

RESPUESTAS A ALGUNAS PREGUNTAS PARA PENSAR *

POR NATALIA LÓPEZ CONDE

De acuerdo a las preguntas que se formularon en la página 23 de la Revista del Colegio Notarial de la Provincia de Misiones, Año I - Nº1, y a la invitación a responder las mismas, envío estas breves respuestas.

a) Un apoderado que recibe un poder común, con facultades de dar poder y sustituir, ¿puede con ese poder conferir un poder irrevocable en nombre y representación de su mandante?

Respuesta: Sí, aunque la doctrina no es totalmente pacífica al respecto:

Por un lado están quienes consideran que no es posible otorgar un poder irrevocable en este caso. Se basan en una interpretación restrictiva de lo dispuesto por el artículo 1905 del Código Civil en virtud del cual el apoderado debe circunscribirse a los límites de su poder y, en consecuencia, la facultad de dar poder no lo habilita a otorgar un poder irrevocable.

Por otro lado encontramos a quienes entienden que sí es posible conferir un poder irrevocable en este caso. Fundamentan su opinión con los artículos 1905, 1924, 1886, 1977 y 1982 del Código Civil de los cuales surge que el poder para contraer una obligación comprende el de cumplirla, y es la naturaleza del negocio la que determina la

extensión del poder a fin de conseguir el objeto del mandato. Las complejas gestiones del mundo actual pueden hacer que un apoderado con poder común no irrevocable deba conferir un poder especial irrevocable en nombre y representación de su mandante, para garantizar la ejecución del negocio.

Dentro de los que sostienen esta posición se destaca Etchegaray para quien: *“El artículo 1886 autoriza al apoderado a realizar todos los actos necesarios para cumplir la obligación que contrajo al suscribir el contrato en nombre del poderdante”* (Escrituras y Actas Notariales, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1998, p. 30). *“Será posible el otorgamiento del poder especial irrevocable a mérito de lo dispuesto por los artículos 1924, 1886 y 1905 del Código Civil, siempre que se cumplan los requisitos impuestos por los artículos 1977 y 1982 del mismo Código”* (Seminario Laureano Moreira, 2 y 3 de Junio de 2.005, p. 59 y 60).-

b) El apoderado, en virtud de un poder especial irrevocable, ¿puede sustituir su mandato también como irrevocable, si esa facultad no se halla expresamente conferida?

Respuesta: Sí. Por aplicación de los artículos 1924 y 1942 del Código Civil toda sustitución será válida, ya sea que esté o no prevista en el instrumento del poder y siempre que no exista prohibi-

* Publicado en *Revista Notarial* del Colegio Notarial de la provincia de Misiones, año II, Nº 2, noviembre 2006, p. 32.

ción expresa al respecto.

Un sector de la doctrina ha dado en llamar “poder especial irrevocable conexo” al poder especial irrevocable que es otorgado teniendo como base un poder especial irrevocable anterior. Al respecto, en la Revista del Notariado; año 108, 880, p. 317-321 se dijo que esto tiene lugar cuando el poder principal dice: “...en su nombre o en el del que él indique...” Aquí el mandante originario admite que la transmisión se haga en nombre del mandatario, y acepta que éste promueva una nueva operatoria a favor de un tercero, a su entera discreción y dentro del período estipulado.

La siguiente es una cronología de los actos que llevan al poder especial irrevocable conexo:

1) Boleto de compraventa de inmueble: celebrado entre el titular y adquirente.

2) Poder especial irrevocable originario: en el que se transmiten las facultades del vendedor al comprador para que formalice la transmisión dominial.

3) Cesión de boleto: en la que se transmite la posición del adquirente al cesionario, por adquisición de sus derechos y obligaciones emergentes del boleto.

4) Otorgamiento de un segundo poder especial irrevocable: el poder especial irrevocable conexo que se celebrará bajo las condiciones de limitación en el tiempo (el máximo temporario será el remanente del poder especial irrevocable originario), para negocio especial (firma de la transmisión) y en interés común de los intervinientes.

c) Si un poder está otorgado a favor de varios apoderados sin aclarar en qué forma éstos deben actuar, ¿cómo deben hacerlo? ¿deben hacerlo juntamente o pueden hacerlo en forma individual, indistinta y alternada?

Respuesta: El artículo 1899 del Código Civil establece la regla: cuando en el mismo instrumento se hubieren designados o más apoderados se presume que el nombramiento fue hecho para ser aceptado por uno solo de ellos, de modo que la aceptación de uno impide la posterior aceptación y ejercicio del mandato por los restantes.

Por lo general, el poderdante nombra a varios apoderados para asegurarse que alguien cumplirá con el encargo, y debe surgir claramente de los términos del poder si esa designación fue hecha para que éstos actúen en forma conjunta, separada o sucesiva. De lo contrario se aplicará la regla general interpretativa de la voluntad del mandante.

d) En un contrato de compraventa, ¿puede pactarse que no se asume responsabilidad alguna por la garantía de evicción y por los vicios redhibitorios?

Respuesta: Sí. Las garantías por evicción y vicios redhibitorios no son normas de orden público, de modo que rige al respecto el principio de la autonomía de la voluntad y las partes pueden pactar en contrario.

Las cláusulas que aumenten o disminuyan esta responsabilidad deberán establecerse mediando buena fe en los contratantes, porque de lo contrario se estaría amparando una conducta des-

leal. El artículo 2166 del Código Civil es claro al respecto: “*Las partes podrán restringir, renunciar o ampliar su responsabilidad por los vicios redhibitorios, del mismo modo que la responsabilidad por evicción, siempre que no haya dolo en el enajenante*”.

Habrà dolo o mala fe en el transmitente:

1) Respecto a la evicción: cuando el enajenante oculte al adquirente la existencia de un tercero con mejor derecho.

2) Respecto a los vicios redhibitorios: cuando se pruebe que el enajenante, al momento de la celebración del contrato, conocía el defecto que tenía la cosa enajenada y no lo informó al adquirente.

e) ¿Es válido y vinculante el instrumento privado que contiene una “promesa de donación de inmueble”? ¿Hay alguna disposición del Código sobre eso?

Respuesta: No es válido ni vinculante. Se ha extendido en la doctrina la tesis que sostiene que en nuestro derecho no existe la “promesa de donación”, y ya sea que estemos de acuerdo o no con ella, no puede prometerse, o en todo caso ofrecerse, un inmueble a título de donación sino es a través de una escritura pública. No hay conversión posible que torne válido un instrumento privado en este caso.

Al respecto, el artículo 1184 del Código Civil establece que es necesaria la escritura pública para la transferencia de bienes inmuebles. Este artículo se complementa con lo dispuesto por el artículo 1810 inc.1 del mismo texto legal: la donación de bienes inmuebles debe ser hecha por escritura pública bajo pena de

nulidad, es inaplicable el artículo 1185 por lo que el instrumento que no respete esa forma ni siquiera quedará concluido como contrato en el que las partes se han obligado a elevarlo a escritura pública.

La ley exige la escritura pública de las donaciones de bienes inmuebles (gratuitas, remuneratorias o con cargos), como forma *ad solemnitatem* que no puede suplirse. La forma del contrato es constitutiva, con excepción de las donaciones hechas al Estado que podrán acreditarse con las constancias de las actuaciones administrativas.

f) ¿Se considera válido un testamento ológrafo que responde a todos los requisitos de ley, pero fue hecho en una bolsa de plástico de un supermercado?

Respuesta: Sí. El Artículo 3639 del Código Civil es claro al enunciar los requisitos que debe cumplir el testamento ológrafo para ser considerado válido: “*escrito todo entero, fechado y firmado por la mano misma del testador*”. Pero no exige un soporte determinado para hacerlo, por lo que podrá utilizarse cualquier tipo de material tanto para escribir como para dejar impresa la escritura.

Por lo tanto, ante una expresión clara e inequívoca de la voluntad de testar (aunque haya sido realizada en un medio poco convencional), si cumple los requisitos esenciales del testamento ológrafo: éste será válido.

g) Si dos personas poseen un derecho real de usufructo vitalicio y gratuito con derecho a acrecer recíprocamente, y una de ellas renuncia al usufructo, ¿la otra acrece o vuelve la porción del

derecho de la renunciante al nudo propietario?

Respuesta: El co-usufructuario acrece, ya que en virtud de lo establecido por el Artículo 2823 del Código Civil para que el usufructo acrezca en beneficio del otro usufructuario y no vuelva a la nuda propiedad (como sería la regla), debe establecerse expresamente en el instrumento constitutivo. Siendo éste el caso, con la renuncia se extingue la cuota parte de uno de los usufructuarios y el otro extiende su derecho a la porción del renunciante. El co-usufructuario pasa a ser único usufructuario, mientras que la nuda propiedad permanece inalterada.

h) ¿Un gestor de negocios puede otorgar poder para que otra persona continúe con una gestión iniciada a favor de un tercero?

Respuesta: Puede hacerlo, y de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 2294 del Código Civil responderá por las faltas del sustituto. Esta facultad está relacionada con la obligación que tiene el gestor de concluir las gestiones iniciadas (art. 2290 del C. C.), para evitar que al dejar inconcluso un negocio se perjudique al dueño. Quien sin estar obligado por contrato o representación legal decide espontáneamente intervenir en los negocios de otro, debe hacerlo con la máxima diligencia y seriedad. Si en el transcurso de las gestiones comprendiera que no puede llevarlas hasta su fin, podrá encomendarlas a otro, por cuyas faltas responderá.

i) Si una persona sabe que el inmueble que vende tiene vicios redhibitorios,

no lo comunica al adquirente y vende con una cláusula genérica que establece que no responde por ellos, ¿queda liberado?

Respuesta: No. Por aplicación de los artículos 2166 y 2169 del Código Civil las partes podrán restringir, ampliar o renunciar a la garantía por vicios redhibitorios, pero no serán válidas las cláusulas que disminuyan o supriman esta garantía cuando haya dolo en el enajenante. Habrá dolo o mala fe en el transmitente cuando se pruebe que éste, al momento de la celebración del contrato, conocía el vicio que tenía la cosa y no lo comunicó al adquirente.

La garantía por vicios redhibitorios no es de orden público por lo que las partes pueden modificarla y hasta renunciar a la misma. La doctrina entiende que es suficiente una cláusula genérica para disminuir o suprimir esta garantía (En contra: Cam. Civ. y Com. Azul, Sala 2, 30/5/96 DJBA 152-15 Resolvió que la renuncia a la garantía de evicción debe resultar de una convención precisa y clara.), sin embargo el enajenante no podrá eximirse de responder si ha obrado con dolo ya que esto implica una conducta contraria al principio de buena fe comercial que debe imperar en toda contratación.

j) El Código Civil Argentino, que empezó a regir el 1871, establecía en su artículo 998: "Las escrituras públicas deben ser hechas por el mismo escribano..." ¿Cuándo se dejó sin efecto esta disposición?

Respuesta: La norma dejó de aplicarse cuarenta y dos años después de su en-

trada en vigor. El motivo fue que su redacción original llegó a ser interpretada por algunos en el sentido de que las escrituras públicas debían ser redactadas personalmente por el notario. Tal fue la gravedad de esta interpretación, que un fallo de los Tribunales de Córdoba declaró nula una escritura por no haber sido escrita “de puño y letra del escribano”, y a raíz de este pronunciamiento judicial los notarios de dicha provincia gestionaron la reforma de este artículo ante el Congreso Nacional. En consecuencia, se sancionó la Ley 9151 (publicada en el Boletín Oficial el 13-10-1913), que estableció el texto actual y eliminó toda duda al respecto. A raíz de ésta modificación, se permitió que otras personas redacten las escrituras en lugar de los notarios, y luego se hizo extensiva a la utilización de textos mecanografiados.

Esta es la opinión mayoritaria de la doctrina nacional sobre una cuestión que no está expresamente legislada. En disidencia parcial respecto al momento en que debe empezar a correr el plazo para que opere la prescripción, encontramos a Belluscio quien sostiene que el plazo decenal debe correr a partir del conocimiento del acto viciado. Por otra parte, Mazzinghi aplica por analogía el artículo 4031 del Código Civil, y considera que la acción prescribiría a los dos años.

k) ¿Prescribe la obligación de pedir el asentimiento o consentimiento conyugal en una venta de inmueble que ya ha sido realizada?

Respuesta: Sí. “La falta de asentimiento conyugal en un acto que lo requiera implica una nulidad relativa. No existiendo norma expresa que contemple este aspecto en materia de prescripción, es de aplicación el artículo 4023 del Código Civil y por ende la acción de nulidad prescribe a los diez años. Dicho plazo deberá computarse desde la fecha de celebración del acto, operando de pleno derecho con relación a terceros. Entre los cónyuges subsiste la imprescriptibilidad a que se refiere el artículo 3969 del Código Civil.” (XVIII Convención Notarial, Capital Federal, 1989).