende sólo actos de administración (art. 2056).

Se requiere poder especial para enajenar, transigir, hipotecar o hacer cualquier acto de riguroso dominio (art. 2056), es decir, cuando el acto no sea de nueva administración.

Pueden actuar varios mandatarios y el poder puede sustituirse cuando no está expresamente prohibido (art. 2067).

El mandato cesa por causas similares a nuestra ley (art. 2086).

Es revocable y surte efectos desde que el mandatario tiene el conocimiento.

Se puede sustituir si el poder lo autoriza expresamente. Si no, el apoderado responde por los actos del sustituto cuando fuera manifiestamente incapaz o insolvente.

CONCLUSIONES

I. El análisis comparativo precedente permite advertir que no existe en las legislaciones internas de cada país total uniformidad en cuanto a requisitos y exigencias necesarias para el otorgamiento de un poder válido.

Al ratificar recientemente Brasil la Convención de Panamá (1975) se superó un serio inconveniente. No obstante, la mejor solución sería recurrir a un acuerdo o protocolo específicos limitados a los países miembros del Mercosur referidos a algunas normas propias de los poderes, especialmente en cuanto a su forma. Es más la solución ideal sería la adopción de fórmulas o modelos uniformes (se desplazarían así las normas de DIPr por normas directas, denominadas Derecho Civil Unificado).

Ya en el 11 Congreso Internacional del Notariado Latino (Madrid, 1950) se recomendó la adhesión al Protocolo sobre Uniformidad del Régimen legal de los Poderes Washington 1940 elaborado en el marco de la VII Conferencia Internacional Americana, de la Unión Panamericana.

En aquel Congreso se recomendó, además, "encargar a la O.N.P.I. el establecimiento de fórmulas sintéticas de poderes, otorgados para producir efectos en países extranjeros", cumpliendo las condiciones convenidas por la citada conferencia.

La Comisión de Asuntos Europeos de la UINL elaboró textos uniformes para el entonces Mercado Común. Se incluían poderes especiales (venta de inmuebles, préstamos hipotecarios, poder bancario, etc.) y generales.

II. En cuanto a la circulabilidad de Los poderes entre los países adheridos al Mercosur, se avanzaría mucho si se estableciera entre

ellos un sistema simple de legalización, que reemplazara, tal como lo hace la Convención de la Haya 1961, la tradicional legalización consular. Independientemente de las ventajas que aportaría la adhesión de Brasil, Paraguay y Uruguay a la misma, se puede proponer también en este punto un acuerdo o protocolo que establezca un sistema similar con validez regional. Además de ella, y tal como viene proponiéndolo el Consejo Federal del Notariado Argentino desde la sanción de la ley 23458 de diciembre de 1983 (ratificación de la Haya 1961), es conveniente establecer que los documentos notariales pueden ser legalizados "internacionalmente" (o sea la Apostilla de la Haya a el sistema a crearse) por los distintos colegios notariales del país.

BIBLIOGRAFÍA

GOLDSCHMIDT, Werner: Derecho Internacional Privado (Depalma)

PERUGINI DE PAZ Y GEUSSE, Alicia: La Validez y Circulabilidad Internacional del Poder de representación notarial (Depalma, 1988).

BOOGLANO, Antonio: Derecho Internacional Privado (Depalma 2á edición)

KALLER DE ORCHANSKY, Berta: Derecho Internacional Privado.

CLARIA, Eduardo A.: Exposición sobre Derecho Internacional Privado Notarial en Jornada de International Law Association-Col. de Ese. Cap. Fed. 1990.

O.N.P.I.: Reg. de Poderes de los Países Americanos (1986).

GALLINO, Eduardo: Poderes Internacionales. Rev. Notarial Córdoba. No. 49.