

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

APODERADO, NUNCIO, AUTOTUTELA, SUSTITUCIÓN Y PODER PARA APODERAR, RATIFICACIÓN Y OTRAS CUESTIONES(*) (12)

AURELIO DIEZ GÓMEZ(**) (13)

SUMARIO

I LA REPRESENTACIÓN EN GENERAL: PODER Y NUNCIAZGO.

II CAPACIDAD. 1. Del dóninus: incapacidad e incapacitación; capacidad para nombrar apoderado y para nombrar nuncio; autotutela. - 2. Del representante: apoderado y nuncio.

III OBJETO. 1. Del nunciazgo. - 2. Del poder.

IV FORMA.

V INEFICACIA.

VI. EXTINCIÓN. 1. Revocación. - 2. Revocación tácita. - 3. Incapacidad del dóninus. - 4. Muerte del representado. - 5. Causas relativas al representante.

VII LA SUSTITUCIÓN DEL REPRESENTANTE Y EL PODER PARA APODERAR, 1. En el poder. 2. En el nunciazgo.

VIII LA RATIFICACIÓN. 1. Del nunciazgo. - 2. Del poder.

I LA REPRESENTACIÓN EN GENERAL: PODER Y NUNCIAZGO

Una de las instituciones jurídicas más sutiles y admirables es la

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

representación. Una larga evolución ha llevado a elaborar este instrumento que permite obviar las limitaciones que la naturaleza ha puesto al hombre. Mediante la representación voluntaria el hombre es ubicuo: puede actuar al mismo tiempo en varios sitios, estar jurídicamente presente en lugar distinto de donde se halla físicamente. Cuanto más complicada es la vida de los negocios, cuanto más pequeño se nos hace lo que antañofue el "ancho mundo", más útil y necesaria es la institución jurídica de la representación .

La representación es un mecanismo por el cual los actos realizados por un sujeto recaen sobre otro como si éste fuera su autor. El negocio jurídico por el que se confiere la representación voluntaria es el denominado comúnmente poder, o más propiamente apoderamiento, pues el término "poder" conviene más al resultado que al acto.

Ahora bien, la esencia de todo negocio jurídico está en la voluntad, no sólo en que exista, sino en que se exteriorice; el acto voluntario meramente interno puede interesar a la Moral, pero no al Derecho. La formación y la exteriorización de la voluntad las realiza el sujeto en uso de su libertad. Y mediante la representación puede abdicar esa libertad, puede delegar su facultad de querer y de exteriorizar lo que quiere en otra persona.

De aquí se deduce que el acto por el que se efectúa esa delegación puede tener dos objetos perfectamente diferenciados: se puede delegar la facultad de querer, se puede encomendar a otro la formación de la voluntad, y se puede delegar la facultad de expresar o exteriorizar una voluntad ya formada por el delegante. En el primer caso surge el apoderado; en el segundo, el nuntius o nuncio en expresión castellanizada que preferimos. La diferencia entre ambas instituciones es esencial. Creemos que a esa diferencia de esencia debe corresponder una diferencia terminológica, y por tanto llamamos apoderamiento o poder al negocio jurídico por el que una persona delega en otra la facultad de formar la voluntad informadora de un acto cuyas consecuencias, o más exactamente cuya paternidad recae sobre aquél, y llamamos al negocio mediante el que se delega la facultad de exteriorizar una voluntad ya formada "nunciazgo", usando esta desinencia de tanto abolengo en nuestra lengua.

Decimos que estos negocios, apoderamiento y nunciazgo, son esencialmente distintos, pero su diferencia no impide que haya grandes analogías entre ambos. Por un lado, todo apoderamiento lleva en sí un nunciazgo, pues no se concibe que se encomiende a alguien la facultad de decidir y no se le faculte para expresar la decisión. Por otro, todo nunciazgo tiene algo de poder, puesto que el nuncio puede exteriorizar o no a su voluntad - sin perjuicio de que en virtud de una relación interna, generalmente un mandato, esté obligado a hacerlo - la voluntad va formada del dóninus, y por lo tanto decidir sobre la existencia del negocio para el que se le confirió el cargo, o sobre el momento de su celebración. Además es muy difícil decir a veces cuándo se tratará de un poder o de un nunciazgo, problema de límites que, por otra parte, se da

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

en todos los campos, y no solamente jurídicos.

El poder se aproxima al nunciazgo tanto más cuanto más especial es; no se olvide que en la terminología usual, e incluso en la legal, al nuncio se le llama apoderado especial. Efectivamente, quien está autorizado para comprar una cosa a determinada persona y en ciertas condiciones ¿es apoderado o nuncio? Muchas veces será difícil averiguar la voluntad del dónimus. El objeto de la delegación - si el negocio es o no personalísimo - nos dará con frecuencia la clave de la solución.

A la diferencia que hay entre la esencia del poder y la del nunciazgo debe corresponder una diferente regulación de ambas instituciones. He aquí algunas breves consideraciones sobre esta materia.

II CAPACIDAD

1 Del dónimus

En principio, parece que la capacidad para nombrar apoderado debería ser distinta de la precisa para nombrar nuncio. Los notarios sabemos por experiencia que existe una diferencia entre incapacidad e incapacitación. Esta es un status, derivado de unas circunstancias de hecho, pero que requiere una declaración, bien de la ley - caso del menor de edad - bien del órgano competente; una vez declarada la incapacitación, se precisa una declaración en sentido contrario para que cese: al incapacitado por demencia no le basta recobrar la razón para poder actuar en el tráfico jurídico - con la excepción del testamento -, aunque sea discutible la posibilidad de una declaración de capacidad con efecto retroactivo. Por otro lado, la incapacitación tiene una extensión fija, determinada por la ley en cada caso.

De manera diferente, la incapacidad se deriva directamente de una circunstancia de hecho que priva al sujeto del conocimiento necesario para formar una voluntad verdaderamente libre, y es, por tanto, variable en extensión y duración. El alcohol, las drogas, la fatiga extrema, ciertos estados emocionales, la incultura, pueden ser causas de incapacidad. Todos los notarios nos hemos encontrado con presuntos otorgantes que no estaban incapacitados - no estaban comprendidos en los casos estrictos de incapacidad previstos por la ley⁽¹⁾(14)- pero eran incapaces para el negocio que se trataba de celebrar . O que son capaces para un negocio y no lo son para otro, sencillamente porque su inteligencia, al menos en ese momento, les permite conocer el alcance y consecuencias de un negocio sencillo y usual, pero no de otro complicado y poco corriente. Particularmente, nosotros siempre hemos creído que una persona anciana y enferma no necesita la misma capacidad para instituir heredero a su único hijo que para ordenar una complicada sustitución fideicomisaria o una fundación, o, simplemente, para hacer una prolija partición de sus bienes entre los herederos.

Siendo así, una persona que se considerase a sí misma incapaz de realizar cierto negocio podría nombrar apoderado, pero no nuncio. Esta

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

solución no se aleja tanto de la realidad: yo me considero incapaz de vender con acierto. pero creo que puedo elegir una persona que me haga una buena venta. Algo así hace la ley cuando impone el patrocinio y la representación procesal: no me considera capaz de defenderme adecuadamente ante los Tribunales y me obliga a conferir facultades a un procurador en virtud de las cuales éste hace lo que yo personalmente no puedo hacer.

Admitir esta solución en toda su extensión será tanto como admitir la autotutela. Habría una capacidad específica para apoderar no necesariamente dependiente de la necesaria para el acto a realizar por el apoderado. Pensamos que algo así ocurre en la práctica. Cualquier notario que no consideraría a determinado enfermo capaz de otorgar una complicada escritura de sociedad, autorizaría un poder para constituir sociedades. De autorizarse, la primera escritura podría ser impugnada por falta de consentimiento - incluso por error, que es una forma de falta de consentimiento por vicio de la voluntad -, mientras que para dar un poder basta saber en qué consiste apoderar - negocio de confianza -, al revés que para nombrar nuncio, para lo que precisa querer, y por tanto saber plenamente en qué consiste el negocio.

Lege ferenda podría admitirse en algunos casos la autotutela de incapacitados. Algo puede atisbarse en la ley en este sentido, concretamente en materia de ausencia, cuyo parecido con la incapacidad - el ausente es un incapacitado de hecho - es notoria. Según el artículo 183 del Código Civil "Se considerará en situación de ausencia legal al desaparecido de su domicilio o de su última residencia: Primero. Pasado un año desde las últimas noticias o, a falta de éstas, desde su desaparición, si no hubiese dejado apoderado con facultades de administración de todos sus bienes. Segundo. Pasados tres años, si hubiese dejado encomendada por apoderamiento la administración de todos sus bienes". Durante esos dos años siguientes al primero bien podemos ver un defensor del ausente nombrado por él mismo. Podría pensarse sobre la convivencia de que el menor emancipado que no puede vender inmuebles sin un complemento de capacidad, debiera poder apoderar por sí sólo a tal fin a un profesional reconocido, digamos a un agente de la propiedad inmobiliaria. La cuestión se sale del objeto de este sencillo trabajo, pero debemos dejar de señalar que en algún caso - art. 1444 N° 3° del Cód. Civil(2)(15)- se impone la cautela de la intervención profesional.

Íntimamente relacionado con este tema está el del término de la representación por incapacitación del representado, del que nos ocuparemos más adelante.

2 Del representante

Si el poder es la delegación de la facultad de querer, parece evidente que el apoderado debe tener la capacidad necesaria para realizar el acto de que se trate. Si la ley piensa que un menor emancipado no tiene la

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

madurez necesaria para decidir sobre la enajenación de sus bienes inmuebles, tampoco debe tenerla para decidir sobre la enajenación de los inmuebles de otro. Este criterio no es aplicable a las prohibiciones - no incapacidades -, que tienen otro fundamento.

El párrafo 1º del artículo 1716 del Código Civil(3)(16) puede parecer que se opone a esto, pero creemos que no es así, porque dentro de la confusión con que nuestro primer cuerpo legal trata al mandato y al poder, este precepto se refiere claramente al primero, ya que regula relaciones entre partes - necesariamente mandante y mandatario - que no pueden derivarse de un acto unilateral cual es el poder. El menor puede aceptar el mandato, pero no podrá usar el poder que éste lleve unido más que actuando en aquello para lo que la ley le considera capacitado.

Cosa distinta son las prohibiciones. Si la ley considera a una persona capacitada para realizar determinado acto, pero se lo prohíbe para proteger un cierto interés, no se ve inconveniente en que lo haga cuando por recaer sus efectos sobre un patrimonio ajeno no existe peligro para ese interés. Así, la mujer casada precisa - en el momento en que se escriben estas líneas - la licencia marital para ciertos actos que se supone que afectan a la sociedad conyugal que administra el marido, pero no hay por qué exigirle cuando no ocurre así(4)(17). Hay casos en que es dudoso si nos encontramos ante una incapacidad o una prohibición. Por ejemplo, el concursado o quebrado ¿es un incapaz porque lo ha demostrado en su propia administración? Entonces no debe poder ser apoderado. ¿Está afecto a una prohibición en garantía de sus acreedores? No hay inconveniente en que lo sea. Debemos advertir que conforme a la interpretación usual del artículo 1732 párrafo 3º del Código Civil, según la cual se refiere tanto al mandato como al poder, estos casos serían de incapacidad por cuanto al sobrevenir lo extinguen.

Si el incapacitado para un acto no puede ser apoderado para el mismo, es obvio que el incapaz para el mismo tampoco podrá serlo. Dicho de otra manera, para la validez del negocio que realice habrá de ser perfecta la voluntad del apoderado. Cualquier defecto o vicio producirá la ineficacia.

En el caso del nuncio la solución es diametralmente opuesta. La voluntad informadora del negocio no es la de éste, sino la del dónus. Los defectos o vicios que la afecten trascienden al negocio, pero en cuanto al nuncio sólo importan los que atañen a su función, a su mera voluntad de exteriorizar la ya existente acerca del negocio. Una mínima voluntad de consentir debe ser suficiente. A nuestro juicio no sólo pueden ser nuncios los menores emancipados, sino incluso los que pueden aceptar donaciones o realizar otros actos, como testar o contraer matrimonio, que jurídicamente tienen discernimiento. Como se ha dicho, si un perro pudiese hablar podría ser nuncio.

En cuanto a los vicios de la voluntad, difícilmente pueden afectar al nuncio, salvo, quizá, la violencia, en cuanto excluye totalmente la

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

voluntad de exteriorizar. El dolo, el error, la intimidación, difícilmente podrían tomarse en consideración.

¿Es compatible este criterio con el derecho positivo español? En buena hermenéutica no parece imposible. El Título IX del Libro IV del Código Civil - artículos 1709 y siguientes - se refiere al contrato de mandato y en algunos de sus preceptos al poder, porque contempla principalmente el mandato representativo, pero el nunciazgo no es una institución reglamentada en él, aunque en otros artículos como el 87(5)(18) no le sea desconocida. Entonces su regulación hay que inferirla por analogía de la del poder, que es otra figura igualmente basada en la representación voluntaria, pero la licitud del procedimiento analógico cesa cuando la solución a aplicar se basa en elementos que no son comunes en ambas figuras. En tal caso habrá que recurrir a los principios generales.

III OBJETO

El objeto de la representación es siempre un negocio jurídico cuya paternidad, una vez formalizado, corresponde al dóninus. Veamos que negocios pueden ser objeto del nunciazgo y del poder.

1 Del nunciazgo

En principio debe decirse que un acto o negocio jurídico unilateral no debe ser objeto del nunciazgo. La utilidad de éste es exteriorizar en determinado momento y forma una voluntad ya formada y en cierto modo exteriorizada por el mismo hecho de designar el nuncio(6)(19). El acto o negocio objeto del nunciazgo precisa una forma determinada, más o menos solemne, que el ordenamiento estima necesaria para garantizar la capacidad, la libertad, la reflexión del sujeto. Por ejemplo, la voluntad testamentaria, en caso normal, ha de expresarse ante el notario y los testigos preceptuados por la ley. Si el nunciazgo cumple esos requisitos de forma, resultaría inútil, porque la voluntad informadora del negocio ya habría sido suficientemente exteriorizada; si le bastara otra forma, su validez equivaldría a eludir las cautelas formales impuestas por la ley al acto de que se trate. En el ejemplo propuesto, si el nunciazgo para testar pudiera conferirse, digamos verbalmente, aunque el nuncio actuase ante notario y testigos, quedaría sin haberse comprobado por éstos la capacidad y demás requisitos relativos al testador, que es la principal justificación de su exigencia - sería como permitir el testamento verbal ante un solo testigo.

Excepcionalmente el nunciazgo puede ser útil en ciertos actos unilaterales, cuando exijan ciertos requisitos de forma y tiempo(7)(20). Como ejemplo, y por no citar otros estrictamente procesales como el allanamiento o el desistimiento, podríamos citar el nunciazgo para exteriorizar ante el juez el consentimiento de la familia natural del adoptando.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Tratándose de actos o negocios bilaterales, la posibilidad del nunciazgo no se discute. El problema está en el poder.

2 Del poder

Por su propia naturaleza, cualquier negocio o acto jurídico, sea unilateral o bilateral, puede ser objeto de poder. Pero de la misma manera que hay esferas sustraídas a la disponibilidad del sujeto, cosas y derechos que están fuera del comercio de los hombres, como pueden ser el honor la libertad, la vida, hay otras tan íntimamente ligadas a la personalidad que no es posible abdicar el poder de decisión que se tiene sobre ellas. Hay actos de trascendencia más moral que jurídica, de una manera destacada aquellos que afectan al ámbito familiar. Tales actos pueden ser objeto de nunciazgo, pero no de poder.

El ejemplo más claro es el matrimonio. El poder a que se refiere el artículo 87 del Código Civil(8)(21) es sin duda un nunciazgo puesto que exige la plena determinación de todos los elementos del acto. Repugnaría a la conciencia que la elección de cónyuge pudiera delegarse en otra persona como se delega la elección de comprador.

Los esponsales, aunque no producen más efectos que los patrimoniales(9)(22), y según la opinión más extendida entre los canonistas ni en el fuero externo ni en el interno producen obligación de contraer matrimonio(10)(23), parecen tener un evidente contenido moral que no permite el apoderamiento.

En materia de capitulaciones matrimoniales la cuestión puede ser algo más dudosa dado su contenido primordialmente económico. Pero ni en la economía familiar deja de haber un trasfondo moral que hace inconcebible que los contrayentes o uno de ellos deje al arbitrio de un tercero la elección del régimen por el que haya de regirse su matrimonio, sin contar los demás pactos posibles en esta clase de actos. El artículo 1316 del Código Civil, que prohíbe estipular en las capitulaciones nada que fuere depresivo de la autoridad que respectivamente corresponda en la familia a los futuros cónyuges, puede ser un argumento en pro de esta tesis(11)(24). Sin embargo no debe olvidarse que junto a las capitulaciones propiamente dichas suelen ir otros pactos de naturaleza distinta, en los que el poder puede ser perfectamente admisible. Por ejemplo, que un cónyuge aragonés nombre un nuncio para capitular la transformación del régimen de comunidad de su matrimonio en régimen de separación, y le apodere para hacer la liquidación del caudal común.

En los actos mortis causa la admisibilidad del poder depende de que el ordenamiento los considere o no como personalísimos. Sabemos que en derecho común español la regla general es la afirmativa, aun cuando se admitan algunas excepciones, entre las que se señalan la delegación de la facultad de mejorar como la más significativa. El derecho foral admite excepciones de tanto alcance como el albaceazgo de confianza en Cataluña y el poder testatorio vizcaíno, que hacen dudar cuál sea la regla general. El examen de casos concretos, como el del albaceazgo,

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

nos llevaría más lejos de lo que nos proponemos. Baste al menos con decir que no es admisible en derecho común el poder para testar.

Los derechos - deberes o funciones no son, en general, susceptibles de delegación. Así ocurre con la patria potestad, la tutela, la autoridad marital - o lo que va quedando de ella -, etc. En este punto puede ser especialmente útil la distinción entre poder y nunciazgo, inadmisibles el primero y permitido el segundo. Pero aquí el problema de límites debe ofrecer ciertas particularidades. Si, por ejemplo, el padre no puede dar un poder general para vender los bienes del hijo sujeto a su patria potestad, porque eso equivaldría a delegar su función de guardador del patrimonio de éste, no parece imposible que dé un poder especial en el que aunque no configure todos los elementos del negocio a celebrar - porque entonces sería un nunciazgo -, sí lo haga con los más importantes, como la cosa a vender y el precio, o un mínimo para éste. Claro que siempre quedarán cuestiones dudosas: ¿puede delegar la elección del comprador si hay precio aplazado, con el consiguiente riesgo de insolvencia? ¿Puede facultar para vender en varias veces, con la consiguiente posibilidad de segregar? Sin posibilidad de entrar en un casuismo exhaustivo, tal vez pueda decirse como orientación general que los límites del poder deben ser análogos a los que puede tener la autorización pública que se precisa en casos parecidos, por ejemplo los que puede tener la autorización judicial para la venta de bienes de menores.

Según este criterio, las autorizaciones o complementos de capacidad - del padre en cuanto a ciertos actos del menor emancipado, la licencia marital, el consentimiento uxorio - no pueden ser objeto de poder, que sería una delegación, y como actos unilaterales que son - negocios jurídicos de asentimiento -, tampoco deben serlo de nunciazgo. Efectivamente, si la mujer faculta a una persona para consentir la enajenación de gananciales que haga su esposo, ya está ella misma consintiéndola. Como acabamos de decir, tal acto sólo tendría utilidad si se tratara de hacer constar ese asentimiento en un sitio o momento determinado.

¿Cabe el poder para donar? La solución en el derecho positivo español parece ser la afirmativa. Sin embargo, a nosotros nos parece francamente dudoso. No concebimos que una persona pueda delegar la facultad de "ser generosa" o de "ser agradecida" - donación remuneratoria - . Sería posible el encargo de distribuir ciertos bienes entre determinadas personas o clases, del mismo modo que el testador puede hacerlo conforme al artículo 671 del Código Civil sin que se trate de un poder para testar. Eso sería un negocio fiduciario u otra figura más o menos parecida, pero no un verdadero poder(12)(25).

IV FORMA

En materia de representación voluntaria la regla general es que el acto

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

en que se concede debe reunir, al menos, los mismos requisitos formales que el acto para el que se otorga. Así resulta de la regla 5ª del artículo 1280 Cód. civil(13)(26). Esta regla es aplicable tanto al poder como al nunciazgo. Pero conviene matizar teniendo en cuenta la razón de la exigencia de forma para el acto de que se trate.

Cuando el ordenamiento pretende lograr a través de la forma una garantía de capacidad y libertad del sujeto, o de legalidad del acto, no se puede prescindir de esa forma al conferir la representación, por la razón que antes dijimos: si para hipotecar es precisa la intervención del notario, a fin de asegurar que la capacidad y libertad del hipotecante es la necesaria y que éste ha quedado informado de la trascendencia del acto, a través de la función asesora consustancial con el notariado latino, no puede darse un poder o nunciazgo para hipotecar en documento privado; ya que el notario autorizante de la hipoteca no va a tener contacto directo con el hipotecante. Si la ley, con razón o sin ella, cree necesario que de la capacidad del testador se aseguren, además del notario, cierto número de testigos, el poder - si fuera posible - o el nunciazgo - si fuera útil - para testar, dado sin la presencia de testigos, burlaría ese criterio.

Pero a veces los requisitos formales tienen otra finalidad: fijar la fecha del negocio, lograr determinada publicidad, defender al tercero. Tales requisitos no tienen por qué cumplirlos el poder o el nunciazgo. Si la inscripción en el Registro de la Propiedad es un requisito ad solemnitatem de la hipoteca, no tiene por qué serlo ni lo es del poder para hipotecar; no hay razón para que el llamado poder especial para contraer matrimonio haya de conferirse ante el párroco o el juez. Así se explica también que a veces el negocio por el que se confiere la representación, cuando por sí mismo interesa a terceros, deba cumplir una forma que no necesita el negocio para el que se confiere, por ejemplo, que el poder mercantil deba inscribirse en el Registro Mercantil y no los actos del apoderado.

Como la garantía de la legalidad del acto se logra en nuestro sistema latino a través del notariado fundamentalmente, puede decirse como regla general que la forma precisa para conferir una representación que tenga por objeto cualesquiera actos formales es el instrumento público(14)(27).

V INEFICACIA

Dentro de la aplicación de la doctrina general de la ineficacia de los negocios jurídicos tanto al poder como al nunciazgo, vamos a fijarnos brevemente en el error.

El error en las cualidades de la persona a quien se confiere suele ser relevante en el poder y por tanto determinar su ineficacia, dado el fundamento de confianza de este negocio. Parece claro que si yo confío la administración de mis fincas a XX creyendo que es administrador de fincas o la redacción de un contrato a ZZ creyendo que es abogado, si no

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

son ni lo uno ni lo otro respectivamente, el poder debe ser nulo. En cambio, en el nunciazgo las cualidades personales, e incluso podríamos decir que el propio error en la persona, no deben producir la nulidad, aunque esta última afirmación sea mucho más dudosa(15)(28).

El error provocado es el dolo. No es éste el momento de discutir si pese a los términos del artículo 1269 del Código Civil(16)(29), en los actos unilaterales puede haber dolo por parte de quien sin ser uno de los contratantes resulta ser parte interesada. En el nunciazgo nos parece evidente que la maquinación de la otra parte del negocio objeto del mismo, o del beneficiario de éste, lo debe invalidar(17)(30), porque equivale al dolo en el propio negocio. En cambio es mucho más dudoso que si el dolo ha sido empleado sólo para lograr la designación como nuncio de una determinada persona, ocurra lo mismo. Incluso la maquinación tendente a lograr que se confiera el nunciazgo - no a que se quiera el negocio objeto - no parece tampoco demasiado relevante, porque en definitiva no hay mucha diferencia en que la voluntad del sujeto la exprese éste u otra persona.

En el poder ocurre justamente lo contrario. La elección del apoderado es decisiva; por tanto la maquinación tendente a determinar éste debe invalidarlo, por difícil que sea encajar el supuesto en el artículo 1269. La misma consecuencia debe tener el dolo empleado para lograr que se otorgue un poder, aun sin considerar a favor de quién, solución que puede apoyarse, en cuanto a los actos bilaterales, en que el artículo 1269 no hace depender el vicio de la utilidad o perjuicio, sino de la maquinación, y en cuanto a los unilaterales en que el artículo 756 número 6º considera sólo el atentado a la libertad, no el beneficio que pueda obtenerse.

VI EXTINCIÓN

A falta de preceptos especiales que la regulen, la doctrina es unánime al aplicar el artículo 1732 del Código Civil(18)(31), relativo al mandato, a la extinción de la representación. Pero es claro que se precisa hacer ciertas matizaciones.

1 Revocación

Por razón de su unilateralidad, la revocación del dónus es causa de extinción de la representación. El artículo 1734 Cód. Civil(19)(32)no es excepción a esta regla: introduce simplemente un mecanismo de protección a terceros fundado en la apariencia, que por eso, pese a los términos del precepto, hay que entender limitado al supuesto de buena fe, a la ignorancia del hecho de la revocación, de modo que si se conoce, aunque falte la notificación, no puede ser aplicado.

Esta protección parece más justificada aún en el nunciazgo que en el poder, puesto que en aquél la voluntad del dónus respecto al negocio

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

ya fue completada antes de la revocación. Sin embargo, hay negocios objeto de un nunciazgo en los que su significado moral o espiritual hace que la libertad del sujeto sea un bien más digno de protección que la seguridad del tráfico o la buena fe del tercero. Creemos que el matrimonio celebrado por nuncio después de la revocación debe ser nulo, lo mismo que cualquier otro acto de los que sean susceptibles de nunciazgo pero no de poder. Esta afirmación choca frontalmente con el artículo 87 del Código(20)(33)¿Cómo justificarla? Porque la esencia del matrimonio es el consentimiento. Si la insania mental en el momento de contraerlo impide éste, la conozca o no el otro contrayente la misma consecuencia debe tener la expresión de una falta de consentimiento que es la revocación. Esta equivale a una reserva mental, que en la doctrina canónica, sin perjuicio de la dificultad de su prueba, no se duda que es causa de invalidez del matrimonio.

2 Revocación tácita

Un supuesto interesante de revocación tácita es el del artículo 1735 Cód. Civil(21)(34). Su aplicación al poder especial no ofrece mayor dificultad, pues es lógico que un mismo asunto no deba encargarse a varias personas, aunque nada más sea para proteger al tercero que contrató con algún apoderado, que podría ver su contrato ineficaz porque otro apoderado hubiera realizado un acto incompatible con el mismo. Quizá lo que llama la atención sea lo débil de esa protección, porque ese perjuicio puede producirse igualmente, aunque haya un solo apoderado, si el dóninus actúa por sí mismo - ya que el conferir poder no le priva de sus facultades de tal - si no notifica su actuación al apoderado; además de que quepa la voluntad en contrario, que se da claramente en los poderes solidarios. Más difícil es aplicar la misma solución al poder general, no sólo porque choca con el tenor literal del precepto en relación con el artículo 1712(22)(35), sino porque es lógico que una persona pueda necesitar más de un apoderado para asuntos relativos a todo su patrimonio.

La aplicación del artículo 1735 al nunciazgo parece clarísima. La elección de un nuevo nuncio notificada al primero revela la intención de que no sea éste sino el segundo quien exteriorice la voluntad del dóninus.

3 Incapacidad del dóninus

En este sentido interpreta la doctrina el número 3º del artículo 1732. Recordando aquí lo que hemos dicho acerca de la diferencia entre incapacidad e incapacitación al principio de este trabajo, parece claro que en incapacidad del dóninus no produce la extinción ni del poder ni del nunciazgo, ni aun la suspensión de sus efectos mientras persiste esa situación. La enfermedad, aunque sea mental, la embriaguez del dóninus, no impide que el representante actúe, lo que está conforme

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

con el tenor literal del precepto. Por el contrario, la incapacidad extingue la representación, y el negocio celebrado después del momento en que comiencen sus efectos - que puede coincidir o no con la exteriorización de la voluntad - es nulo. Pero hay una clase de incapacidad fundada en la incapacidad que ocasiona importantes dudas.

El número 3° del artículo 1732 menciona la interdicción - a la que podemos equiparar la prodigalidad -, quiebra o insolvencia - concurso - pero no la incapacidad a que se refiere el artículo 213(23)(36). Parece pues que los poderes dados por el incapacitado en este caso, antes de aparecida la causa, subsisten mientras no sean revocados por el representante legal del mismo. Si es así, resulta posible la autotutela: toda persona puede prever su propia incapacidad confiriendo poderes condicionados a que se den determinadas circunstancias - una declaración judicial, un dictamen facultativo de incapacidad permanente - e incluso configurándolos de modo que equivalgan a un verdadero organismo tutelar, por ejemplo un apoderado principal - tutor - que precise para ciertos actos la asistencia de otro - protutor - o de varios en consejo. En alguna forma la autotutela aparece en el artículo 183 del Código Civil, como ya dijimos al tratar de la capacidad para conferir el poder(24)(37).

Respecto al nunciato podemos decir lo mismo que antes al tratar de la revocación. También la subsistencia después de la incapacidad está incluso más justificada que en el poder, por cuanto en el caso del nunciato la voluntad negocial está ya formada antes de la incapacidad. Pero hay negocios en que la coexistencia simultánea de las voluntades que los informa es esencial. ¿En todos los plurilaterales? ¿Al menos en todos los bilaterales? Es el problema de la sustantividad de la voluntad en el que no podemos entrar, pero sí podemos decir lo siguiente: el nunciato para un acto unilateral no se extingue por la incapacidad del dónus - o más exactamente por la aparición de la causa de incapacidad - ; el nunciato para actos bilaterales de especial significado espiritual se extingue por la aparición de esa causa. Como regla general, estos actos son los que no admiten apoderamiento(25)(38).

4 Muerte del representado

Podríamos decir que el grado máximo de incapacidad es la muerte, y así partir de la aplicación a esta causa de extinción de la representación de lo dicho acerca de la inmediatamente anterior. Pero hay una diferencia esencial: la muerte no sólo es una incapacidad de obrar sino de ser sujeto de derecho.

Esto hace que la posibilidad del poder post mortem sea muy discutida. ¿Cómo una voluntad - la del apoderado - puede actuar sobre un sujeto que ya no lo es? Si el poder es una especie de sustitución de la voluntad, cuando la voluntad sustituida ya no puede existir, la voluntad sustituyente

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

no debe poder actuar. Parece más lógico concebir las instituciones de eficacia post mortem como supuestos de representación de otros sujetos, por ejemplo, de los herederos en el albaceazgo(26)(39).

Por el contrario, el nunciazgo post mortem es perfectamente admisible. Sólo cuando se trate de actos que exigen la coexistencia simultánea de voluntades, es decir que la del aceptante se produzca cuando aún subsiste la del oferente(27)(40), la muerte del dóninus extingue el nunciazgo.

5 Causas relativas al representante

La renuncia del apoderado o del nuncio no es propiamente causa de extinción del poder o del nunciazgo. Estos existen independientemente de su voluntad, por la sola del dóninus, puesto que se trata de actos unilaterales. Puede el mandatario extinguir por renuncia el contrato que le liga con el mandante, por el que debe usar de una u otra manera la representación que le ha conferido, pero no extingue la representación en sí; puede no usar la facultad de representar al dóninus, pero la tiene(28)(41).

La muerte del representante extingue indudablemente la representación por la simple razón de que la imposibilidad de su uso es ya definitiva, pero no ocurre lo mismo con la incapacidad, que suspende el uso, pero no tiene por qué extinguir la representación. En nuestra opinión el artículo 1732 no es aplicable al poder, sino sólo al mandato, pero aunque se admita como solución positiva en nuestro derecho - como es lo general - que lo sea, no hay por qué extenderlo al nunciazgo en este punto. Si creemos que para ser nuncio no se precisa la capacidad necesaria para el acto objeto, la incapacitación de éste, si es por un motivo que le impide actuar - enajenación mental - suspenderá el ejercicio del nunciazgo, y si es por otra que supone una falta de idoneidad para contratar - prodigalidad, quiebra, etc. - en nada quedan afectados ni el dóninus ni los terceros, como los acreedores, en cuya consideración se establece la incapacitación.

VIII LA SUSTITUCIÓN DEL REPRESENTANTE Y EL PODER PARA APODERAR

1 En el poder

El artículo 1721 del Código Civil(29)(42)se refiere tanto al poder como al mandato. Cuando regula la responsabilidad del mandatario que cede el contrato a un tercero(30)(43), claramente se está refiriendo al mandato; cuando regula la validez o invalidez de la actuación del mandatario, sin duda está tratando del poder. Así pues, el poder es sustituible, salvo prohibición del poderdante. Lo que no resuelve el Código es si el apoderado que sustituye el poder conserva la facultad de actuar por sí.

A nuestro juicio hay que distinguir entre sustitución de poder y poder para

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

apoderar. Lo primero implica la pérdida de las facultades del sustituyente. Nos fundamos en el significado propio de la palabra "sustituir" - colocar una persona o cosa en el lugar de otra, que, naturalmente, deja de ocuparlo - y en esa cierta repugnancia que, al menos en poderes especiales, siente la ley a permitir que haya dos o más apoderados para un mismo asunto, y a la que antes nos referimos. Cosa distinta es el poder para apoderar. Del mismo modo que el dónus no renuncia a la facultad de actuar en lo mismo para lo que apodera, el apoderado para apoderar no pierde la facultad de actuar como apoderado. Naturalmente, la facultad de apoderar ha de estar concedida por el dónus(31)(44).

Esta distinción, clara en el aspecto teórico, no lo es tanto en la práctica, donde es difícil interpretar la voluntad del dónus. A veces la facultad de apoderar aparece clara, como ocurre en ciertos poderes de gerentes o administradores, en los que no es raro ver una cláusula en la que se les faculta para "otorgar poderes con todas o algunas de sus facultades a otras personas", "ejercitar las anteriores facultades por medio de apoderado" o algo parecido. Incluso en ocasiones pueden conferir poderes con facultades que ellos mismos no tienen, como "otorgar poderes para pleitos en favor de abogados y procuradores con las facultades generales y especiales que en cada caso fueren convenientes". De manera análoga podría darse un poder sin la facultad de enajenar pero con la de otorgar poderes para enajenar a agentes de la propiedad inmobiliaria, o sin la de transigir pero con la de conferir poderes para transigir a letrados, etc. Si el apoderamiento es un negocio basado en la confianza, no puede sorprender que el dónus no considere a una persona idónea para determinado negocio, pero sí para elegir la persona que pueda llevarlo a cabo, especialmente si la elección se condiciona a ciertas circunstancias o cualidades del que haya de ser elegido.

Pero otras veces no es así. En ocasiones se utiliza la expresión "sustituir" queriendo decir "apoderar". Si la sustitución no está autorizada, parece claro que cabe - por imperativo legal - sustituir, pero no apoderar. Si está autorizada y el sustituyente conserva la facultad de revocar la sustitución, es evidente que sigue siendo apoderado para algo al menos - para revocar -, de donde no parece excesivo que más que facultad de sustituir la hay de apoderar. Si puede nombrar cumulativamente varios sustitutos, no cabe duda que después de nombrar el primero sigue con sus facultades - al menos para sustituirlas -, luego parece que no hay verdadera sustitución. En otros casos habrá que atender a las circunstancias de cada uno.

2 En el nunciazgo

En un nunciazgo puro no cabe hablar de sustitución, porque si el nuncio es un mero portavoz no puede realizar el acto de voluntad que es la elección del sustituto. Sólo cabría hablar de un nunciazgo para apoderar

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

cuando el sustituto no sólo ha sido previsto, sino definitivamente designado por el dóninus, pero ya dijimos antes que en los actos unilaterales, y el apoderamiento lo es, el nunciazgo es generalmente inútil.

Sin embargo, en la práctica no será difícil entender que lo que sí hay en todo nunciazgo es un "poder para conferir el nunciazgo". La poca importancia que de ordinario tiene la persona del nuncio puede llevar a esta conclusión, aunque puede haber excepciones(32)(45), pero ello no empece que el artículo 1721 del Código no lo estimemos aplicable al nunciazgo(33)(46).

VIII LA RATIFICACIÓN

Los tratadistas suelen considerar la ratificación(34)(47) como una forma de poder ex post facto, según la regla *ratihabito mandato equiparatur*. Pero si tratamos de diferenciar poder y nunciazgo, esta equiparación merece ser matizada.

1 Del nunciazgo

Ordinariamente, al ratificar el dóninus hace un acto de voluntad conforme a lo expresado por el gestor: si éste ha vendido, es decir, ha expresado una voluntad de vender, el dóninus consiente la venta. Hay pues, no un poder ex post facto, sino un nunciazgo ex post facto. Esto explica que la ratificación sane no sólo la falta de poder, sino los vicios de la voluntad del gestor o su falta de capacidad, que, como hemos dicho en su momento, afectan al nunciazgo en grado mucho menor que al poder(35)(48).

2 Del poder

Pero la ratificación del poder es también posible. Tiene lugar cuando el dóninus no ratifica actos conocidos del gestor, sino actos posibles o indeterminados. Lo corriente es la ratificación de un nunciazgo - "ratifico lo actuado en representación por X en escritura... cuyo contenido conozco" - pero tampoco es rara la del poder, especialmente cuando el dóninus es una sociedad que ha investido a su representante de facultades que resultaron insuficientes, muchas veces por un defecto técnico de formalización. En este caso, cuando se procede a ampliar estas facultades es frecuente añadir una cláusula por la que se ratifica cualesquiera actos o negocios que el apoderado haya realizado dentro del ámbito de las facultades concedidas.

En este caso la ratificación sólo puede sanar los negocios que hubieran sido válidos de mediar poder suficiente, pero no los vicios o falta de capacidad del actuante, toda vez que el dóninus no forma la voluntad

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

negocial, sino que se limita a asumir las consecuencias de la voluntad del gestor, de modo que la eficacia del negocio está en función de la idoneidad de esta voluntad para producirla. Si tal voluntad está viciada, la del dóninus, que ni siquiera conoce el negocio, no puede sanarla.