

La representación en el Derecho Civil Argentino y en el Derecho Civil Alemán*

María Liliana Morón Kavanagh**

Sumario

I. Introducción. II. La representación en el Derecho Civil Argentino. Representaciones legales. Clases de mandato. Efectos de la cesación del mandato. III. Poder Especial. Irrevocable. IV. La representación en el Código Civil Alemán. BGB. Estructura. V. La noción de factum y de la representación. VI. Capacidad de obrar del representante. VII. El Poder. Clases de poder. Límites del poder. Extinción. Sustitución. VIII. Los actos del representante y sus efectos. IX. Conclusión. X. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

El negocio jurídico produce sus efectos en la esfera de su autor, para este nacen los derechos y deberes que origina. Cada cual actúa produciendo efectos para sí mismo. Ahora bien, no siempre el sujeto es capaz de realizar los negocios jurídicos que requieren sus necesidades; el obrar para sí mismo puede ser imposible, a raíz de impedimentos jurídicos (un ejemplo de ello, la falta de capacidad), o difícil, a raíz de impedimentos de hechos (como por ejemplo, ausencia). Todo ordenamiento jurídico que tenga cierto desarrollo reconoce pues la posibilidad de que alguien, A, efectúe negocios jurídicos para otro, B, en calidad de representante suyo.

En este trabajo se analizarán los conceptos de representación, mandato y poder en nuestro Derecho Civil vigente, como en el Derecho Civil Alemán.

II. LA REPRESENTACIÓN EN EL DERECHO CIVIL ARGENTINO

En nuestro ordenamiento vigente, el codificador no clarificó la distinción entre representación, mandato y poder; sin embargo, la jurisprudencia y la doctrina han trabajado en la distinción de estos conceptos. Nos encontramos ante la representación legal

* Tesina de Posgrado en Técnica Notarial y Registral - UCA.

** La autora agradece al estudio jurídico de los doctores Leonhardt, Dietl, Graf & von Der Fecht y en especial a los Dres. Cristian Lamm y Thomas Leonhardt, por el asesoramiento brindado y la bibliografía aportada para este trabajo.

cuando una persona representa a otra investida por la ley, y ante la representación contractual, cuando por un contrato una persona realiza un acto jurídico por otra, asumiendo esta todos los efectos del mismo. Por tanto, los conceptos vertidos denotan que la representación tiene que ver con el sustrato subjetivo en la comparecencia a un acto jurídico.

El mandato es el contrato por el cual una persona encomienda a otra que la represente y en su nombre otorgue actos jurídicos, asumiendo de esta manera todos los efectos del mismo. El poder es el acto e instrumento de apoderamiento concreto. La doctrina acepta esta distinción relacionando la representación dentro de la subespecie contrato. El artículo 1869 del Código Civil define al mandato y expresa: "El mandato como contrato tiene lugar cuando una de las partes da a otra un poder, que esta acepta, para representarla, al efecto de ejecutar en su nombre y de su cuenta un acto jurídico, o una serie de actos de esta naturaleza".

Características del contrato de mandato:

- Es consensual, porque se perfecciona con el consentimiento.
- Es bilateral, pues genera obligaciones recíprocas. Así se establece en los artículos 1869, 1904 y 1941 del Código Civil, si bien no es necesario el principio del doble ejemplar. Esto se debe a que no hay, por lo general, una única declaración de voluntad, sino que hay dos actos unilaterales de consentimiento: a) del otorgante en el acto de apoderamiento, y b) la aceptación por parte del requerido. El Código Civil, en este particular aspecto, legisla por separado, con respecto al mandato, el otorgamiento y la aceptación.
- Es gratuito u oneroso, de conformidad a lo que dispone el artículo 1871 del Código Civil.
- Es conmutativo, pues las obligaciones están determinadas de una manera precisa.
- Es formal o no formal. Si bien el artículo 1873 del Código Civil establece como regla para el mandato la informalidad, en otros casos específicos rige la formalidad. Un claro ejemplo de ello es cuando rige la escritura pública para los mandatos enumerados en el inciso 7º del artículo 1184 del cuerpo legal antes citado, cuando dice: "Los poderes generales o especiales que deben presentarse en juicio, y los poderes para administrar bienes y cualesquiera otros que tenga por ejemplo un acto redactado o que deba redactarse en escritura pública".
- Es nominado o típico, es regulado dentro del cuerpo legal.
- Es de cumplimiento diferido, es aquel que cumple sus obligaciones en un momento ulterior.

Al comienzo de este trabajo, transcribimos el artículo 1869 del Código Civil, es dable destacar la nota del codificador a dicho artículo, la cual reza: "Es una convención que da la orden para obrar", o sea ejecutar una obligación de hacer determinable.

Según Ortolan, su origen deriva de la religión y los buenos oficios, de la amistad. Si bien en los orígenes del derecho no se dio importancia al contrato de mandato y a la representación, el derecho romano primitivo lo plasmó en la figura del nuncio y luego el desarrollo de las representaciones originales, en un principio en la patria potestad del *pater familia* romano.

Con relación al mandato civil y al mandato comercial, es necesario establecer la diferencia que los caracteriza, el mandato comercial nunca se presume gratuito, su objeto son los actos de comercio. El artículo 1870 del Código Civil, que se transcribe a continuación, enumera, en siete incisos, diferentes tipos de representaciones:

Las disposiciones de este título son aplicables:

1. A las representaciones necesarias, y a las representaciones de los que por su oficio público deben representar determinadas clases de personas o determinadas clases de bienes, en todo lo que no se oponga a las leyes especiales sobre ellas.
2. A las representaciones de las corporaciones y de los establecimientos de utilidad pública.
3. A las representaciones por administraciones o liquidaciones de sociedades, en los casos que así se determine en este Código y en el Código de Comercio.
4. A las representaciones por personas dependientes, como los hijos de familia en relación a sus padres, el sirviente en relación a su patrón, el aprendiz en relación a su maestro, el militar en relación a su superior, las cuales serán juzgadas por las disposiciones de este título, cuando no supiesen necesariamente un contrato entre el representante y el representado.
5. A las representaciones por gestores oficiosos.
6. A las procuraciones judiciales en todo lo que no se opongan a las disposiciones del Código de Procedimientos.
7. A las representaciones por albaceas testamentarios o dativos.

A continuación, se analizarán cada uno de los incisos del citado artículo 1870 del Código Civil, antes relacionado.

REPRESENTACIONES LEGALES

Comparecencia de incapaces

De acuerdo a lo establecido en el artículo 57 del Código Civil, los incapaces no pueden contratar y deben hacerlo sólo por medio de sus representantes, previa intervención del Ministerio de Menores, Incapaces o Ausentes, el cual otorgará la autorización o

venia cuando entienda que existe conveniencia en el acto para ellos. Esta situación incluye también:

- Cuando se trate de la enajenación de bienes de menores.
- Cuando se trate de una inversión del dinero de los menores que recibieron por herencia y/o indemnización.
- Cuando los menores sean parte en un asunto judicial de acuerdo a lo establecido en el artículo 59 del Código Civil.

De esta forma, son representantes de los menores sus padres en ejercicio de la patria potestad o su tutor, a falta de ellos o en los supuestos en que estos hayan sido despojados de la patria potestad; tal como lo determina el artículo 57, inciso 2°, del Código Civil. En los demás supuestos de incapacidad, el representante será el curador designado.

Ejercicio de la patria potestad. De lo anteriormente vertido, se desprende que la patria potestad no es delegable. Si bien los padres en ejercicio de la patria potestad pueden otorgar mandatos por sus hijos menores, en algunos supuestos estos deben ser completados con la autorización del Asesor de Menores de acuerdo a lo establecido en el artículo 264 quater del Código Civil.

Mandato para estar en juicio por menores. En el caso de juicios motivados por prestación alimentaria, puede sólo uno de los padres otorgar poder de acuerdo a lo establecido en el artículo 272 del Código Civil. Sin embargo, y por regla general, para que el menor sometido a la patria potestad pueda estar en juicio, tal como surge del artículo 264 quáter inciso 5°, se requiere de ambos progenitores, sean hijos matrimoniales o extramatrimoniales reconocidos por ambos. En el supuesto, que un menor esté reconocido por uno solo de los padres, será este su único representante.

Excepciones para la autorización del ministerio pupilar. No es necesaria la autorización de dicho Ministerio para adquirir bienes para el menor por compra al contado, con dinero de los padres o para la aceptación de donación lisa y llana.

Excepciones planteadas con menores. El artículo 128, inciso 2°, del Código Civil, estipula que los menores que trabajen en relación de dependencia, desde los 18 años, pueden celebrar contrato de trabajo en actividad honesta sin consentimiento ni autorización de su representante, quedando a salvo al respecto las normas del derecho laboral. También podrán administrar y disponer libremente los bienes que adquieran con el producto de su trabajo y estar en juicio civil o penal por acciones vinculadas a ellos. Tal circunstancia se acredita en el derecho notarial, con la exhibición del contrato de trabajo o el recibo de sueldo y la correspondiente Clave Única de Identificación Laboral.

El artículo 128, párrafo 2º, del Código Civil contempla el supuesto en que los menores ejerzan una profesión con título habilitante, podrán ejercerla por cuenta propia sin necesidad de previa autorización. Tal circunstancia se acredita notarialmente con la exhibición del título en cuestión, emitido por un instituto educativo oficial, la constancia de estudios concluidos por una Universidad reconocida o con la constancia de inscripción en el colegio respectivo y la Clave Única de Identificación Laboral o Tributaria.

El citado artículo, en su tercer párrafo, establece que los menores pueden administrar y disponer libremente de los bienes adquiridos con el producto de su profesión o trabajo, ya sea para disponer o gravar; para el resto de los supuestos siguen siendo incapaces. En este mismo artículo, el párrafo señalado puede concordarse con el artículo 19 del Código de Comercio, cuando este último reafirma el concepto, expresando que el menor puede hipotecar sus bienes en garantía de deudas comerciales. Es dable destacar que en la escritura pública debe dejarse acreditado que el bien, objeto del contrato, forma parte del giro comercial.

Con relación a los menores que ejercen el comercio, se realiza una autorización de los padres, y se inscribe la misma en el Registro Público de Comercio respectivo. En el supuesto que el menor se encontrara emancipado, la autorización no sería necesaria, pues se lo asimilaría a mayor de edad.

En lo concerniente a los menores emancipados, ya sea que se trate de una emancipación dativa o por matrimonio, en principio pueden actuar por sí mismos en ciertas circunstancias, debiendo en algunos casos ser complementada su voluntad con la venia judicial o la conformidad de su cónyuge, como lo señala el artículo 135 del Código Civil.

La emancipación dativa o por habilitación de edad puede ser concedida por los padres, en este supuesto deberá instrumentarse por escritura pública, e inscribirse en el Registro Nacional y Capacidad de las Personas, de acuerdo al artículo 29 inciso i, de la Ley 404, o por el juez a pedido del tutor o del mismo menor.

La emancipación por matrimonio tiene los límites dispuestos por el artículo 134 del Código Civil, a saber: aprobar las cuentas de tutores, hacer donación de bienes que hubiesen recibido a título gratuito y afianzar obligaciones. Acerca de los matrimonios realizados sin la autorización necesaria, tienen privada también la administración y disposición de los bienes recibidos a título gratuito. Los artículos 134 y 135 del Código Civil, establecen que para disponer en forma onerosa de aquellos bienes adquiridos a título gratuito, es necesaria la autorización judicial o en su caso la conformidad del cónyuge mayor de edad.

En último término nos encontramos ante los menores de 18 años cumplidos, que pueden testar de acuerdo a lo establecido por el artículo 3614 del Código Civil y compa-

recer a prestar su consentimiento válido con la emancipación dativa otorgada por sus padres.

Formas de acreditar esta representación. Con relación a los menores, se prueba el vínculo invocado con la partida de nacimiento expedida por el Registro Civil y Capacidad de las Personas, o la libreta de matrimonio civil, en donde consta la inscripción del nacimiento del menor, en ambos casos, copia autenticada deberá ser agregada al protocolo notarial.

Representación de órganos de personas jurídicas. La ley 19.550 enuncia en su articulado los distintos tipos de sociedades y su representación. Como principio general, corresponde la representación de las sociedades según su tipo:

- El **artículo 268** reza que las sociedades anónimas son representadas por el presidente del directorio.
- El **artículo 312** establece que las sociedades anónimas con participación estatal mayoritaria son representadas por el presidente del directorio.
- El **artículo 127** dispone que las sociedades colectivas son representadas por cualquiera de los socios indistintamente.
- El **artículo 143** estipula que las sociedades de capital e industria son representadas por cualquiera de los socios.
- El **artículo 157** determina que las sociedades de responsabilidad limitada son representadas por los gerentes, sean estos uno o más, socios o no.
- El **artículo 318** señala que las sociedades en comandita por acciones son representadas por el socio administrador que es el comanditado o tercero.
- El **artículo 136** prescribe que las sociedades en comandita simple son representadas por él o los socios comanditados o el tercero que se designe.
- El **artículo 379** dispone que las uniones transitorias de empresas son representadas por una persona designada con poderes suficientes de los integrantes.
- Las sociedades en liquidación son representadas por el liquidador designado. Disuelta la sociedad, la misma se considera existente a efectos de su liquidación, limitándose el uso de la firma social a la facultad de liquidar y contraer obligaciones que sean consecuencias naturales de la liquidación, de acuerdo a los artículos 453 del Código de Comercio y 99 de la Ley de Sociedades Comerciales.

Las representaciones por gestores oficiosos. Al contrato de gestión se aplican en forma supletoria las normas del mandato, en todo aquello que aquel no prevea. No obstante, el gestor no acredita representación alguna, las obligaciones recaen sobre él en cuanto a los actos que no ratifica en forma posterior a aquel en cuyo beneficio se hizo la gestión.

CLASES DE MANDATO

Gratuito u oneroso. El artículo 1871 del Código Civil establece que el mandato puede ser gratuito u oneroso. La presunción del derecho romano sobre la gratuidad de los mandatos queda delimitada en el derecho moderno al caso de familiares. En lo que se refiere a la presunción de onerosidad, esta es muy amplia y es la regla en el mandato comercial. Si se lo quiere distinguir de la locación de servicios, habrá que limitar la gestión del mandatario a la celebración de actos jurídicos.

Con relación a la labor realizada por el escribano, autor del documento notarial, no puede asimilarse su función con el carácter de mandatario de ninguna de las partes, sólo es un funcionario a quien la ley autoriza para extender escrituras públicas. Ahora bien, cuando la labor del notario corresponde a su obligación de solicitar liquidación y liberar deudas por impuestos, la jurisprudencia es pacífica en cuanto al tema y ha expresado que la figura que rige su actividad es la del mandato.

Expreso o tácito. Nos encontramos ante un mandato expreso cuando hay una expresión positiva de la voluntad, que puede ser oral, escrita o por signos inequívocos, tal como surge del artículo 917 del Código Civil. Por otra parte, el mandato es tácito cuando es producto de la acción o inacción inequívoca de acuerdo a lo señalado en los artículos 918, 910, 1146 y 1874 y concordantes del Código Civil.

Si no hay una disposición legal expresa cuando el otorgante no sabe firmar, la forma del mandato es amplia:

- *Instrumento público*, es decir: escritura pública, instrumento labrado por funcionario público en la forma dispuesta, ya se trate de expediente administrativo y/o judicial.
- *Instrumento privado* o cartas, de acuerdo a lo establecido en el artículo 1036 del Código Civil.
- *Mandato oral*: en este tipo de mandato, cuando el mismo es permitido se plantea el problema de la prueba y los límites de la prueba testimonial. El artículo 1193 del Código Civil reza "Los contratos que tengan por objeto una cantidad de más de diez mil pesos, deben hacerse por escrito y no pueden ser probados por testigos".

La prueba de la existencia de un mandato tácito debe provenir de hechos u omisiones de las que pueda inferirse inequívocamente el consentimiento del mandante de autorizar a otro para ese cometido. Incumbe a la parte que sostiene la existencia del consentimiento tácito probar que el pretendido mandante supo de la actuación realizada en su nombre y que con su inacción o silencio, o no impidiendo, pudiendo hacerlo, convalidó el comportamiento del alegado mandatario, según lo establece el artículo 1874

del Código Civil. Por otra parte, es dable destacar que la existencia de este conocimiento es la característica del mandato tácito y lo distingue de la gestión de negocios.

La Sala E de la Cámara en lo Civil ha sostenido que "la aceptación del apoderamiento también puede ser expresa o tácita, resultando incluso de cualquier hecho del mandatario en ejecución del mandato, o de su silencio al mismo"¹. Las diferentes formas de manifestar el consentimiento expreso o tácitamente, son por acción o por inacción. Estas son expresamente vistas en el mandato y las consecuencias legales se aplican. El codificador Troplong distingue:

- *Poder general* es el que se refiere a todos los negocios, o a toda una especie del negocio del mandante. En términos generales, sólo nos podemos referir a actos de administración, de acuerdo a lo establecido en el artículo 1880 del Código Civil.
- *Poder especial* es aquel que se utiliza para negocios ciertos hasta llevarlos a su fin o para actos aislados.

La doctrina y la jurisprudencia admiten en general que los actos de disposición deben considerarse comprendidos en los actos de administración cuando son su consecuencia indispensable.

El artículo 1881 del Código Civil establece en sus diecisiete incisos cuándo son necesarios poderes especiales:

1. Para hacer pagos que no sean los ordinarios de la administración.
2. Para hacer novaciones que extingan obligaciones ya existentes al tiempo del mandato.
3. Para transigir, comprometer en árbitros, prorrogar jurisdicciones, renunciar al derecho de apelar o a prescripciones adquiridas.
4. Para cualquier renuncia gratuita o remisión, o quita de deudas, a no ser en el caso de falencia del deudor.
5. Para contraer matrimonio a nombre del mandante (derogado por la Ley 23.515).
6. Para el reconocimiento de hijos naturales.
7. Para cualquier contrato que tenga por objeto transferir o adquirir el dominio de bienes raíces, por título oneroso o gratuito.
8. Para hacer donaciones, que no sean gratificaciones de pequeñas sumas, a los empleados o personas del servicio de la administración.
9. Para prestar dinero, o tomar prestado, a no ser que la administración consista en dar y tomar dinero a intereses, o que los empréstitos sean una consecuen-

(1) CNCiv., Sala E, "Sperperato de Hachur, Leticia y otros c/Aime, Oscar Raúl s/reivindicación".

cia de la administración, o que sea enteramente necesario tomar dinero para conservar las cosas que se administran.

- 10.** Para dar en arrendamiento por más de seis años inmuebles que estén a su cargo.
- 11.** Para constituir al mandante en depositario, a no ser que el mandato consista en recibir depósitos o consignaciones; o que el depósito sea una consecuencia de la administración.
- 12.** Para constituir al mandante en la obligación de prestar cualquier servicio, como locador, o gratuitamente.
- 13.** Para formar sociedad.
- 14.** Para constituir al mandante en fiador.
- 15.** Para constituir o ceder derechos reales sobre inmuebles.
- 16.** Para aceptar herencias.
- 17.** Para reconocer o confesar obligaciones anteriores al mandato.

Por su parte, el artículo 1882 del Código Civil reza: "el poder especial para transar, no comprende el poder para comprometer en árbitros". Nos encontramos ante dos institutos diferentes. Por un lado, el cumplimiento de la obligación y el modo anormal de terminación del proceso y por otro lado, implica un acto dispositivo y voluntario que lleva a la resolución del conflicto fuera del consentimiento propio.

Si bien el artículo 1883 del Código Civil resulta taxativo, ya que en materia de mandatos no es de aplicación el principio que rige en otros contratos –"quien puede lo más, puede lo menos"–, se puede afirmar que si de un poder especial para vender resultan las facultades de establecer el precio, la forma de pago, condiciones, recibir el precio contado, efectuar la tradición del inmueble, otorgar la escritura traslativa de dominio, y en caso de tratarse de un bien determinado, comprende también la facultad de desafectar del régimen de bien de familia.

El objeto del mandato debe ser un acto jurídico, es decir, un acto lícito que produzca adquisición, modificación o extinción de derechos. El acto lícito, a decir de Salvat, debe ser posible, ya que esto importa una simple aplicación de los principios generales, consagrados para toda clase de contratos y actos jurídicos.

Las disposiciones de última voluntad son estrictamente personales, motivo por el cual el objeto del contrato se limita a actos entre vivos, y con respecto a estos no pueden estar prohibidos, como por ejemplo, la patria potestad, la tutela, la curatela, ya que estas funciones no son delegables.

El artículo 1892 del Código Civil excluye del mandato el objeto en interés legítimo del mandatario, motivado por la inexistencia de obligación. El interés de una de las partes

o de ambas da la posibilidad de la revocación; otra de las consecuencias es la responsabilidad del mandatario cuando antepone su interés a los del mandante.

En lo concerniente a la capacidad para otorgar un mandato de disposición de bienes, se aplica la capacidad en general, o sea la mayoría de edad, además a esta capacidad plena se puede acceder antes por emancipación dativa o por matrimonio, con los límites dispuestos para estos institutos. En el caso del mandato otorgado por el menor, dentro de las excepciones en las que puede otorgar poder, teniendo en cuenta que uno de los motivos del cuestionamiento del contrato es la incapacidad sobreviviente. Cuando se debe usar un poder otorgado por un menor emancipado debe acreditarse la vigencia de la emancipación en cuestión. Es suficiente con la declaración jurada de vigencia de conformidad a lo dispuesto por el artículo 78, inciso a, de la ley 404 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

El artículo 1897 del Código Civil establece que "el mandato puede ser válidamente conferido a una persona incapaz de obligarse, y el mandante está obligado por la ejecución del mandato, tanto respecto al mandatario, como respecto a terceros con los cuales este hubiese contratado". La excepción a esta regla la encontramos en la designación del albacea, que requiere capacidad de obligarse al momento de ejercer la función.

El derecho de alegar la nulidad del contrato realizado por el incapaz, corresponde a este, al representante, sucesor, terceros interesados, y en el caso de incapacidad absoluta, también al Ministerio de Menores, como surge del artículo 1165 del Código Civil; pero no a la parte que tenía capacidad de contratar, salvo en lo que redundara en provecho manifiesto de la parte incapaz, por aplicación del artículo 1166 del Código Civil. El derecho de anular los contratos por vicios del consentimiento corresponde al que ha sufrido el daño, de acuerdo al artículo 1158 del Código Civil.

El artículo 1899 del Código Civil sienta el principio de la redacción del poder:

- Cuando se nombra a varios mandatarios y no se dice nada, el Código presume que es para uno solo y en el orden de designación, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 1902 del Código Civil, el que reza: "Entiéndese que fueron nombrados para funcionar uno a falta de otro, cuando el mandante hubiere hecho el nombramiento en orden numérico, o llamado primero al uno y en segundo lugar al otro". Con respecto a las excepciones que plantea el citado artículo, las mismas se refieren:
 - A la designación para obrar conjuntamente, dos o más, donde el actuar no es válido si no actúan todos los indicados juntos y coordinadamente, incluso no puede ser aceptado en forma separada, tal lo establecido en el artículo 1900 del Código Civil.

- "Separadamente todos o alguno, hay división de tiempo, o las tareas de lo que cada mandatario debe realizar".

- Cuando el mandante específicamente separa la gestión y sienta el principio. Para saber si el mandatario está en ejercicio de sus funciones, se debe proceder de acuerdo a lo establecido en el artículo 1901 del Código Civil. Es decir, cuando el mandatario en segunda o tercera posición concurre ejerciendo la representación que da el mandato, deberá manifestar la causa por la cual ejerce el mandato y su consecuente vigencia.

Por otra parte, si la designación es conjunta, no puede uno solo aceptar el mandato, porque se requiere para su ejercicio que se cumplan los términos de la designación.

En lo concerniente a la responsabilidad de los mandatarios se presume, en principio, que es individual, esto es mancomunada. Salvo que expresamente se pacte solidaridad entre ellos, tal como resulta de la redacción del artículo 1920 del Código Civil. La aceptación del mandato es la expresión del consentimiento del mandatario y desde allí nacen las obligaciones que este contrato establece para él, con la excepción dispuesta por el artículo 1917 del Código Civil, que más adelante se analizará.

Con respecto a las obligaciones que nacen del contrato para el mandatario, las mismas son de varios tipos:

- Ejecución total o parcial del mandato por sí o por sustitución. El objeto del mandato se determina: a) en el otorgamiento del poder ya sea en forma genérica o taxativa, y b) por los usos y costumbres.
- Rendición de cuentas: se presume, salvo eximición expresa, que el mandatario debe rendir cuentas a su mandante del mandato realizado.

El artículo 1905 del Código Civil reza: "Debe circunscribirse en los límites de su poder, no haciendo menos de lo que se le ha encargado. La naturaleza del negocio determina la extensión de los poderes para conseguir el objeto del mandato". De ello se desprende que no deben exponerse taxativamente los poderes que se encargan, sino que están determinados por el objeto del mandato. El mandatario que advierte que la ejecución del mismo resultaría dañosa al mandante debe abstenerse de cumplirlo. Nos encontramos ante el problema de la prueba de que la ejecución fuera manifiestamente dañosa al mandante.

El artículo 1909 del Código Civil nos introduce en la obligación del mandatario de dar cuenta de sus operaciones y entregar al mandante cuanto haya recibido en virtud del mandato, aunque lo recibido no se debiese al mandante. Es dable afirmar que el hecho de que el mandatario deba dar cuenta de sus operaciones es una conclusión lógica del deber de informar que se complementa con el deber de rendir cuentas. Si la rendición

de cuentas no es satisfactoria o no se produce existe un trámite específico en el Código Procesal para el cumplimiento de esta obligación.

La jurisprudencia ha interpretado que el recibo por saldo total se interpreta como conclusión del deber de rendir cuentas. Todo aquel que administra bienes total o parcialmente ajenos está obligado a rendir cuentas, de acuerdo a lo establecido en el Código de Comercio artículos 68 a 74. Ahora bien, el artículo 1910 del Código Civil, se manifiesta en relación a la exoneración de rendir cuentas, denotando que la misma no libera al mandatario por los daños ocasionados al mandante, quien deberá probar su existencia.

El legislador en el artículo 1991 del Código Civil establece el deber de lealtad que debe mantener el mandatario con relación al mandante. Al mismo tiempo hace una distinción entre: la *documentación confiada* y la *documentación dada*.

En el primer supuesto, se refiere a la documentación que el mandante le entrega al mandatario para que con ella realice el objeto del mandato. En el segundo supuesto, se refiere a la documentación dada, como por ejemplo los instructivos, pedidos y demás elementos necesarios para que el mandatario pueda acreditar el objeto de su mandato.

Si de un mandato ilícito, resultaren ganancias ilícitas, no podrá el mandante exigir que el mandatario se las entregue. En tanto que, si del mandato lícito resultaren ganancias ilícitas por abuso del mandatario, podrá el mandante exigir la entrega de las mismas, conforme resulta del artículo 1912 del Código Civil.

De acuerdo al artículo 1914 del Código Civil, la obligación de hacer que conlleva el mandato se vuelve una obligación de resultado si el mandatario asume el alea del negocio por pacto expreso. Es dable afirmar que cuando se asumen en forma expresa las incertidumbres del cobro, se presume la sanción del caso fortuito y fuerza mayor, que no está incluido cuando el pacto expreso no garantiza el resultado bajo cualquier circunstancia.

Para que el mandatario no responda por la pérdida que ocasiona la fuerza mayor o el caso fortuito, el mandante deberá consentir el lugar de la guarda o el medio de transporte, que siendo superior a mil pesos, se debe bancarizar, de acuerdo a lo establecido en la Ley Antievasión 25.345.

El artículo 1917 del Código Civil establece que "Si el negocio encargado al mandatario fuese de los que por su oficio o su modo de vivir acepta él regularmente, aun cuando se excuse del encargado, deberá tomar las providencias conservatorias urgentes que requiera el negocio que se le encomienda", la jurisprudencia se ha manifestado al res-

pecto: "La citación efectuada por el escribano, actuando en nombre de una de las partes que le ha conferido mandato para que se ocupe del otorgamiento de una escritura pública, surtirá los efectos de una interpelación válida, siempre que haya mandato. Por el contrario, si la citación es el resultado del cumplimiento de una de las tareas previas a la escritura, que puede efectuarse dentro de la escribanía, por orden verbal del escribano, no cumple los requisitos que la ley exige para que la interpelación que debe emanar del coobligado, ponga en mora extrajudicial al citado (...) El escribano se desempeña como funcionario cuando actúa en su protocolo; fuera de tales actos es un simple locador de servicios o mandatario, o gestor de negocios, careciendo de facultades para provocar por sí mismo mediante un emplazamiento la ruptura del compromiso asumido por las partes en una compraventa, salvo que se le hubiera otorgado poder especial para ello"² .

Con relación a la solidaridad especificada en el artículo 1921 del Código Civil, cada uno de los mandatarios responde por:

1. La inexecución del mandato.
2. Por las faltas cometidas por él y por los otros u otro mandatario dentro de los límites del mandato. No responde por el acto del comandatario que excede al mandato.

Por su parte, el artículo 1924 establece que el mandatario puede sustituir en otro la ejecución del mandato, sin embargo responde de la persona que ha sustituido, en el supuesto de no haber recibido el poder de hacerlo o en el supuesto de no haber recibido este poder, sin la designación de la persona en quien podía sustituir y hubiese elegido un individuo incapaz o insolvente.

La única forma que el mandatario no responda por la sustitución en la ejecución del mandato es cuando el mandante específicamente le indica en quién sustituir.

En la práctica encontramos cinco posibilidades, a saber:

- Que tenga prohibido sustituir, siendo de aplicación para este supuesto la autonomía de la voluntad, motivo por el cual el mandatario no podría sustituir.
- Que el poder no especifique nada al respecto, pudiendo el mandatario sustituir bajo su responsabilidad.
- Que del poder se desprenda la facultad de sustituir, en este caso también responde por la persona que ha sustituido.

(2) CCiv., Sala F, "Nicolini, Jorge A. c/Gesualdo Benjamín D. s/Escrituración" 25/4/89.

- Que en el poder se dé la facultad de sustituir pero que se indique la persona a la cual deberá hacerlo, supuesto este en que el mandatario no responde por la sustitución.
- Que el sustituto vuelva a sustituir, en cuyo caso responderán todos.

El mandatario que haya sustituido sus poderes, puede revocar la sustitución cuando lo juzgue conveniente. Mientras se encuentre la misma vigente, le corresponde al mandatario la función de vigilancia, según lo establecido por el artículo 1925 del Código Civil.

Ahora bien, en materia de *comisión*, el Código de Comercio regula los supuestos de sustitución, y en relación a ello, la jurisprudencia se ha manifestado de la siguiente forma: "Para que la sustitución prevista en el C. Com. 252 sea legítima no sólo es necesario que encuadre en algunos de los casos allí especificados, sino además, el comisionista debe transmitir con fidelidad al sustituto las órdenes sobre persona que goce de crédito en el comercio"³.

De acuerdo a lo establecido en los artículos 1926, 1927 y 1928 del Código Civil, y por aplicación de la teoría de la representación, mandante y sustituto tienen acción directa para reclamos entre sí, sólo por la ejecución del contrato. En todos los casos, la sustitución podrá ser total o parcial.

El artículo 1929 del Código Civil, establece dos tipos de mandato: a) el visible, representativo, donde el mandatario contrató en nombre del mandante, b) el oculto, no representativo, donde el mandatario contrata en nombre propio. Al mismo tiempo, surgen del mencionado artículo las obligaciones que nacen del mandato oculto, estableciendo que este contrato no obliga al mandante respecto de terceros, y al tercero, lo protege y le otorga la acción subrogatoria para que se cumplan las obligaciones contratadas en ejecución del mandato.

En los artículos 1930, 1931, 1932 y 1933, del Código Civil se plasma la teoría de la representación y el principio de buena fe, señalando cuatro situaciones, a saber:

- 1.** Cuando el mandatario actuó dentro de los límites del mandato, no queda personalmente obligado, ni nace del contrato ejecutado en cumplimiento del mandato derecho personal alguno.
- 2.** Cuando el mandatario actuó fuera de los límites del mandato, pero el mandante ratificó el contrato ejecutado en cumplimiento del mandato, tampoco queda obligado ni nace derecho personal alguno en su favor.

(3) CNCom. , Sala B "Organización Metalúrgica Argentina SA" 30/04/82.

3. Cuando el mandatario actuó fuera de los límites del mandato, sin comprometerse el mandatario de ninguna manera en forma personal y el mandante no ratificare el acto, el contrato será nulo si el tercero conoce los poderes dados por el mandante.

4. Cuando el mandatario actuó fuera de los límites del mandato que no es ratificado y cuando el propio mandatario no se comprometió personalmente, pero el tercero conoce los poderes dados por el mandante, el mandatario responde ante el tercero por incumplimiento de contrato.

De los artículos 1935 al 1937 del Código Civil surge la forma y efectos de la ratificación. Dicha ratificación es el acto posterior del mandante por el cual este le da validez a lo actuado en exceso por el mandatario.

El codificador reconoce varias formas para expresar esta ratificación:

- Tácita, por cualquier hecho suyo que importe la aprobación.
- Tácita, por el silencio ante la noticia del exceso informada por el mandatario.
- Expresa, por el acto jurídico que expone manifestación concreta de la voluntad.

La ratificación tiene efectos retroactivos, el acto realizado en exceso y ratificado es válido desde su concepción. La retroactividad no es oponible a terceros con los que hubiera contratado el mandante en el lapso que va desde el acto hasta la ratificación. Los terceros no pueden oponer el exceso cuando: 1) se hubiere ratificado, o 2) quiera ratificar el mandante.

El artículo 1938 del Código Civil, establece que los terceros con quienes el mandatario quiera contratar a nombre del mandante, tienen derecho a exigir que se les presente el instrumento de la procuración, las cartas órdenes, o instrucciones que se refieran al mandato. Este derecho otorgado al tercero se convirtió en una obligación, y su omisión conlleva por falta de prudencia, a liberar al mandatario de su responsabilidad.

Luego de sancionada la ley 17.711, nuestro ordenamiento vigente se vio inmerso en el principio de buena fe, no sólo en el actuar dentro de los límites sino en exigencias positivas de actuar.

El artículo 1939 del Código Civil nos introduce al tema de los contratos celebrados por escritura pública y los celebrados por instrumento privado. Con respecto a los primeros, es necesario presentar los originales, los cuales se retienen y se agregan al protocolo si el poder es especial para ese acto, o se devuelve al mandatario si el poder es general o especial para varios actos. Con relación a los segundos, nos encontramos frente a una doble opción: el mandatario puede pedir la pieza original o una copia autenticada.

El artículo 1941 del Código Civil analiza la relación frente a terceros y al respecto rige el principio que la solidaridad no se presume. Salvo expresa autorización, no existe entre comandantes solidaridad respecto de los terceros contratantes.

El principio general "primero en el tiempo, primero en el derecho" lo encontramos plasmado en el artículo 1943 del Código Civil: "contratando dos personas sobre el mismo objeto, una con el mandatario y otra con el mandante, y no pudiendo subsistir los dos contratos, subsistirá el que fuese de fecha anterior".

La actuación personal del mandante revoca el poder, en tanto no se estableció otra cosa en el poder o se dejó expresa la voluntad de no revocarlo. Se plantean tres casos con idéntica consecuencia:

- 1.** El mandatario contrata en ejercicio del mandato y luego lo hace el mandante, quien revoca o no el mandato. Se aplica al principio de primero en el tiempo, primero en el derecho", y es válido el contrato suscripto con el mandatario.
- 2.** Si el mandante contrata, queda revocado el poder y la actuación del mandatario no es válida. Como consecuencia, el contrato del mandante es válido y no así el contrato suscripto por el mandatario posterior a la revocación.
- 3.** Si el mandante contrata sin revocar el poder, se aplicaría también el principio "primero en el tiempo, primero en el derecho" y el contrato del mandante es válido.

El artículo 1944 del Código Civil relaciona su redacción con respecto al citado artículo 1943 del mismo cuerpo legal, y se refiere a la buena fe subjetiva (creencia), que consiste en la conciencia de estar obrando conforme a derecho. Protege al mandatario que ignora que se está perjudicando a un tercero. De la redacción del artículo 1945 del Código Civil se puede vislumbrar que el codificador impone frente al mandatario, la solidaridad de los comandantes.

El *negocio común* es un término no definido en el Código que dependerá, en cada caso, de la interpretación jurisprudencial. "Los actos jurídicos ejecutados por el mandatario en los límites de sus poderes, y a nombre del mandante, como las obligaciones que hubiese contraído, son considerados como hechos por este personalmente", así reza el artículo 1946 del Código Civil. Del mismo se desprende que la representación es el hecho de realizar algo por otra persona que da poder para ello, asumiendo los efectos de su actuar.

Con respecto a los gastos que requiera la ejecución del mandato, deberán ser adelantados por el mandante si el mandatario lo solicita. Es necesario que esté el reclamo. Si ante el mismo el mandante no da los fondos suficientes, el mandatario, quien no

está obligado a adelantarlos, salvo pacto en contrario, no tiene obligación de ejecutar el mandato. Este precepto se halla plasmado en el artículo 1948 del Código Civil.

Por su parte, el artículo 1949 de la citada norma establece que si incluso no siendo una obligación del mandatario, este hubiese anticipado los gastos necesarios, el mandante tiene la obligación de restituírselos, independientemente de cómo haya resultado el negocio, y en el momento en que se reclame.

El mandato civil se presume gratuito salvo convención expresa en contrario o que el mandato sea atinente a la profesión o modo de vida del mandatario. La única excepción al libre contrato la establece Vélez Sarsfield respecto de abogados y procuradores, pero distintas normas regulan los honorarios de profesionales. En materia comercial se presume oneroso el mandato.

De acuerdo a lo establecido en el artículo 1954 del Código Civil, es obligación del mandante indemnizar al mandatario por las pérdidas no imputables, definiendo el perjuicio claramente en el citado artículo. Las causas que puede invocar el mandante para la eximición de su obligación de indemnizar al mandatario son: a) La culpa del mandatario y b) La falta de causalidad entre daño y aceptación del mandato.

El legislador en el artículo 1956 del Código Civil establece el derecho de retención por parte del mandatario hasta que se hayan pagado tanto los gastos como la retribución debida.

La cesación del mandato se produce, de acuerdo a lo establecido en el artículo 1960 del Código Civil por:

- 1.** Ejecución íntegra del objeto del mandato.
- 2.** Vencimiento del plazo determinado.
- 3.** Vencimiento del plazo indeterminado, pero en este supuesto necesita previamente su determinación.

La jurisprudencia ha interpretado que "el plazo de prescripción del contrato de mandato sea civil o comercial es de diez años"⁴.

El artículo 1961 del Código Civil reza: "El mandante debe estar y pasar la fecha de los actos privados ejecutados por el mandatario, y es de su cargo la prueba de que el acto hubiese sido antdatado", corresponde al mandante que no es considerado como tercero de la contratación, que alega la antdatación del instrumento, acreditar tal circunstancia.

(4) CCom., Sala B "Liwczycki, E. c/Caubet y Cía. s/sumario", 14/10/86.

El artículo 1963 del Código Civil, establece que el mandato se acaba por:

1. La revocación del mandante.
2. La renuncia del mandatario.
3. El fallecimiento del mandante o del mandatario.
4. La incapacidad sobreviviente al mandante o mandatario.

A estos casos habría que agregar la expiración del plazo, cumplimiento del objeto y quiebra.

La jurisprudencia con relación a lo establecido por el legislador en el artículo 1968 del Código Civil ha establecido: "La doctrina del mandato tácito o aparente tiende a proteger a los terceros de buena fe que han obrado sin culpa frente al mandatario, siempre que las circunstancias que rodeen la cuestión permitan razonablemente inferir que aquél ha actuado en representación de otra persona, lo que hace que el virtual mandante quede obligado frente al tercero de buena fe".

EFFECTOS DE LA CESACIÓN DEL MANDATO

Efectos y oponibilidad de la cesación

El Código Civil en su artículo 1964 dice: "Para cesar el mandato en relación al mandatario y a los terceros con quienes ha contratado, es necesario que ellos hayan sabido o podido saber la cesación del mandato". El principio general es que los actos efectuados con los terceros después de la cesación del mandato no obligan al mandante. Sin embargo, por medio de la regla que se consagra en este artículo, la clave de la oponibilidad reposa en que hayan sabido o podido saber de la cesación. La finalización del contrato de mandato debe ser conocida por el mandatario, que es la contraparte, mientras que en el caso de representación, debe ser conocida por terceros, a quienes va dirigida.

Una tesis que atendiera exclusivamente al principio voluntarista del mandante podría admitir lisa y llanamente la extinción del encargo frente a la sola expresión de la voluntad. Sin embargo, esa postura no sería funcional en la materia, donde la estabilidad de las relaciones jurídicas y la justicia del caso concreto influyen decisivamente en la adopción de soluciones de índole civil. La situación se resume en cuestiones de hecho, que deberán atender a la existencia del conocimiento, aunque fuere obtenido por cualquier medio, incluso por uno indirecto, si fuere idóneo o aportara certidumbre sobre el acontecimiento. Si el caso fuera el de la muerte del mandante, tampoco debería descartarse la diligencia empleada por los herederos en dar aviso del suceso al mandatario.

Por su parte, Machado asigna especial importancia a la circunstancia de que la cesación del mandato permite al mandante reclamar del mandatario la entrega de los documentos donde conste aquel, conforme surge del artículo 1970, segunda parte del Código Civil. De esta forma, se evita que el mandatario pueda continuar representando al mandante con relación a terceros. Ahora bien, si el mandato estuviere instrumentado por escritura pública, no sólo debe rescatarse el testimonio de ella sino también debe notificarse al escribano autorizante a fin de que no expida nuevas o ulteriores copias, asentando nota de la cesación en el cuerpo de la escritura matriz. Si el protocolo no estuviera en poder del escribano, la diligencia se practicará ante el archivo respectivo.

Antes de conocer la finalización del mandato, el mandatario debe presuponer que continúa obrando en representación del mandante, creencia que también esgrimen los terceros, para quienes lo realizado por el mandatario será considerado como hecho personalmente por el mandante, según lo establecido en el artículo 1946 del Código Civil. Por aplicación del artículo en comentario, la jurisprudencia ha resuelto que la extinción del mandato por fallecimiento no se produce desde ese momento, sino a partir que la noticia llega a conocimiento del mandatario o de los terceros interesados.⁵

También se dijo que, aunque el cese se haya producido por revocación o nombramiento de otro apoderado, es a partir del momento en que el primitivo mandatario supo o pudo conocer dichos actos de acuerdo a los artículos 1964 y 1971 del Código Civil, que opera el efecto y por consiguiente, a partir de esa fecha comienza a correr el plazo de la prescripción bienal, previsto en el artículo 4032, inciso 1° del Código Civil.

Ignorancia inculpable

Es un estado subjetivo de los interesados, relevante jurídicamente, por cuanto implica mantener el efecto imputativo de los actos celebrados por el mandatario, el cual debe mantenerse mediante el empleo de las diligencias propias de las circunstancias del caso. La calificación de esta situación impone apreciar y atenerse a los datos que rodean la vigencia del desempeño, advirtiéndose que no sólo la certeza provoca el desplazamiento de esa creencia, sino también la eventualidad del "haber podido saber" que lleva a equiparar al conocimiento real los supuestos basados en la ignorancia imputable, de acuerdo a los artículos 1965 a 1967 del Código Civil. Lo que debe conocerse es la cesación del mandato, aunque esto provoque necesariamente presumir el conocimiento de la causal que la ocasione y de la norma jurídica que así lo dispone, en tanto no es factible alegar la ignorancia del derecho.

(5) CCiv 1° Cap., 7/5/36; JA, 54-417; CNCiv, Sala A, 10/7/53, JA, 1953-IV-389.

Sin embargo, en principio, debe presumirse la ignorancia sin culpa, frente a lo cual queda a cargo de quien lo alegue la prueba del conocimiento o la culpa en no haberlo tenido. Para alguna doctrina clásica, la extinción resulta oponible cuando se emplean notificaciones al público en general, mediante diarios, circulares, etc., reconociendo que será el juez quien, en definitiva, deberá valorar las circunstancias especiales que acrediten si los terceros conocieron o no la cesación del mandato antes de trabar la relación con el mandatario.

La conclusión en sí misma constituye un hecho jurídico que tal vez no sea de conocimiento efectivo del mandatario, situación que se confirma, interpretativamente, cuando en la situación inversa la renuncia del mandatario se torna recepticia, ya que su ejercicio exige dar aviso al mandante de acuerdo al artículo 1978 del Código Civil, motivo por el cual cabe interpretar que, en ambos casos, mientras esta comunicación no opere, el mandato continúa subsistiendo. Por ello, ante la apreciación de los supuestos, tiene que imperar la regla de la buena fe-diligencia, tal como surge del artículo 1198 del Código Civil.

Sin embargo, no debería exigirse al tercero, para tener por acreditada su diligencia, que demuestre haber comprobado o certificado la vigencia del poder, puesto que la doctrina general es conteste en sostener que no constituye obligación o deber del tercero que permita excluir su buena fe en caso de omisión, requerir el instrumento donde conste el apoderamiento. En tal sentido, se ha declarado que el tercero que traba relación con un mandatario debidamente autorizado, no está obligado a averiguar si el mandato subsiste, ni debe soportar la falta de diligencia del mandatario o de su mandante⁶.

Con relación a lo expuesto, se sostuvo que la cesación del mandato por fallecimiento del mandante no se produce desde el momento mismo de su muerte, sino desde que ella llega a conocimiento del mandatario o de los terceros interesados. Por ello, se ha dicho que el fallecimiento del mandante no pone automáticamente fin al mandato, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 1969 del Código Civil, del cual –la ultractividad de los efectos extintivos, la regla general es que la extinción agota los efectos del contrato y del acto representativo. Sin embargo la ley consagra excepciones.

La ultractividad del mandato o de la representación surge cuando la ley impone obligaciones al mandatario, aún después de extinguido el contrato o el acto jurídico unilateral que les dio origen. El fundamento de ello es evitar daños al mandante, derivados de una interrupción abrupta. Esta disposición constituye una atenuación del principio de la libre rescindibilidad que rige en esta materia. Sabido es que, con motivo de la

(6) CNCiv, Sala F, 14/10/71, ED, 41-550.

confianza que impregna al vínculo, se permite a las partes renunciar o revocar sin causa, apartándose del negocio.

En algunos casos, el legislador toma prevenciones frente a la rescisión unilateral incausada, imponiendo el preaviso o la obligación de indemnizar. Aquí se opta por la obligación de seguir actuando, en los casos en que la ley lo dice. La titularidad pasiva de tal obligación recae sobre el mandatario, pero también sobre sus herederos y sobre los representantes de sus herederos incapaces. No hay contrapartida de esta obligación, ya que el mandante puede revocar y, por más necesidad que tenga el mandatario, no hay ultractividad. Ello se fundamenta en el carácter gratuito, en el oficio de amistad, en que se presume que el mandatario no tiene un interés en continuar ni depende de ello. El interés que se toma en cuenta es el del mandante.

En los negocios onerosos podría no ser así y perjudicarse al mandatario con una revocación incausada e intempestiva. Sin embargo, ello es de la esencia del mandato. El objeto de esta ultractividad son los negocios comenzados que no admiten demora; es decir que los negocios deben ser continuados cuando, comenzados, hubiese peligro en demorarlos. Se ha considerado que pertenecen a esta clase de negocios la tramitación de un juicio ya iniciado, la solicitud de medidas cautelares y, en general, todos los actos procesales pertinentes para la causa judicial. La preclusión procesal podría causar grave daño al mandante.

La ultractividad cesa cuando el mandante, sus herederos o representantes se ocupen del negocio. También cuando hay imposibilidad absoluta de continuar. Los efectos del acto realizado en el período de ultractividad se asimilan a los del mandante; si era representativo, continuará siéndolo.

Debe valorarse que la ignorancia del mandatario o del tercero no les sea imputable, quedando a cargo de quien la alega la prueba del conocimiento de la culpa. Por eso cuando la noticia del fallecimiento del litigante, representado en juicio por apoderado, llega a conocimiento del mandatario y de la parte contraria, se produce la cesación del mandato, quedando los herederos, en tanto son continuadores de la persona del causante, conforme resulta del artículo 3417 del Código Civil, obligados por todo lo que el mandatario hizo ignorando, sin culpa, la conclusión del mandato.

Ahora bien, si en juicio la parte actora no alega ignorancia respecto de la muerte del apoderado del demandado, se coloca en la situación que prevé el artículo 1964, última parte del Código Civil. La Cámara Primera en lo Civil y Comercial de La Plata⁷ sostuvo que conservan plena validez los trámites procesales realizados por el mandatario que desconocía que se había producido la muerte del mandante.

■ (7) C 1° Civ y Com La Plata, 18/4/58, JA, 1958-III-459.

La buena fe de los terceros se presume y, aunque tienen derecho para pedir la exhibición del instrumento de la procuración en cada acto que ejecuten de acuerdo al artículo 1938 del Código Civil, no sería justo exigirles esa presentación cuando se trata de un conjunto de actos que se deban realizar sucesivamente. Sin embargo, el tercero que contrata con el mandatario debe exigirle la prueba de su representación para obligar al mandante y si no lo hace deberá hacerse cargo de las consecuencias que se deriven de su propia negligencia, puesto que en tal caso no es atribuible al mandante todo lo que se hiciera con conocimiento o ignorancia imputable de la cesación del mandato.

Dado que los contratos celebrados por los terceros con el instruido, después de la cesación del mandato, ignorando sin culpa tal circunstancia, obligan al instituyente frente a la buena fe de aquellos, carece de incidencia que por ser el mandatario cónyuge de la mandante no ignorara el estado de alienación de su consorte⁸. Los contratos celebrados por el mandatario con un tercero que ignoraba sin culpa la cesación del mandato, serán obligatorios para el mandante.

Inoponibilidad de los actos

El artículo 1965 del Código Civil reza: "No será obligatorio al mandante, ni a sus herederos, o representantes, todo lo que se hiciera con ciencia o ignorancia imputable de la cesación del mandato". Concluidos los poderes del mandatario, los actos celebrados después de la cesación, en principio no generan obligación alguna para el mandante, con excepción de que medie, por parte del mandatario, desconocimiento sin culpa de la conclusión.

Si la ignorancia del mandatario se produjera mediando culpa de su parte, este no podría alegar su falta de conocimiento, como en los casos en que el anoticiamiento llegara por medio de telegrama o carta dirigida al domicilio del cual se hubiere ausentado sin haber dejado persona alguna encargada de atender la correspondencia, o si la conclusión fuere por muerte del mandante y ella tuviere una amplia divulgación periódica y pública.

Sin embargo, en caso de duda, debe presumirse que obró sin culpa y de buena fe. No debe exigirse a los terceros un conocimiento formal, sino que es suficiente que hayan accedido al conocimiento sobre la finalización del mandato de cualquier modo, sea directo o indirecto. Para algunos, basta con que un tercero, aunque sea ajeno al negocio, le haya hecho saber que el apoderamiento había cesado para que desaparezca la ignorancia. El mandatario que haya obrado igualmente, pese a las previsiones normativas, no puede demandar gastos y, por ende, tampoco retribuciones por lo efectuado después de saber o haber podido saber la cesación del mandato.

■ (8) CNCiv, Sala E, 10/9/79, ED, 85-445.

La ignorancia del mandatario es independiente de la de los terceros, de modo que si el mandatario conocía la existencia de la causal conclusiva del mandato, pero el tercero era de buena fe, el contrato será válido y este último puede demandar su cumplimiento o alegar él solo el vicio resultante. Del mismo modo, en caso de que el mandatario hubiese ignorado sin culpa la cesación del mandato, pero el tercero conociera la situación o fuere de mala fe, el contrato no obligaría al mandante, salvo que lo ratifique, sin que ello pueda ocasionar responsabilidad al mandatario por haber celebrado el negocio, atento a su buena fe.

El conocimiento o desconocimiento es una cuestión de hecho y, como tal debe ser valorado prudentemente, suponiendo la buena fe y poniendo a cargo de quien alega la mala fe su prueba. Por ello, se ha sostenido que incurre en una actitud culposa, que no lo releva de su alegada ignorancia de la cesación del mandato, quien omite obrar con cuidado y previsión, sin adecuarse a las circunstancias de las personas, tiempo y lugar, de acuerdo con la naturaleza de la relación jurídica.

Cuando el artículo 1965 de la citada norma legal menciona a los herederos, comprende el supuesto de extinción mortis causa, frente al cual será inoponible todo lo que hiciere el apoderado, mediando "ciencia o ignorancia imputable de la cesación". Sin embargo, la mención de los representantes tendría que limitarse para quienes por vía de una subcontratación toman, a su vez, el rol de mandantes, ya que en otra clase de representación quien, a las resultas, se obliga o no se obliga es únicamente el representado.

Inoponibilidad con relación al mandatario

El artículo 1966 del Código Civil establece: "Será obligatorio al mandante, a sus herederos o representantes, en relación al mandatario, todo cuanto este hiciere ignorando sin culpa la cesación del mandato, aunque hubiese contratado con terceros que de ella tuvieren conocimiento". Cuando no se dispone de un conocimiento cabal o evidente de la cesación, ni existe obligación de averiguarla, la culpa de la omisión recae en el propio mandante, quien, en todo caso, debió haber tomado todas las providencias para que no pudiese continuar la ejecución del mandato.

Pero fuera de este supuesto debe tenerse en cuenta que el tercero de mala fe no puede valerse del contrato celebrado con el mandatario de buena fe para obtener provecho de él a sus expensas. Sin embargo, entre mandante y mandatario el contrato será considerado como si hubiese sido celebrado sin que el mandato se hubiese extinguido, atento a que este artículo protege la buena fe y la ignorancia sin culpa del mandatario.

De tal forma, este tendrá derecho a que se le retribuya su trabajo y se le restituyan los gastos incurridos. Cuando la ignorancia del mandatario ha sido inculpable, no tiene

responsabilidad alguna por las consecuencias del contrato celebrado, aunque los terceros hayan actuado de mala fe. También resulta eficaz la prescripción interrumpida, en representación del mandante, por el mandatario que ignoraba la cesación.

Este principio perdura aunque exista mala fe de los terceros, la cual no contamina la propia buena fe del mandatario y se presume mientras no se pruebe lo contrario. Por ello, si el mandatario ha desconocido el fallecimiento del mandante, sus actos son obligatorios para los herederos de este. Por otra parte, frente al conocimiento o la ignorancia culpable de una causal extintiva por parte del mandatario y los terceros, el contrato es inoponible para el mandante.

Inoponibilidad de la cesación frente a terceros

El artículo 1967 del Código Civil nos señala: "En relación a terceros, cuando ignorando sin culpa la cesación del mandato, hubieren contratado con el mandatario, el contrato será obligatorio para el mandante, sus herederos y representantes, salvo sus derechos contra el mandatario, si este sabía la cesación del mandato". Son obligatorios para el mandante y sus herederos los actos celebrados por el mandatario con los terceros, aunque aquel hubiere tenido conocimiento de la cesación y, consecuentemente, fuese de mala fe. Para que se dé este presupuesto, los terceros contratantes deben ignorar sin culpa de su parte que el mandato había finalizado.

Debe destacarse que la calificación de buena o mala fe del tercero debe atribuirse a este, exclusiva y personalmente, sin que en caso alguno pueda proyectarse o reflejar sus consecuencias la buena o mala fe del mandatario. Cualquier medio puede ser empleado para llevar a conocimiento de los terceros la revocación del mandato, y aunque en definitiva el mandante probare que fue imposible adoptar tales medidas, este ha sido culpable en la elección del mandatario. La celebración de actos por medio de representantes entraña siempre ciertos peligros, que por supuesto deberá afrontar quien acepta recurrir a esta suerte de contrataciones. La buena fe de los terceros justifica que esta sea la regla consagrada y a su favor ha sido estipulada la validez del acto.

Esta solución sintoniza con la buena fe-diligencia, amparando al tercero que ignora, sin culpa de su parte, que se produjo la cesación del mandato. Si el tercero que contrató con el mandatario de una persona conocía que se había interpuesto una demanda por insania contra el mandante, procede la impugnación, como lo autoriza el artículo 474 del Código Civil, aunque hubiera fallecido sin que se declare la incapacidad⁹. La doctrina reconoce que también la buena fe del tercero es presupuesta, debiendo el mandante que alegue lo contrario o la ignorancia culpable, acreditarlo mediante prueba.

■ (9) C 1º Apel BBlanca, 8/4/69, LL, 134-288.

Por su parte, la jurisprudencia ha dicho que incurre en culpa un tercero que contrata con el mandatario, cuando en el instrumento del mandato se ha fijado un plazo de vigencia determinado, habiéndose omitido indicar la fecha en tal documento, por lo que debió comprobar que se hallaba subsistente¹⁰. La buena fe-creencia protege a los terceros que ignoraban, sin negligencia, que el mandatario había cesado en el mandato y que actuaron confiando en la apariencia del título que aquel investía. El mandante que sostiene que el tercero contratante con el mandatario conocía la cesación del mandato o que lo ignoró por su culpa, debe probarlo.

En la duda de si el tercero obró de buena o mala fe, conociendo o no la cesación del mandato, debe suponerse que es de buena fe, por cuanto la mala fe no se presume. El tercero que contrata ignorando sin culpa la cesación del mandato puede hacer valer las obligaciones contraídas en nombre del mandante. Su buena fe se presupone y quien sostiene que conocía la revocación o que la ignoró por su culpa debe acreditarlo.

Corresponde al juez apreciar las circunstancias especiales por las cuales se decidirá si los terceros han conocido o podido conocer por cualquier medio la cesación del mandato. Por ello, resulta obligatorio para el mandante el préstamo otorgado por un tercero que ignoraba culposamente la cesación del mandato. Respecto de la validez de las obligaciones contraídas por el mandatario con posterioridad a la cesación del mandato, las disposiciones de los artículos 1967 y 1968 del Código Civil permiten concluir que ni interesa que aquel hubiera tenido conocimiento de la cesación y que, por tanto, lo único que la ley toma en cuenta es la propia buena o mala fe de estos últimos. La buena fe del tercero se supone y pesa sobre el mandante la carga de probar que aquel conocía la cesación del mandato o que la ignoró por su culpa.

Responsabilidad del mandatario

La mala fe del mandatario, es decir, del que conocía la cesación del mandato, provoca la sanción dispuesta en el artículo, otorgando acción al mandante, sus herederos y representantes contra aquel. El mandatario cargará, entonces con todos los daños y perjuicios que resultaren, incluso del caso fortuito.

III. PODER ESPECIAL IRREVOCABLE

El artículo 1977 del Código Civil reza: "El mandato puede ser irrevocable siempre que sea para negocios especiales, limitado en el tiempo y en razón de un interés legítimo de los contratantes o un tercero. Mediando justa causa podrá revocarse".

■ (10) CNCiv, Sala E, 17/7/61, JA. 1962-I-93.

CARACTERÍSTICAS

El poder debe ser especial, y no necesariamente referirse a un solo negocio, sin embargo debe ser para ciertos negocios determinados, conforme resulta del artículo 1879 del Código Civil, antes analizado. El poder es especial en cuanto a su naturaleza, y debe surgir el objeto en forma inequívoca.

Debe estar circunstanciado, para ello debe estar clarificado un interés legítimo¹¹, anterior o simultáneo, del cual es siempre accesorio. El hecho de la inclusión o no del negocio y su eventual identificación es una cuestión de prueba, no sólo para las causas de revocación, sino para la acreditación del poder como tal, ante el cual se debe instrumentar el objeto del mandato.

El interés legítimo negocial no finaliza hasta que el objeto mandato se concluya y, mientras ello no ocurra, siguen estando vivas todas las acciones por él latentes; de allí surge la justa causa, que da lugar a una eventual revocación. Una vez cumplido el objeto del mandato, lo único que quedaría latente sería la acción de daños y perjuicios y la eventual nulidad.

La *figura del mandatario*, desde sus orígenes, está basada en la confianza. En la figura que analizamos, esta confianza con el mandatario corresponde al beneficio del interés legítimo y puede ser la misma persona, ya que por imperio del artículo 1977 del Código Civil se exige "un interés legítimo de los contratantes o de un tercero".

En lo concerniente al límite en el tiempo que debe surgir del poder, la doctrina ha discutido sobre el plazo en el poder especial irrevocable y en el plazo de irrevocabilidad, y si esta limitación en el tiempo puede ser determinada o determinable. No habiendo norma explícita al respecto corresponde que se aplique el principio que establece "lo que no esta prohibido está permitido", con lo cual la limitación se puede establecer de cualquier manera, mientras exista.

Con relación a la *extinción del poder especial irrevocable*, no se aplican las causas generales de extinción del mandato. Además, no se aplican al poder especial irrevocable: la revocación del mandante, pues para revocar este mandato se requiere "justa causa", el fallecimiento del mandante, que sigue aun siendo válido pues no es aplicable el artículo 1983 del Código Civil¹²; la incapacidad sobreviviente del mandante.

(11) Etchegaray, Natalio P.: "el negocio base puede ser omitido en el poder irrevocable, pero si se produce la revocación, será menester probarlo para mantener la irrevocabilidad".

(12) Etchegaray, Natalio P. " El artículo 1981 del C.Civil no se aplica al mandato especial irrevocable". *Técnica y práctica documental. Escrituras y actas notariales.*

No es aplicación el artículo 1918 del Código Civil, ya que el poder especial irrevocable permite, en forma expresa, el autocontrato.

Debe establecer la *irrevocabilidad*, esta debe estar específicamente dispuesta, dado que es un instrumento que permite una vía más rápida para el cumplimiento de un negocio que, de no tener esta vía instrumental, tendría siempre la solución judicial.

Con relación a la *sustitución*, el mandatario de un poder especial irrevocable puede sustituirlo por otro poder irrevocable en cuanto fuere autorizado a hacerlo por su mandante.

Por otra parte, no se admite de acuerdo a lo establecido en el artículo 1810 del Código Civil el poder especial irrevocable para efectuar una donación de inmuebles, ni una donación de prestaciones periódicas que requieren la escritura pública como forma *ad solemnitatem*.

IV. LA REPRESENTACION EN EL CÓDIGO CIVIL ALEMÁN - BGB

El Código Civil Alemán (*Burgerliches Gesetzbruch* o BGB) es el principal estatuto de Derecho Civil de Alemania. El ejemplo de la codificación francesa de 1804 produjo también en Alemania el deseo de tener un Código Civil, que sistematizara y unificara las diferencias y heterogéneas leyes vigentes en el territorio alemán.

En 1871 los varios Estados Alemanes fueron unificados bajo el Imperio Alemán. Al comienzo, la potestad legislativa sobre materias de derecho civil era detentada por cada uno de los estados, y no por el imperio (*Reich*) que reunía tales estados. En 1873 se aprobó una enmienda constitucional (llamada *Lex Miguel -Lasker-* en referencia a sus autores diputados Johanen von Miguel y Eduard Lasker) que transfería esta facultad al *Reich*. De esta manera, se formaron varias comisiones que redactaron un solo texto, el cual se transformaría en una codificación civil para todo el Imperio, reemplazando la legislación de los estados.

Un primer proyecto, en 1888, no contó con un apoyo suficiente. Una segunda comisión de 22 miembros, compuesta tanto por juristas como por representantes de los empresarios así como de las principales corrientes ideológicas del momento, redactó un segundo proyecto.

Así, después de décadas de trabajo, durante las cuales se recibieron las contribuciones de algunos de los mejores juristas de la época y se observó el trabajo realizado en codificaciones anteriores tales como la francesa, finalmente se aprobó el BGB por el

parlamento del Reich en 1896. Entró en vigencia el 1º de enero de 1900 y constituye el principal estatuto de derecho civil de Alemania desde entonces.

Cuando Alemania se dividió en un estado capitalista en Occidente y uno socialista en el Este, después de la Segunda Guerra Mundial, el BGB siguió regulando el Derecho privado de ambas naciones. Sin embargo, poco a poco, el Este fue reemplazando las disposiciones del BGB por nuevas regulaciones, comenzando por un Código de la Familia en 1966 para terminar con un Código Civil en 1976 y una Ley de Contratos en ese mismo año. Desde la reunificación de Alemania en 1990, el BGB ha sido reinstaurado como normativa aplicable al Derecho privado de toda Alemania.

El BGB ha sido modificado varias veces desde su promulgación. Los cambios más importantes ocurrieron en 2002, cuando el Derecho de Obligaciones, uno de sus cinco libros, fue reformado profundamente. Además, el modo en que las Cortes construyen e interpretan las disposiciones del Código ha evolucionado de diversas maneras a lo largo del tiempo y continúa desarrollándose. Ello se debe al alto grado de abstracción en que está redactado el Código.

Recientemente, el legislador ha incorporado leyes dispersas sobre materias de Derecho Privado, en el BGB, por ejemplo la legislación sobre arrendamientos urbanos que se encontraba separada en la *Miethohengesetz*. El BGB es la pieza central del sistema de derecho privado alemán, las demás normas descansan en los principios de este.

El sistema del BGB es típico de la pandectística del siglo XX y ha encontrado varias críticas desde un comienzo por su falta de "contenido social". El legislador, junto a la aplicación histórica del código ha mejorado el sistema a lo largo de los años con el objeto de adaptar el BGB a este fin. La influencia del derecho comunitario de la Unión Europea ha sido bastante fuerte y varias modificaciones al BGB se deben a este hecho.

El BGB contiene cinco libros:

- La **Parte General** (*Allegemeiner Teil*), que abarca los párrafos 1 a 240, comprende la regulación de elementos que tienen consecuencias en el resto de las partes del Derecho Civil.
- El **Derecho de Obligaciones** (*Recht der Schuldverhältnisse*) que abarca los párrafos 241 a 853 y describe los diferentes contratos o las obligaciones en general, incluyendo el Derecho aplicable a la responsabilidad civil.
- El **Derecho de Bienes** (*Sachenrecht*), párrafos 854 a 1296, que regula la posesión de propiedad y otros derechos reales, y los diferentes modos de adquirirlos.
- El **Derecho de Familia** (*Familienrecht*), párrafos 1297 a 1921, que regula el matrimonio, la filiación y demás relaciones de familia.

- El **Derecho Sucesorio**, (*Erbrecht*) que gobierna la suerte de los bienes de las personas difuntas, incluyendo los requisitos y efectos del testamento (transmisión *mortis causa*).

V. NOCIÓN Y FACTUM DE LA REPRESENTACIÓN

En el derecho común el resultado jurídico de la representación puede alcanzarse de dos modos diferentes:

- Que el negocio efectuado por V produzca sus efectos directamente en la esfera de A, sin afectar la esfera de V. Tal proceso jurídico se denomina *representación directa*; el Código Civil limita la expresión *representación*.
- Que el negocio jurídico de V produzca sus efectos en la esfera de V, surgiendo al mismo tiempo el deber de V de transferir a A lo que en virtud del negocio adquiriese y el hecho de transferirle los deberes que asumiese mediante el negocio.

El Código Civil no incluye en la representación este modo de cuidar de los intereses ajenos y no lo designa con un término técnico. Como el factum del negocio jurídico contiene una o varias declaraciones de voluntad, la representación consiste en el hecho de que el representante, V, emite una declaración de voluntad en lugar de A y con eficacia para este, de acuerdo a lo establecido en el artículo 164, I, del BGB. En las declaraciones recepticias, la representación puede presentarse también respecto de la parte contraria: la declaración dirigida a A se emite frente a V, con eficacia a favor y en contra de A. Según el citado, se habla de representación activa; en el segundo, de representación pasiva.

La eficacia de la representación depende del poder de representación. (Todos los negocios del representante exigen el poder de representación, también los que son de mero beneficio jurídico para el representado; por ejemplo, le procuran la propiedad de una cosa. Sin embargo, ciertos efectos beneficiosos, especialmente la creación de créditos, pueden producirse mediante contrato a favor de terceros.)

El poder de representación, consiste en una relación entre V y A. Existe pues un poder de representación activo y un poder de representación pasivo.

El *poder de representación activo* pertenece a la categoría de las facultades de poder, constituye la capacidad de producir efectos jurídicos en la esfera de A mediante negocios celebrados en su nombre. El *poder de representación pasivo* es una cualidad jurídica de V, en virtud de la cual este puede recibir con eficacia para A una declaración dirigida a él.

En principio la representación es admisible en todos los negocios jurídicos; con excepción de la mayoría de los negocios del derecho de familia, y en particular en el matrimonio –el artículo 1317 del BGB exige la causa de muerte (testamento artículo 2064 del BGB; contrato hereditario artículo 2274 del BGB)– y en varios otros negocios del derecho de sucesiones. Por lo general la representación sirve al interés del representado cuando V actúa en nombre de A, lo hace por cuenta y en beneficio de A, esto es, actúa como su gestor de negocios.

Existe también la representación en interés propio del representante (*in rem suam*) o en interés de un tercero. Importante es sólo que el representante actúe en nombre de otro y con eficacia para este. El síndico de la quiebra es representante del quebrado, el ejecutor testamentario y el administrador de la herencia son representantes del heredero, aunque la misión de estas personas no consista en cuidar de los intereses del quebrado o del heredero, sino, de otras tareas, esto es, en la satisfacción de los acreedores y en la ejecución de la voluntad del testador.

EL NEGOCIO NACE POR VOLUNTAD DEL REPRESENTANTE. LOS AUXILIARES. EL MENSAJERO.

El factum de la representación activa está integrado por una declaración de voluntad del representado. Mientras que en el negocio normal el factum y el efecto jurídico coinciden en la misma persona, la representación divide ambos elementos entre dos personas: el factum del negocio se produce respecto del representante; sus efectos se producen respecto del representado.

El representante se distingue de las demás personas de que se sirve A, para la celebración de sus propios negocios por la circunstancia de que el negocio jurídico es concluido por él. No son representantes el notario que prepara el instrumento que escribe la declaración al dictado, o la transcribe, o el intérprete que la traduce.

En particular del representante debe distinguirse aquel auxiliar que toma el nombre de mensajero, y del cual A se sirve para transmitir una propia declaración al destinatario. La transmisión no es una declaración de voluntad del mensajero, sino una operación de hecho: no es necesario que el mensajero entienda la declaración que transmite. No es necesario que el mensajero tenga capacidad de obrar.

Por lo general la diferencia entre representante y mensajero es evidente cuando se trata de una declaración escrita, por ejemplo el empleado que expide y transmite, sino mensajero del remitente.

EL REPRESENTANTE ACTÚA EN NOMBRE DEL REPRESENTADO

El representante (V) debe actuar en nombre del representado (A), esto es, dar a conocer que los efectos del negocio no deben producirse para V, sino para A. En oposición a la llamada representación indirecta, la representación del BGB es una manifiesta actuación por cuenta de otro. En las declaraciones recepticias, tal voluntad del representante (voluntad de representar) debe ser conocible para la parte contraria. Lo cual puede realizarse mediante una declaración expresa en que se designa al representado como la persona que será titular de los derechos y deberes que nacerán del negocio.

En los negocios formales, verbigracia en los sujetos al registro de bienes raíces, la voluntad de representar debe manifestarse con la misma forma, ya que integra el contenido de la declaración con expresión técnica, la ley habla de declaraciones de voluntad *en nombre del representado*. Pues la voluntad de representar tiene su máxima expresión en la circunstancia de que designa al representado.

Sin embargo, tal expresión no debe entenderse en su sentido literal; no es necesario que se mencione el nombre del representado; su persona puede designarse también de manera diferente, por ejemplo, contratando en nombre de una firma o mencionando el ejecutor testamentario o el síndico de la quiebra esta calidad suya. No es necesario que la parte contraria conozca al representado, siempre que sepa que el representante actúa para otra persona.

También se puede admitir la posibilidad de que exista representación aunque la persona del representado sea desconocida para los contratantes, deberá determinarse mediante una declaración posterior del representante; por ejemplo, alguien concluye una compraventa en calidad de representante de persona no nombrada, reservándose la indicación del comprador.

Los efectos plenos del negocio no pueden producirse mientras quede indeterminada la persona del representado y la correspondiente vinculación de la parte contraria. Cuando V efectúa la designación de la persona para la cual contrató nacen para esta los derechos y deberes que produce el negocio, siempre que lo haga autorizado para nombrarle o apruebe el nombramiento.

No es necesaria que la voluntad de representación se manifieste expresamente. Puede deducirse de las circunstancias de que la declaración de V se efectúa en nombre de A tal como surge del artículo 164, 2 del BGB.

El principio de que el representante debe obrar en nombre del representado se aplica a todos los negocios jurídicos y, especialmente, también a los contratos con eficacia real. Lo cual no da lugar para los derechos sujetos a registro, y para los muebles, si,

como representante de A, V quiere enajenar una cosa de A sólo puede hacerlo en nombre de A. Pero además de esta existe, otra vía para la disposición de ciertos derechos, en particular, mobiliarios; según el artículo 125 del BGB, con el asentimiento de A, V puede enajenar la cosa en nombre propio, no dando a conocer al adquirente que enajena una cosa que no le pertenece. El resultado de ambas especies de disposición es idéntico: la propiedad se transfiere al adquirente. La diferencia sólo se manifiesta en ciertas consecuencias, por ejemplo, en el caso de impugnación corresponde a A; de lo contrario, a V.

En la adquisición de muebles por medio de representante, muchos autores sostienen que no tiene importancia que V actúe en nombre de A, siendo decisiva su voluntad interna. El argumento esencial en que se funda esta teoría consiste en que por regla general para el enajenante de un mueble es indiferente que el adquirente fundamente la propiedad para sí o para un tercero. Es cierto que tal indiferencia respecto de la parte contraria se presenta con mayor frecuencia en la enajenación de muebles que en otros contratos y especialmente en aquellos de eficacia personal.

Pero estos casos no pueden generalizarse; siempre rige el principio del artículo 164 del BGB en virtud del cual V representa a A solamente cuando actúa en su nombre.

VI. CAPACIDAD DE OBRAR DEL REPRESENTANTE

Desde el momento que el negocio es celebrado por el representante (sus efectos se producen respecto del representado), para el factum del negocio únicamente tiene importancia la persona del representante y no la del representado. Por eso, es necesaria la capacidad de obrar del representante (y no la del representado). La declaración es nula si el representante carece de capacidad, de acuerdo al artículo 140 del BGB, o si emitió la declaración en estado de inconciencia o de turbación pasajera de sus facultades según el artículo 105 II del BGB, y no produce efectos para el representado, aunque por el contenido corresponda a su voluntad.

En cambio, la limitación de la capacidad del representante no afecta el negocio jurídico, según así resulta del artículo 165 del BGB, ya que las personas de capacidad limitada deben estar protegidas contra las consecuencias perjudiciales de sus actos, de acuerdo al artículo 107 del BGB y tal peligro no existe cuando actúan como representantes.

Cuando el negocio que debe concluir el representante exige cierta forma, es él quien debe cumplirla. En la forma escrita, el representante debe suscribir su firma autógrafa, según el artículo 126 del BGB. La firma consiste en el nombre del representante, la relación de representación debe resultar de una cláusula adjunta a la firma, o del texto.

Así es como, según los artículos 51 y 57 del Código de Comercio deben firmar los institores y apoderados comerciales; sin embargo en la práctica estas normas se han reducido a instrucciones, considerándose válida la firma mediante la escritura de la firma o del nombre del principal.

Fuera de las relaciones comerciales, con frecuencia también ocurre que incorrectamente los representantes firmen con el nombre del representado. Se discute si semejante firma llena los requisitos de forma establecidos por el artículo 126 del BGB. La interpretación más sencilla de la Ley lleva a suponer que, por firma autógrafa del nombre debe entenderse la firma del nombre propio.

La jurisprudencia ha reconocido la validez a la firma con el nombre ajeno. Luego de cierta incertidumbre y contra la oposición de la doctrina, este principio quedó establecido definitivamente por una decisión en pleno de la Suprema Corte. Mientras la Suprema Corte no modifique su jurisprudencia, el documento firmado por V con el nombre de A debe considerársele válido, pero V de tal modo no actúa como representante, pues el documento según su tenor literal contiene una declaración de voluntad de A, ya que lleva como firma el nombre de A y la firma que exige la Ley está escrita por A.

Por consiguiente, es difícil que la Suprema Corte mantenga su anterior opinión, según la cual quien expide un documento no puede hacérselo firmar a un dependiente con el nombre suyo. En efecto, el representante que firma con el nombre de A no es más que un auxiliar. Con razón se tildó de demasiado sutil la distinción que la Suprema Corte, intenta hacer entre ambos casos, dando lugar a una situación de incertidumbre jurídica que se presta a procesos dolosos.

El dolo del representante fundamenta la impugnación de la parte contraria. Los vicios de la voluntad deben juzgarse desde el punto de vista del representante y no del representado. Por vicios de la voluntad deben entenderse los factum que mencionan los artículos 116 y siguientes del BGB. Por lo tanto, el negocio jurídico es nulo cuando el representante contrata con una reserva conocida por la parte contraria, o solo por la apariencia (artículo 117 del BGB) o cuando la declaración del representante descansa en un error o fue transmitida de modo inexacto (artículos 119 y 120 del BGB) o cuando el representante estuvo bajo la influencia de dolo o intimidación (artículo 123 del BGB). Para el conocimiento o el deber de conocimiento de ciertas circunstancias, de las cuales depende la eficacia del negocio jurídico, debe considerarse al representante y no al representado.

En la adquisición de la propiedad fundada en los artículos 892 y 932 del BGB. Es decisiva la buena fe del representante y lo es también en la cesión de buena fe (artículo 405 del BGB) y en las prestaciones que el representante del deudor efectúa a favor del

acreedor precedente (artículo 407 del BGB). Cuando la declaración emitida ante el representante se impugna por error, no es necesario reparar el interés negativo del representado, si el representante conocía el error o debía conocerlo (artículo 122, II del BGB). Cuando alguien fue inducido por dolo a celebrar un negocio con el representante conocía el dolo o debía conocerlo (artículo 123, II del BGB). El comprador no tiene derecho a ejercer la acción por vicios, si al celebrar el contrato su representante conocía los vicios de la cosa (artículo 439 y 460 del BGB).

En la representación, la ignorancia del representante no beneficia al representado cuando el negocio se celebró según determinadas instrucciones suyas y el representado conocía o debía conocer las circunstancias de que se trata. Por consiguiente, A no adquiere la propiedad en virtud del artículo 932 del BGB, si su representante, siendo de buena fe, compra la cosa indicada por él, que sabía que no era de propiedad del enajenante. De lo contrario, sirviéndose de un representante en lugar de obrar él mismo, A podría evitar el requisito de la buena fe. El mismo valor que las instrucciones tiene la circunstancia de que el representado sepa que el representante se propone concluir cierto negocio que estaba por concluir su apoderado, halla aplicación la regla del artículo 166 del BGB.

El principio que informa el artículo 166 II del BGB debe aplicarse por analogía en materia de vicios de la voluntad: el negocio jurídico del representante es nulo en virtud del artículo 117 del BGB si el poderdante conviene con la parte contraria en que el negocio no debería valer; el poderdante no puede impugnar el negocio por un error de su representante cuando, al darle sus instrucciones conocía las cualidades respecto de las cuales estuvo en error el representante.

La interpretación del negocio jurídico debe efectuarse desde el punto de vista del representante. Lo dicho se aplica especialmente a las declaraciones que le dirige la parte contraria, tienen el sentido que debía atribuirle el representante de acuerdo con las circunstancias que conocía.

También debe resolverse con arreglo a la declaración de voluntad del representante (y la parte contraria) la cuestión de si existe el consenso que exige el contrato. Para el mensajero, vale la regla contraria a la que se estableció para el representante ya que él no emite una declaración propia, en particular, no es necesario que el mensajero tenga capacidad de obrar, no es él quien debe observar los requisitos de forma, sino el remitente. Para los vicios de la voluntad, el conocimiento de ciertos hechos y la interpretación de la voluntad, el mensajero no debe tomarse en consideración.

LA REPRESENTACIÓN PASIVA. EL MENSAJERO DE RECEPCIÓN

Correspondiente a la representación en la emisión de declaraciones de voluntad, existe una representación pasiva por parte de quien recibe la declaración de acuerdo al artículo 164 II del BGB, cuando V está dotado de poder de representación para A, se le puede dirigir a él con la misma eficacia como si se dirigiese directamente a A. Del mismo modo que en la representación activa la declaración de voluntad debe emitirse en nombre del representado, así también en la pasiva el representante debe estar en condición de conocer que la declaración de voluntad que se dirige a él está destinada al representado.

De acuerdo a lo establecido en el artículo 165 del BGB no es necesario que el representante de recepción tenga capacidad de obrar plena, pero no debe carecer de ella, porque la recepción de una declaración supone cierto grado de entendimiento. La declaración dirigida al representante de recepción produce sus efectos al llegar a su poder; no importa que transmita la declaración a su representado, ni el momento de la transmisión, ni la circunstancia de que la transmisión se efectúe correctamente.

En oposición a las funciones del representante de recepción, las del mensajero son meramente de hecho; no es necesario que el mensajero tome conocimiento de la declaración y por tanto, que tenga capacidad de obrar.

Por regla general, la declaración de voluntad que V emite en nombre de A se dirige a un tercero; asimismo, proviene de un tercero la declaración que en su calidad de representante pasivo V recibe para A. De la noción de representación deriva la posibilidad, sancionada por el artículo 181 del BGB, de que en nombre de A, V dirija a sí mismo, en su calidad de representante de A, una declaración en nombre propio, o que, siendo representante tanto de A como de V, en nombre de uno, V se dirija a sí mismo una declaración, en su calidad de representante pasivo del otro.

A esta forma de actuación se la designa como "contratar consigo mismo". Mediante declaración a sí mismo el representante no sólo puede efectuar negocios unilaterales, sino también concluir contratos con el representado o entre ambos representados. En el contrato consigo mismo existen dos declaraciones, aunque se basen en una única decisión del representante, una emitida en nombre propio, y la otra en nombre del representado. Lo dicho se ve claramente en los negocios formales; por ejemplo en la compraventa notarial (artículo 313 del BGB) y en la investidura y la aceptación de ella. Si ambas declaraciones no coinciden y no es posible eliminar la contradicción interpretándolas, el contrato no existe.

Para tener eficacia, la declaración del representante dirigida a sí mismo debe satisfacer ciertos requisitos diferentes a los que se exigen en el caso normal. Por lo general la

declaración adquiere eficacia al llegar (artículo 130 del BGB) a la parte contraria, porque, desde tal momento y en circunstancias normales, el conocimiento sólo depende de ella; viceversa, en las declaraciones a sí mismo no pueden hablarse de llegada, ya que la declaración que el representante se dirige es conocida por él desde el principio. Pero como su decisión, en cuanto proceso interno, no puede producir efectos jurídicos, su voluntad adquiere eficacia en el momento en que, de cualquier manera, por declaración a terceros o mediante actos voluntarios, llega a manifestarse exteriormente.

No tiene importancia la circunstancia de que los terceros puedan conocer inmediatamente o sólo más tarde esas manifestaciones de la voluntad del representante. Tampoco es necesario que la manifestación tenga un carácter tal que V no pueda destruir los rastros de su voluntad sin que A se dé cuenta de ello.

En el contrato consigo mismo existe el peligro de que el representado quede perjudicado a raíz de la colisión de intereses a que está sujeto el representante; en la representación de varias personas es posible que el representante beneficie a una con perjuicio de la otra. Por consiguiente, y en principio, en el artículo 181 del BGB la ley permite el contrato consigo mismo sólo cuando el negocio jurídico consiste exclusivamente en el cumplimiento de una obligación, ya que en tal caso no existen los peligros antes mencionados. Está prohibida la dación en pago.

La compensación se admite cuando el crédito del representante o del representado pueden extinguirse por compensación; si la obligación del representante no está vencida o carece de acción, o sí existe una excepción contra ella, el representante puede cumplirla, en cambio, cuando lo del representante se halla en semejante situación, no es posible su satisfacción por la vía del contrato consigo mismo.

Por el artículo 181 del BGB, el representante sólo puede concluir consigo mismo negociar de cumplimiento, a no ser que exista permiso especial. Lo dicho también se aplica a las declaraciones unilaterales, que el representante emite en su propio nombre y recibe en su calidad de representante. La transferencia de la posesión, según lo dispuesto por el artículo 854, II del BGB, está sujeta al artículo 181 del BGB, porque se trata de un acto jurídico análogo a los negocios; en cambio, dicha norma no puede impedir una modificación de la posesión realizada mediante modificación del poder de hecho, de acuerdo al artículo 854, I del BGB.

En ciertos casos, la ley permite expresamente el contrato consigo mismo. Según el artículo 1409 del BGB, en su calidad de tutor del marido, la mujer puede otorgarse a sí misma el asentimiento que necesita para disponer de los bienes aportados. En principio, el representante legal no está autorizado para contratar con su representado o para concluir negocios entre las varias personas que represente. Cuando el padre o el tutor quiere concluir un negocio con el hijo o entre los hijos sometidos a su potestad, debe

nombrarse un curador para los hijos. El tribunal de tutelas no puede autorizar al representante legal a contratar consigo mismo, de manera que los inconvenientes del nombramiento de un curador no pueden evitarse aunque no exista conflicto de intereses.

El negocio que viola el artículo 181 del BGB carece de eficacia, pero no es nulo y puede validarse mediante la aprobación del representado; en caso de representación de las personas se requiere la aprobación de ambos representados.

La disposición del artículo 181 del BGB tiene la finalidad de proteger al representado contra el peligro de que quede perjudicado en su conflicto de intereses con el representante la facultad de concluir negocios consigo mismo o con otra persona representada por él. Pero para establecer la esfera de aplicación del artículo 181 del BGB no es decisiva la *ratio legis*, sino el contenido de la disposición. Este rige aún cuando, en el caso concreto, no existe conflicto de intereses.

Se la aplica únicamente en el caso de contrato consigo mismo y no cuando un interés corre el riesgo de ser perjudicado por negocios jurídicos que el representante no concluye consigo mismo sino, con un tercero. Estos negocios son válidos si entran en el poder de representación y si existe colusión entre el representante y el tercero.

El artículo 181 del BGB sólo se refiere al modo de nacimiento del negocio jurídico y no a la distribución de los intereses en que se funda; de manera que es posible la conclusión de negocios jurídicos entre el representante y un sustituto nombrado por él, siempre que tuviese la facultad de hacerse sustituir.

El artículo 164 y siguientes del BGB reglamentan la representación para la emisión y recepción de declaraciones negociales, pero su campo de aplicación es más amplio.

En el proceso existe una representación inmediata análoga a la del artículo 164 del BGB, por la cual el representante obra en nombre del representado y con eficacia para este. En el campo del derecho sustantivo el régimen de la representación debe aplicarse por analogía a los actos jurídicos de carácter negocial.

En las operaciones jurídicas cuyo efecto no descansa en la voluntad de su autor sino en la producción de un hecho, la cooperación de un tercero no puede considerarse como representación, pues se limita al uso de auxiliares. Así en la especificación del artículo 950 del BGB, el hecho de que el empleador procura la propiedad al empleador no depende de su voluntad en virtud de la cual la actividad del empleado beneficia al empleador.

También en la adquisición de la posesión no puede haber representación, en términos exactos. Cuando se realiza mediante el poder sobre la cosa (artículo 854, I del BGB)

la adquisición de la posesión importa sin la voluntad del adquirente. Un acontecimiento de hecho, es un acto jurídico si se realiza por acuerdo con el poseedor precedente (artículo 854, II del BGB). En ambos casos es necesario un elemento de hecho (el *corpus possessionis*) es necesario que el adquirente tenga el poder de hecho o que al menos esté en condición de ejercerlo.

Las consecuencias jurídicas que la ley hace defender de este factum son independientes de la voluntad de los interesados. En el ejercicio de los derechos, y en el cumplimiento de los deberes la representación es posible siempre que el ejercido o el cumplimiento deba considerarse como un auxiliar. El deudor responde por el incumplimiento de su representante legal o de otros auxiliares suyos (artículo 278 del BGB), sin que importe si el cumplimiento consiste en la celebración de un negocio jurídico o en una operación de hecho.

La consecuencia de los actos ilícitos afectan a su autor, sin consideración de su voluntad, por consiguiente no puede haber representación respecto de una persona diferente de él únicamente existe la posibilidad de que la responsabilidad del autor quede excluida en virtud de que actuó como mandatario de otra persona debe responder por él como instigador (artículo 830, II del BGB), o a raíz de un deber de vigilancia (artículos 831 y 832 del BGB).

El negocio de un contrato concluido por V en nombre propio y a favor de A (artículo 328 del BGB). La diferencia entre ambas especies de contrato consiste en que, en la representación, todos los efectos del contrato concluido por V se producen para A; en tanto que, en el contrato a favor de A, solamente un crédito, o aún todos, nacen para A pero los demás derechos que derivan de la relación contractual y especialmente las obligaciones quedan a cargo de V. Con relación a tales efectos que recaen sobre el propio contratante, V, puede decirse que aún cuando se refiera al nombre de A, V concluye el contrato en nombre propio.

El contrato a favor de un tercero no requiere un poder de representación y, en cambio, sólo puede procurar al tercero derechos o, especialmente, créditos. En los contratos onerosos es fácil comprobar si existe representación o si se trata de un contrato a favor de tercero, todo depende de si la contraprestación está a cargo de A o del contratante, V. En el primer caso nos hallamos frente a una representación; siendo necesario el poder de representación, en el segundo, de un contrato a favor de A.

En ciertos casos, sin consideración a la voluntad de las partes, la ley hace nacer de su negocio jurídico derechos para terceros, como efectos reflejos. Así se aplica al cónyuge en la comunión de bienes, su adquisición entra en el patrimonio común sin necesidad de que así lo quiera (artículo 1438 del BGB). Lo mismo sucede en la llamada subrogación real, esto es, en la adquisición del marido con recursos de los bienes apor-

tados (artículo 1381 del BGB), del poseedor de la herencia, con recursos de la herencia (artículo 2019 del BGB); del coheredero en virtud de un negocio que tiene por objeto la sucesión (artículo 2041 del BGB).

En todos estos casos no existe representación, pues en virtud de la Ley la adquisición se produce a favor de los bienes aportados, o de la herencia, aun cuando el negocio de adquisición se haya concluido en nombre propio y sin necesidad de que el contratante tuviese este propósito.

VII. EL PODER

El artículo 166, II del BGB, define al poder como la facultad de representación otorgada por un negocio jurídico.

Sin embargo, la definición no es completamente exacta, porque, por lo general por poder se entiende sólo el poder de representación otorgado por el representado y no el de un tercero. El otorgamiento del poder de representación se llama *apoderamiento*, pero en el lenguaje corriente, con la palabra poder se alude también al otorgamiento y al instrumento del poder. El *apoderamiento* es una subespecie de la autorización, permite al representante efectuar negocios jurídicos en nombre del representado, pudiendo considerarse como un elemento del *factum* de esos negocios.

Pero la misma creación del poder de representación, aún antes de que se lo use, importa la modificación del estado jurídico, producida por el poderdante, en consideración de este efecto jurídico inmediato, el *apoderamiento* constituye un negocio jurídico aparte.

El *apoderamiento*, como la autorización es un negocio jurídico unilateral del poderdante. En tal calidad no necesita el asentimiento del apoderado, ni el tercero frente al cual la representación debe tener lugar. La declaración del poderdante puede dirigirse al apoderado o al tercero frente a quien la representación debe tener lugar de acuerdo al artículo 167 del BGB. Nos encontramos ante un *apoderamiento interno*, cuando la declaración del poderdante se dirige al apoderado, y ante un *apoderamiento externo* cuando la declaración del poderdante está dirigida al tercero.

Por otra parte, se sostiene que el apoderado consiste siempre en una declaración dirigida al tercero, y que por lo tanto el poder interno adquiere eficacia, solamente cuando el representante (en calidad de mensajero del representado) lo comunica al tercero. Ahora bien, esta opinión contradice al artículo 167 del BGB, el poder interno es eficaz aún sin comunicación al tercero.

El poder interno y externo tienen la misma eficacia, pero se distinguen en ciertos puntos, especialmente respecto de su alcance, que debe establecerse por interpretación y de su extinción. La declaración de apoderamiento dirigida al representante o al tercero es una declaración recepticia; su eficacia, tal como surge del artículo 130 del BGB, comienza con la llegada, a su destinatario, sin que importe que este se entere de su contenido.

Además que por declaración al representante o al tercero, el apoderamiento puede efectuarse mediante notificación pública. En tal caso la declaración no es recepticia, produciendo sus efectos en el mismo momento en que se perfecciona para todo tercero, sin consideración de si tuvo conocimiento de ella.

De acuerdo al artículo 171 del BGB, los mismos efectos que la declaración de voluntad por la cual se otorga el poder, produce la comunicación dirigida al tercero, o publicada por A, de que A apoderó a V: en virtud de tal comunicación de A, V está autorizado para representar a A, en el primer caso, frente al tercero, y en el segundo, frente a quienquiera.

El poder de representación del apoderado puede basarse en varias causas de nacimiento. Especialmente, es posible que el poder interno concorra con el apoderamiento externo (por declaración o comunicación al tercero, por notificación pública o presentación del título). La pluralidad de los actos de apoderamiento tiene importancia en caso de invalidez de uno mientras el otro es suficiente para fundamentar el poder de representación, o cuando uno de los actos tiene un alcance mayor que el otro.

De acuerdo a la doctrina moderna y a la Ley, el apoderamiento debe distinguirse claramente de la relación contractual que le sirve de base y en virtud de lo cual el apoderado tiene frente al poderdante la facultad y, por lo general, también el deber de actuar en asuntos del poderdante, usando para ese fin el poder de un modo determinado. Es obvio que semejante obligación sólo puede crearse por contrato, en tanto que el poder puede descansar en la voluntad unilateral del poderdante, porque no tiene mayor efecto que conferir el poder de representación sin imponer obligaciones al representante.

El poder es decisivo para las relaciones entre el poderdante y el tercero con el cual el apoderado concluye negocios. El contrato entre poderdante y apoderado es decisivo para las relaciones que existen entre estas personas en virtud de la actuación del representante.

Lo mismo que en materia de atribuciones patrimoniales, la relación jurídica en que se funda el poder se suele denominar *causa* porque de ella se deduce la razón por la cual el poderdante otorgó el poder y al mismo tiempo, el fin que con el poder persigue. En

el apoderamiento descansa el *poder* jurídico del representante, en la causa fundamental, su derecho. El poder puede designarse como *causal* cuando ambas esferas coinciden, esto es, cuando el poder de representación se refiere únicamente a los negocios que el representante tiene el permiso de concluir.

En muchos casos, el poder es independiente de la relación causal, en abstracto, de suerte que ciertos actos del representante son válidos, porque entran en el poder, pero dan lugar a una obligación de reparación frente al representado porque violan los deberes derivados de la relación causal.

No sólo en su alcance sino también en su nacimiento el poder es independiente de la relación causal, adaptándose el nombre de *causal* especialmente bajo este aspecto. Es cierto que el poder se extingue con relación causal (artículo 168 del BGB) pero la ley prescribe esta correlación entre el poder y su causa sólo para la extinción y no para su nacimiento. El otorgamiento del poder se efectúa por acto unilateral y no está en correlación jurídica con la causa cuyo fundamento es un contrato.

Lo expresado resulta de modo más claro en el poder externo donde no es necesario que la declaración unilateral o la comunicación que se dirige al tercero hagan referencia a la relación jurídica existente, o a crear, entre el poderdante y el apoderado. La seguridad de la circulación jurídica exige que el tercero pueda confiar en la declaración que se le dirige a él sin necesidad de examinar la relación entre el poderdante y el apoderado que le es extraña. Cuando el poder interno se otorga por contrato depende de la aceptación, por parte del apoderado, de la oferta de contrato. Por lo tanto, el poder es válido aunque por minoría de edad o por otras causas es nulo el contrato de prestación de servicios o de sociedad para cuya ejecución se haya conferido.

El apoderamiento requiere la capacidad de obrar del poderdante. Las personas de capacidad limitada deben tener el asentimiento de su representante legal, a no ser que el poder se limite a los negocios que en virtud del artículo 107 del BGB, el poderdante podría efectuar personalmente. El poder otorgado por el incapaz es nulo y su representante legal no puede aprobarlo, así también por su naturaleza de negocio unilateral (artículo 111 del BGB), el poder otorgado por una persona de capacidad limitada no puede adquirir validez por medio de aprobación posterior. Pero en ambos casos el representante legal puede validar mediante aprobación el contrato concluido en virtud del poder inválido.

CAPACIDAD DE OBRAR

No es necesario que el apoderado tenga capacidad de obrar. Según el artículo 131 del BGB, para el otorgamiento del poder mediante negocio jurídico unilateral (artículo 167

del BGB) es necesario que el destinatario de la declaración tenga capacidad de obrar. La validez del negocio unilateral respecto a personas de capacidad limitada depende de la circunstancia de si la declaración es beneficiosa exclusivamente para el incapaz (artículo 131, II del BGB). Este caso se presenta cuando se confiere el poder por declaración unilateral dirigida al representante, en caso de declaración a un tercero de capacidad limitada, el poder nace sólo en la medida en que se refiere a negocios que para el tercero son de beneficio exclusivo. Lo mismo que todo negocio jurídico, la declaración de apoderamiento puede adolecer de vicios de la voluntad.

El apoderamiento es nulo cuando no es serio y el que recibe la declaración conoce la reserva oculta del otorgante o está de acuerdo en que el poder se otorga solo aparentemente. El poder externo es nulo en caso de conocimiento o consenso de tercero, aunque el representante lo considere válido.

En el poder interno es decisivo el conocimiento o el consentimiento del representante. Por su calidad de declaración no recepticia, el apoderamiento por notificación pública no puede ser nulo por las causas de nulidad a que se refieren los artículos 116 y 117 del BGB. Si el tercero sabe que la declaración dirigida al representante o la notificación pública no se han querido seriamente, el poder es válido, pero la circunstancia de que en tales condiciones el tercero contrate con el representante puede importar violación del artículo 826 del BGB.

La declaración de apoderamiento puede impugnarse por error o falsa transmisión (artículo 120 del BGB) por intimidación y por dolo. Mientras el representante no haya usado el poder y siempre que este sea revocable, la impugnación es superflua, ya que para impedir los negocios futuros del representante es suficiente la revocación, que no exige ningún requisito especial. La impugnación por vicio de la voluntad en el otorgamiento del poder tiene por objeto el apoderamiento como negocio autónomo y no los negocios jurídicos que el representante cumpliera fundándose en la representación. Sin embargo, en virtud de la eficacia retroactiva de la impugnación, estos negocios pierden su justificación y por lo tanto su eficacia, a favor y en contra del representado.

Para la impugnación por dolo de la declaraciones recepticias es necesario (artículo 123, II del BGB) que la parte contraria haya ejercido el dolo o haya estado al tanto de él, o hubiera debido conocerlo. El apoderamiento externo puede impugnarse solamente cuando el dolo es imputable al tercero; y el apoderamiento interno, cuando el representado participó en el dolo.

Se discute sobre a quién deba dirigirse la impugnación. Hay motivos para aceptar que la impugnación deba sujetarse al mismo régimen de renovación, la cual, a elección del poderdante (artículos 168, 3 del BGB) puede dirigirse al tercero. En caso de impugnación por error, el poderdante debe reparar el perjuicio que sufrió quien confió en el

poder (artículo 122 del BGB). Tiene derecho a la reparación, en el poder externo, el tercero; en el poder interno, el representante (que a su vez responde frente al tercero, artículo 179 del BGB); en el poder comunicado por notificación pública, todo tercero con el cual se hayan celebrado negocios en virtud del poder.

LA FORMA DEL PODER. EL PODER TÁCITO. LA POSESIÓN DEL RECIBO

Lo mismo que la autorización, el apoderamiento no requiere la forma necesaria para el negocio a que se refiere el poder (artículo 167 del BGB). Una declaración expresa de apoderamiento es necesaria sólo en la representación institoria (artículo 48 del Código de Comercio).

En los demás casos, el apoderamiento puede ser tácito, esto es, consistir en una conducta de A de la cual, y según las circunstancias, pueda deducirse que tuvo la voluntad de apoderarse a V. Así, cuando por contrato la prestación de servicios o mandato, V está encargado de cumplir ciertos negocios, de tal circunstancia puede desprenderse que se le otorgó el poder correspondiente.

En los casos más importantes el apoderamiento tácito debe considerarse interno, ya que su factum se realiza entre A y V. Por consiguiente, la existencia del poder y su alcance deben juzgarse según la voluntad de A, tal como esta voluntad ha sido interpretada por V y no por el tercero.

LOS LÍMITES DEL PODER. PODER GENERAL Y ESPECIAL.

INTERPRETACIÓN DEL PODER. LAS INSTRUCCIONES.

Al igual que la autorización, el poder puede estar sujeto a condición o a término. Su alcance puede estar limitado bajo varios aspectos. Bajo aspecto personal, en el sentido de que el representante está autorizado para concluir negocios con cualquier tercero o sólo con ciertos terceros, tal limitación puede resultar de la propia declaración de apoderamiento o de la forma del apoderamiento: cuando el poder se funda en una declaración externa (artículo 167 del BGB), en una comunicación especial (artículo 171 del BGB), o en la presentación del título (artículo 172 del BGB), se refiere únicamente al tercero al cual llegó la declaración o comunicación o se presentó el título, en tanto, que el apoderamiento por declaración interne o declaración pública se refiere a todo tercero.

En lo referente a su alcance objetivo, el poder puede comprender todos los negocios o un solo negocio. La distinción tan común entre poder general y poder especial carece de delimitación precisa, pues un poder puede considerarse general o especial según

que se compre con un poder aún más amplio o aún más reducido. La delimitación objetiva de poder puede consistir también en que el representante esté autorizado para cumplir negocios sólo en cierta forma, presenta por el poderdante, o que los negocios con eficacia personal que concluya deben dar lugar a una responsabilidad limitada para el representado.

En ciertos casos la Ley determina el alcance del poder; los más importantes son el poder institorio (artículo 49 del Código de Comercio), el cual no puede limitarse; el poder comercial y de los viajeros (artículos 54 y 55 del Código de Comercio). A falta de disposiciones legales, el alcance del poder debe deducirse por interpretación de la declaración del apoderamiento, la interpretación deberá hacerse como en los contratos, según la buena fe y los usos (artículo 117 del BGB).

Cuando el poder tiene carácter general, ciertos límites resultan del principio de la buena fe, así, el poder para administrar no comprenderá la facultad de usar el patrimonio para hacer donaciones o concluir negocios tan extraordinarios que seguramente el poderdante no habría pensado en ellos.

Si el sentido del apoderamiento es dudoso, deberá interpretarse restrictivamente, porque no puede suponerse que el poderdante haya querido confiar al apoderado la decisión de sus asuntos de medida mayor de la que quedó expresado. En la interpretación del poder tiene importancia decisiva el punto de vista de la persona a quien la declaración se dirige. El poder interno debe interpretarse teniendo en cuenta todas las circunstancias conocidas por el representante, aunque el tercero no las conozca, pues, quien es tan imprudente que confía en un poder declarado al representante, corre el riesgo de equivocarse respecto de su alcance.

El poder externo debe interpretarse desde el punto de vista del tercero. Únicamente tienen importancia las circunstancias que este conocía. Por consiguiente, el título del poder puede tener significación diferente según que se presente a X o a Y. También en el poder externo debe distinguirse entre limitaciones del poder, que tienen eficacia frente al tercero, si las conoce, e instrucciones (artículos 166, II, y 665 BGB) que el poderdante dé a su apoderado para el uso del poder.

LA EXTINCIÓN DEL PODER

La extinción del poder puede producirse por varias causas:

- Por el cumplimiento del término final o de una condición resolutoria o de todos los negocios para los cuales se otorgó el poder¹³.
- Por terminación de la relación fundamental (artículo 168, I del BGB) a no ser que el poder se otorgará aún para después de ese momento. Si él se basa en un mandato, se extingue con el mandato, por revocación del mandante o denuncia del mandatario (artículo 671 del BGB) de suerte que desde tal momento los efectos de la representación se producen para el heredero del poderdante; el apoderado tiene la obligación de tener en cuenta las modificaciones que se han introducido en la situación por efecto de la muerte o incapacidad de su representado.

Si de acuerdo con al voluntad de las partes, el mandato debe extinguirse por la muerte o incapacidad del mandante, se considera que subsiste, y con el poder, para los negocios que no pueden aplazarse sin peligro (artículo 672, 2 del BGB). El mandato se basa en la confianza personal, de manera que se extingue, salvo disposición contraria con la muerte (artículo 673 del BGB) y con la pérdida de la capacidad de obrar del mandante. En este caso, el mandato y por consiguiente, el poder subsisten hasta que el mandante esté en condiciones de proveer de otra manera, el heredero y el representante legal del mandatario están obligados y autorizados a concluir los negocios que sean necesarios en este lapso.

Aún mientras subsiste la relación causal, el poderdante puede revocar el poder (artículo 168, 2 del BGB). La revocación es un derecho negativo del poderdante que le permite apartar en cualquier momento el peligro de abuso que entraña el poder. Esta posibilidad tiene especial importancia cuando el contrato causal con el representante no puede resolverse tan fácilmente.

Aunque sirva para la protección del patrimonio, el derecho de revocación no lo integra, y por lo tanto, no entra en la herencia del poderdante cuando el poder subsiste aún después de su muerte, tiene derecho de renovación del heredero, pero no el administrador de la herencia o el ejecutor testamentario. Si son varios los herederos, la revocación no es un derecho que deba ejercerse en común, según lo dispuesto por el artículo 2040, I del BGB, sino que cada heredero puede revocar el poder otorgado por el causante en la medida en que se refiere a su porción hereditaria. El derecho de revocación tampoco integra los bienes aportados o el patrimonio de comunión unitaria de

(13) Aunque no se haya fijado un término final, de la buena fe puede deducirse que el poder se extingue después de pasado cierto tiempo. Cám. Ap. 24,268.

los cónyuges; de manera que, verbigracia, la mujer puede revocar sin el asentimiento del marido el poder que otorgara antes o después del matrimonio.

Lo mismo que el otorgamiento, la revocación del poder se efectúa mediante declaración unilateral al representante o al tercero frente al cual la representación debía ejercerse (artículo 168, 3 BGB). Es indiferente que el poder se haya otorgado por declaración al representante o al tercero. El poder interno puede revocarse aún mediante declaración, dirigida al tercero, sólo que tal revocación tiene eficacia únicamente para este tercero, en tanto que el poder subsiste para las demás personas.

También es posible que el poder externo se revoque mediante declaración dirigida al representante. La revocación produce sus efectos al llegar al destinatario (artículo 30 del BGB) sin que importe su toma de conocimiento. El poder puede revocarse por declaración pública si fue otorgado en esta forma; de lo contrario, la revocación pública tiene eficacia sólo si llega al representante o al tercero. Como no se necesita forma especial, la revocación puede también declararse tácitamente, verbigracia, por la circunstancia de que el poderdante exige al apoderado la devolución del título.

El abandono del poder por declaración unilateral del representante (renuncia) no está previsto por la Ley, la doctrina más difundida la considera carente de eficacia, únicamente mediante la denuncia del mandato o del contrato de prestación de servicios el representante podía poner término a su poder (artículo 168, 1 del BGB).

En el apoderamiento externo la ley protege al tercero contra el peligro de extinción del poder, que al concluir el negocio no conocía ni debía conocer (artículo 173 del BGB): Cuando el poder ha sido conferido mediante declaración o comunicación al tercero, frente a él continúa subsistiendo mientras no sea revocado por declaración dirigida a él o el poderdante no le comunique la extinción que se haya producido por una causa diferente. El poder otorgado públicamente subsiste frente al tercero de buena fe, hasta que no se revoque la publicación en la misma forma en que se realizó. El poder otorgado mediante exhibición del título lo continúa existiendo mientras el título no se haya devuelto al poderdante o no haya sido declarado carente de eficacia.

Una vez extinguido el poder, el representante debe devolver el título al poderdante (artículo 175 de BGB). No existe un derecho de retención pues, mientras el representante está en posesión del título, el poderdante corre el riesgo de que se lo use abusivamente. Según el artículo 172 de BGB, es una obligación establecida legal, independiente de la propiedad del título y de la relación personal entre el poderdante y el apoderado.

No siempre el poderdante tiene libertad para revocar el poder. Según los artículos 715 y 712 del BGB, al socio administrador se le puede quitar el poder de representación

únicamente por deliberación unánime de los demás socios y siempre que exista motivo grave. La irrevocabilidad puede admitirse únicamente cuando está justificada por algún fin especial del poder.

Así, por ejemplo cuando el poder se otorga en interés del representante o en interés común suyo y del representado o en interés de un tercero, en casos de esta especie de irrevocabilidad, es posible, pero siempre descansa en la voluntad del poderdante, el poder puede otorgarse de modo revocable aún cuando se funde en una relación jurídica que justificaría un poder irrevocable.

Lo mismo que para el otorgamiento de poder, para darle el carácter de irrevocable es suficiente la voluntad del poderdante, de ahí que pueda hallarse de renuncia a la revocación. Esta renuncia puede efectuarse al conferir el poder, o posteriormente y mediante declaración al representante o al tercero. Irrevocabilidad del poder no significa ilicitud, sino ineficacia de la revocación; no es necesario que la revocación se tome en cuenta; los negocios concluidos por V, a pesar de la revocación, son válidos.

El artículo 176, III del BGB establece que carece de eficacia la declaración de revocación, de un poder irrevocable. Por analogía con los artículos 626 y 723 de la citada norma legal, el poder irrevocable adquiere la calidad de revocable cuando se produce una causa grave y, a la par de todo poder, se extingue al cesar la relación en que se funda.

LA SUSTITUCIÓN

Salvo disposición contraria, y lo mismo que el mandato, el poder debe ser ejercido personalmente. Pero es posible que el poder contenga la facultad de sustitución. La sustitución es un apoderamiento que el representante otorga en nombre del representado y para él. Su facultad de otorgarlo depende del alcance de su poder, como resulta de las disposiciones expresas del poderdante o, tácitamente del fin que este se proponía.

Salvo disposición contraria, cuando el poder se funda en un mandato o en un contrato de gestión de negocios, la sustitución es admisible sólo en caso de necesidad; cabe la solución opuesta si el poder se confiere en exclusivo interés del representante. El poder institorio no es transferible de acuerdo a lo establecido en el artículo 52, II del Código de Comercio; la representación comercial lo es solo con el consentimiento del dueño del negocio, tal como se desprende del artículo 58 del Código de Comercio.

Por regla general, el poder otorgado al sustituto no puede ser más amplio que el primer representante.

De diferentes modos pueden apoderarse varias personas para la conclusión del mismo negocio, de suerte que cada una obre independientemente (poder individual o solidario) o que todas deban participar en la conclusión del negocio (poder conjunto o colectivo). Salvo disposición contraria de las partes, en la sociedad civil el poder se supone colectivo, tal como resulta plasmado en los artículos 709, 710 y 714 del BGB; en la sociedad en nombre colectivo, individual, (conforme resulta del Código de Comercio). Los apoderados procesales tanto pueden actuar en forma individual como en conjunto, de acuerdo a lo establecido en el artículo 84 del Código Procesal.

En los demás casos, todo depende de la voluntad del poderdante y de su interpretación. Si a cada uno de los representantes se entrega un título del cual resulta solamente su nombre, el poder es individual; en el caso contrario, cuando un solo título se refiere a los poderes de todos los representantes, puede aceptarse que el poder es colectivo.

Todos los poderes individuales pueden ser otorgados bajo la condición resolutoria de que el negocio ya haya sido concluido por uno de los representantes; en caso de poder externo, tal limitación y la posible extinción de los poderes tiene eficacia frente al tercero sólo si la conocía o debía conocerla.

No es necesario que los apoderados colectivos actúen conjunta o contemporáneamente, sólo que la eficacia del negocio queda en suspenso hasta que se produzca la declaración de todos. En principio, la declaración tardía de uno de los apoderados colectivos debe dirigirse a la persona con la cual fue concluido el contrato o a la cual se dirigía el negocio unilateral.

En materia de Sociedad Comercial y anónima se admiten esas autorizaciones para concluir ciertos negocios o cierta especie de negocios, conforme resulta de los artículos 125, II y 32, II del BGB. El mismo principio se aplica por analogía a la cooperativa inscrita, a la sociedad de responsabilidad limitada y a la asociación carente de capacidad jurídica y se va aceptando también en todos los demás casos.

El poder confiere la facultad de concluir negocios en nombre del representado, pero no tiene carácter exclusivo, es decir, no impide al representado concluir él mismo los negocios para los cuales lo otorgó o que confiera a otras personas igual poder. Esto tiene importancia especialmente para los actos de disposición, ya que es obvio que el poder no priva al poderdante de la facultad de asumir obligaciones por acto propio. Aún las facultades del representante irrevocable pueden quedar frustradas por los actos del representado.

Cuando el poder sirve a los intereses del poderdante, no es un derecho patrimonial y no integra su masa concursal, ni la herencia, si subsiste después de la muerte. En cambio, no se puede negar que tiene carácter patrimonial el poder otorgado en beneficio

del apoderado. Es cierto que aún cuando sean irrevocables, estos poderes constituyen elementos patrimoniales precarios, porque el poderdante puede frustrarlos mediante su propia actuación.

En su calidad de derecho patrimonial, el poder está sujeto a embargo, pero como el poder no es transferible, debe limitarse a la medida en que puede dejarse a otro su ejercicio. También entra en la masa concursal del representante y lo ejerce el síndico, siempre que no se lo impida el poderdante mediante su actuación directa.

EL PODER LEGAL DE REPRESENTACIÓN

El poder legal de representación puede nacer por un negocio jurídico ajeno, así el causante puede crear un poder de representación para el heredero (con relación a la herencia), mediante disposición de última voluntad con la cual nombra un executor testamentario; para el acreedor hipotecario, el poder de representación puede ser creado por el propietario de un inmueble, tal como surge del artículo 1189 del BGB; para todos los acreedores de un mismo préstamo, por resolución de la asamblea de los acreedores, dispuesta por el artículo 1º de la Ley sobre Obligaciones.

El poder puede fundarse en los estatutos de una persona jurídica (asociación o fundación). Por regla general, el nombramiento del representante se efectúa mediante un negocio jurídico del órgano, que establecen los estatutos. En ciertos casos el nombramiento compete a la autoridad, según resulta del artículo 29 del BGB.

Con frecuencia, el poder de representación se confiere por disposición de la autoridad. Tiene este carácter el poder del tutor, según lo establece el artículo 1774 del BGB; el del curador, según el artículo 1909 y sigs. del BGB; el del auxiliar según el artículo 1693 del BGB; el del administrador de la herencia, según el artículo 1975 y sigs. del BGB.

El poder de representación puede descansar directamente en la ley, tiene este carácter el poder de representación del padre, según el artículo 1630 del BGB y el de la madre, conforme resulta del artículo 1686 del BGB, el poder de administración doméstica de la mujer casada, según el artículo 1357 del BGB.

Todos los casos que se han mencionado pueden definirse como poder de representación legal, entendiendo aludir con este término no sólo al poder que confiere directamente la ley, sino a todo poder de representación que no se funda en la voluntad del representado.

También nos encontramos ante una representación legal, cuando el poder de representación nace como efecto accesorio de un negocio jurídico, por eso, debe conside-

rarse como lege el poder de representación de la mujer casada fundado en el artículo 1450 del BGB, aunque descansa en el contrato de matrimonio.

Ahora bien, no nos encontramos ante una representación legal cuando el representado tiene la obligación de conferir poderes.

Existen ciertos casos, en que la ley indica con el término de *función* la posición del representante legal, por la razón de que tiene un fin independiente de la voluntad del representado. Esto ocurre a propósito del tutor, artículo 1885 del BGB; del ejecutor testamentario, artículo 2002 del BGB; y del síndico, artículo 81 de la Ley de quiebras.

En tal caso el término de función se utiliza en sentido no técnico, no se trata de una función estatal, sino de una relación jurídica del derecho privado, de una función privada; la actividad de estas personas consiste en concluir negocios jurídicos y no en cumplir actos oficiales.

Diversos pueden ser los fines de la representación legal. La tutela y la curatela exclusivamente al interés del pupilo, así también, el poder de representación del directorio de la persona jurídica; lo dicho también se aplica a la patria potestad, aunque en este caso concorra también el interés del padre por el goce de los bienes del hijo que le corresponde.

El factum de la representación legal puede ser variado, apenas es posible establecer alguna regla general al respecto de su nacimiento. El nombramiento del representante efectuado por la autoridad no es un negocio jurídico, sino un acto de autoridad al cual no se aplican las disposiciones sobre negocios jurídicos. El nombramiento del tutor requiere su cooperación, que se manifiesta en la promesa de ejercer fiel y concienzudamente la tutela, de acuerdo a lo que se establece en el artículo 1789 del BGB. Esta promesa debe considerarse como elemento del factum del acto público, de manera que no se le pueden aplicar las disposiciones del Código Civil.

La función del síndico comienza con la asunción del cargo, basada en el nombramiento; la del ejecutor testamentario, mediante aceptación de acuerdo a lo establecido en el artículo 2202 del BGB. Todos los alemanes tienen el deber de asumir la tutela o curatela para la cual sean nombrados y sólo por determinados motivos pueden rehusarse, tal como surge de los artículos 1785 y 1786 del BGB. Este deber no existe respecto de las funciones del síndico de la quiebra y administrador de la herencia, según lo establece el artículo 1981, III del BGB.

Tan variadas como las causas del nacimiento son las de extinción de la representación legal, debiéndose distinguir entre el caso en que termina la presentación legal y aquel en que pierde su oficio el tutor y se sustituye con otro. La representación legal se extin-

que siempre por la muerte del representante; en ciertos casos, *ipso jure*, por la pérdida de los requisitos o por la terminación de la misión del representante; en otros por orden de la autoridad que nombró al representante.

Mientras el poder no requiere la capacidad de obrar del representante, quedando librado al criterio del poderdante elegir una persona capaz o, al menos, de capacidad limitada, en la representación independiente de la voluntad del representado la ley cuida de que esta no sea conferida a personas que no tienen las cualidades necesarias para su ejercicio. Las disposiciones varían según los diversos casos de representación legal.

La patria potestad está en reposo cuando su titular es incapaz o tiene capacidad limitada, o le ha sido asignado el curador a que se refiere el artículo 1910, I del BGB. No tiene capacidad para la tutela y curatela quien es incapaz de obrar o ha sido incapacitado por debilidad mental, prodigalidad o alcoholismo, de acuerdo al artículo 1780 del BGB; el nombramiento de tales personas es nulo y sus actos carecen de eficacia.

Es evidente que nadie puede ser su propio representante legal cuando la representación está destinada a suplir la falta de capacidad de obrar. Pero también en los casos en que la representación tiene el fin de privar al sujeto del patrimonio de la administración de un patrimonio especial, el poder de representación no puede corresponder al mismo sujeto del patrimonio, ya que, de lo contrario, no se alcanzaría ese fin.

Lo mismo que el poder, la representación legal tiene por fundamento una relación jurídica, de la cual nacen derechos y deberes para el representante, y especialmente el deber de ejercer el poder de representación de modo conveniente y de reparar el daño en caso de mala administración. La relación fundamental de la representación legal, que puede llamarse relación causal como la del poder, no descansa en un contrato, sino en un *factum* diferente, cuyos efectos, sin embargo, pueden juzgarse por analogía con el contrato y, en particular, con el mandato.

Cuando la representación legal sirve exclusivamente al interés del representado el representante está en relación jurídica sólo con él, y sólo frente a él responde por el ejercicio de la representación; esto se aplica al titular de la patria potestad, al tutor y al curador, a la mujer, en la administración doméstica, y, en principio, al directorio de la persona jurídica.

La extensión de la representación legal puede variar tanto como la del poder. Tienen un poder general de representación para toda la estela jurídica del representado el titular de la patria potestad, el tutor, el curador del artículo 1910, I del BGB, y el directorio de la persona jurídica. El poder de representación del titular de la patria potestad, del curador y del tutor tiene su límite en la aprobación del tribunal de tutelas que es necesaria en ciertos casos.

El poder de representación incluye la facultad de hacerse sustituir en la medida en que no sea necesaria la actividad personal del representante, la cual, en principio, le incumbe. Por esta regla general, la facultad de sustitución del representante legal es más amplia que la del apoderado; en efecto, cuando el apoderado no está en condición de ejercer la representación, el poderdante puede actuar él mismo o apoderar a otra persona; en cambio, esta posibilidad no existe en la representación legal, siendo, pues, necesario que sea más amplia la facultad de sustitución del representante.

La representación legal puede corresponder a varias personas. Este caso se presenta, sobre todo, para el directorio de las personas jurídicas, para la tutela y para la ejecución testamentaria. Cuando a cada representante está asignada una esfera de negocios, todos son independientes en su actuación. En caso contrario, la ley ha establecido que en las resoluciones del directorio de las personas jurídicas rija el principio mayoritario, en tanto que los tutores y ejecutores testamentarios deban cumplir su función conjuntamente de acuerdo a lo establecido en los artículos 1797 y 224 del BGB.

A diferencia del poder, por regla general, la representación legal es exclusiva. Esto es, los negocios que el representante legal tiene la facultad de realizar no pueden ser cumplidos por el mismo representado. La exclusividad de la representación legal depende de la falta de capacidad del representado o de la circunstancia de que se le privó de la administración de un patrimonio especial o de una disposición negocial del representado, permitida por la ley.

VIII. LOS ACTOS DEL REPRESENTANTE Y SUS EFECTOS

El negocio del representante produce efectos distintos según este disponga o carezca del poder de representación. La declaración de voluntad, emitida o recibida por el representante dentro de su poder de representación, produce efecto a favor y en contra del representado, de acuerdo a lo establecido en el artículo 164, I del BGB.

- Cuando se trata de crear un derecho para el representado, es necesario que este tenga la capacidad jurídica y, en los casos de los artículos 86 y 87 del BGB, la aprobación del estado. El representante no puede fundamentar derechos para una persona inexistente y, por lo tanto, carente de la capacidad jurídica, pero sí expectativas, esto es, situaciones jurídicas en virtud de las cuales, al nacer la persona, nace también el derecho que se preparó para ella con el negocio jurídico.
- Los actos de disposición del representante tienen eficacia sólo en la medida en que existe el poder de disposición del representado, ya que se refieren a su derecho. Carecen de eficacia si el derecho que forma su objeto ya no corresponde al representado o si en el momento del acto dispositivo el representado se

halla limitado en su poder de disposición. Por lo tanto, cuando se casa la mujer que confirió un poder para efectuar cierta enajenación, el representante puede celebrar el pertinente contrato de venta en su nombre, de acuerdo a lo establecido en el artículo 1399 del BGB, pero no puede enajenar la cosa, tal como surge del artículo 1395 del BGB. En la quiebra del fallido, los actos de su apoderado frente a los acreedores concursales carecen de eficacia, lo mismo que los propios actos del fallido. Idéntica es la condición de los actos del representante del heredero, en caso de administración de la herencia o ejecución testamentaria. Una situación excepcional es la de los representantes legales que administran un patrimonio especial del cual su titular no puede disponer, es decir, del síndico, del administrador de la herencia y del ejecutor testamentario; dichos representantes tienen un poder de disposición que toma el lugar del sujeto del patrimonio y que deben ejercer en nombre de este.

- En los negocios de enajenación del representante el adquirente es sucesor jurídico del representado, si el representado carece del derecho, el adquirente está protegido por su buena fe, de acuerdo a los artículos 892 y 932 del BGB, siempre que creyese que el derecho perteneciera al representado.
- Las obligaciones que nacen de los negocios del representante están a cargo del representado; lo cual se aplica también a los representantes que actúan "en virtud de su función", y es el mejor argumento para su calidad de representantes: según el artículo 59 de la Ley de Quiebras, los actos del síndico fundamentan obligaciones de la masa, es decir, del quebrado, de los negocios del ejecutor testamentario y del administrador de la herencia nacen obligaciones de la herencia, esto es, del heredero. En principio, el representado responde con todo su patrimonio por las obligaciones creadas por su representante, salvo que con el contrato el representante haya limitado tal responsabilidad, o que su poder de representación únicamente le permite crear obligaciones con responsabilidad limitada. Tal limitación existe en el poder de representación del síndico de la quiebra del ejecutor testamentario y del administrador de la herencia.
- Las atribuciones patrimoniales que efectúa V a X, en nombre de A, tienen su causa en la relación existente entre A y X. El acuerdo sobre la causa puede ser cumplido por V, pero es también posible que este acuerdo se perfeccione entre A y X, teniendo V sólo la misión de intervenir en la atribución patrimonial.
- El acto del representante produce sus efectos directamente para el representado, sin pasar por la persona del representante. En la adquisición realizada por medio de representante, el representado es sucesor jurídico del tercero enajenante; de suerte que no es posible que el representante ceda los derechos que

adquirió para el representado; la declaración pertinente del representante puede tener únicamente significado declaratorio.

- La eficacia del negocio a favor y en contra del representado no depende de su voluntad; mientras exista el poder de representación, también existe a su cargo una vinculación que le expone a los actos del representante y a sus efectos. Por eso, no es necesario que el representado tenga capacidad de obrar cuando tales efectos se producen. Si el negocio se concluye bajo la condición de que el representado otorgue su consentimiento, sus efectos dependen de la voluntad de este. Cuando el representante contrata bajo reserva del consentimiento del representado, puede ser dudoso si el contrato es condicional o si existe sólo una oferta del tercero, recibida por el representante y que el representado debe aceptar o rechazar.
- Todos los efectos del acto del representante se producen respecto del representado, tanto los que según el tenor de las declaraciones negociales las partes quisieron, como los efectos accesorios que dispone la ley. Cuando en nombre de A, V vende una cosa, para A no nace solamente la obligación del artículo 433 del BGB sino también la responsabilidad por los vicios de acuerdo a lo establecido en el artículo 459 y sigs. del BGB, e inclusive la responsabilidad por vicio de la cosa, de acuerdo al artículo 463 del BGB. En caso de impugnabilidad por vicio de la voluntad del representante, el derecho pertinente corresponde a A, así como se dirige contra él la impugnación de las declaraciones efectuadas al representante. También respecto del representado se producen los efectos que en caso de nulidad toman el lugar de los efectos queridos por las partes. Así, de la atribución patrimonial sin causa efectuada por V, o a V, nace a favor y en contra de A, el derecho de repetición y especialmente la *condictio indebiti*.
- Salvo disposición contraria, cuando V actúa para varias personas, los representados adquieren por partes iguales los derechos -conforme resulta del artículo 420 del BGB- y son deudores solidarios, de acuerdo a lo establecido en el artículo 427 del BGB.
- De la naturaleza civil o comercial del negocio jurídico del representante, de acuerdo al artículo 343 del Código de Comercio, decide la calidad de comerciante del representado.

Las declaraciones de voluntad del representante en nombre del representado no afectan en absoluto su esfera jurídica. No adquiere derechos, sin embargo, si su poder de representación se lo permite, puede ejercer los derechos adquiridos para el representado. El representante no asume obligaciones por efecto de los negocios jurídicos que concluye en nombre del representado, a no ser que prometiese al acreedor que res-

ponderaría por el cumplimiento de las obligaciones del representado. La excepción esta dada por el artículo 54, 2 del BGB, responde personalmente quien contrata en nombre de una asociación carente de personalidad jurídica.

Los efectos de las enajenaciones efectuadas por el representante no le afectan; por ejemplo, si en nombre de A, V enajena una cosa que se supone pertenecer a A, en tanto que en realidad pertenece a V, la transferencia de la propiedad se produce únicamente si el adquirente se halla protegido por su buena fe. Lo expresado también se aplica en el supuesto que el representante adquiere posteriormente la calidad de sucesor jurídico del representado. Verbigracia, si V da en locación la cosa a A y luego adquiere la propiedad de ella, no queda vinculado por el contrato de locación, sino en la medida en que esto sucede para cualquier adquirente de cosa locada, tal como surge de los artículos 571 y sigs. y 986 del BGB.

LA REPRESENTACIÓN SIN PODER DE REPRESENTACIÓN

Cuando el representante actúa sin poder de representación, las declaraciones de voluntad que emite o recibe en nombre del representado no tienen eficacia directa sobre este, tanto si no tenía representación en absoluto, como si se extralimitó del poder, o si, al concluirse el negocio, el poder de representación se había ya extinguido. En las declaraciones unilaterales, el momento de la conclusión es el de la llegada de la declaración al destinatario. En principio, no halla protección la buena fe del tercero respecto de la existencia y alcance del poder de representación. Ella protege al tercero únicamente en la medida en que el poder externo debe interpretarse desde su punto de vista y dura hasta que le fue comunicada su extinción o tomó conocimiento de él.

1. En lugar de los efectos que se proponían las partes, los contratos del representante carente de poder de representación producen un estado de pendencia: la eficacia del contrato a favor y en contra del representado depende de su aprobación, según el artículo 177, I del BGB. Mientras falte aprobación, no nacen los derechos y deberes propios del contrato, pero lo mismo que en la condición y en calidad del efecto previo, este da lugar a la obligación de la contraparte de no frustrar las obligaciones que podrían nacer para ella en virtud de la aprobación. Tal estado de pendencia se produce también en los contratos con eficacia real; en la adquisición efectuada por el representante sin poder, la parte contraria conserva su propiedad; en la enajenación, la conserva el representante. Si el deudor para al representante carente de poder, la realización de la causa solvendi depende de la aprobación del representado; sólo cuando el representado la niega, la prestación resulta sin causa y nace el crédito de repetición del deudor contra el representante.

A los negocios convalidados por aprobación se aplica por analogía el artículo 166 del BGB: los vicios de la voluntad y el conocimiento de las circunstancias que influyen en el negocio deben apreciarse según la persona del representante; el conocimiento personal del representado tiene importancia solamente cuando aprueba un contrato que conoce exactamente, y no en cambio, cuando la aprobación se refiere a uno o varios contratos cuyo contenido concreto desconoce.

Cuando sin poder de representación, V contrata para una persona inexistente, (verbi-gracia una sociedad anónima no inscrita) esta puede aprobar el contrato una vez que haya nacido –inscrita la sociedad–.

De acuerdo al artículo 182 del BGB, la aprobación puede ser tanto interna -dirigida al representante-, como externa -dirigida al tercero-. Es un negocio no formal, de manera que también puede otorgarse tácitamente, mediante una conducta que el representante o la parte contraria puedan considerar razonablemente como asentimiento al contrato. La aprobación es negociable; tiene eficacia retroactiva al momento en que se realizó el negocio, según lo establece el artículo 184 del BGB, de manera que, por ejemplo, las disposiciones que efectúa la parte contraria después de enajenar la cosa a un representante carente de poder de A, pierden su validez a consecuencia de la aprobación de A, siempre que no deba aplicarse el régimen de la adquisición de buena fe. La parte contraria queda vinculada hasta tanto el representado se pronuncia sobre la aprobación.

El propio representante puede revocar o modificar el contrato mediante acuerdo con la parte contraria sólo si se reservó tal facultad en el contrato, o si el contrato, que exige aprobación por haberse extralimitado el representante de su poder, es anulado por la circunstancia de que en su lugar la parte contraria concluye con el representado un nuevo contrato incluido en el poder de representación.

Para hacer que cese su vinculación: Lo mismo que en materia de contratos del menor carente de la autorización de su representante legal, la parte contraria dispone de dos remedios:

a) Puede requerir al representado que declare si entiende aprobar el negocio del representante. El requerimiento tiene por efecto que la aprobación o su negación puede dirigirse únicamente a la parte contraria; la aprobación interna otorgada antes del requerimiento pierde su eficacia. La aprobación se considera como negada si no se efectúa dentro de dos semanas desde la recepción del requerimiento, según lo establece el artículo 177, II del BGB.

b) Mientras no se haya producido la aprobación, la parte contraria puede resolver el contrato mediante revocación, a no ser que conociese la falta de poder

representación en el momento en que concluyera el contrato, como lo establece el artículo 178 del BGB. La revocación puede dirigirse al representante como al representado, y según la opinión más aceptada procede aun después de que la parte contraria haya efectuado el requerimiento.

La aprobación es el ejercicio de un derecho de configuración constitutivo, que nace a favor del representado de la circunstancia de que alguien concluye un contrato en su nombre. El representado está libre de otorgar o negar su aprobación aun cuando la actuación del representante correspondió a los intereses y a la presumible voluntad del representado. Sólo cuando, frente al representante, el representado tenía la obligación de conferirle el poder, el representante que actuó sin el poder de representación puede exigir la aprobación y forzarla, de acuerdo al artículo 894 del Código Procesal. El representante puede ceder esta pretensión a la parte contraria, que puede aprovecharla también en forma de excepción.

2. En los negocios unilaterales no es admisible representación sin poder de representación, conforme el artículo 180 del BGB, porque a la parte contraria no se le puede imponer un estado de pendencia. En principio, el negocio unilateral efectuado en estas circunstancias es nulo. En materia de declaraciones no recepticias, no existen excepciones; valga como ejemplo la repudiación de la herencia.

En cambio, según al artículo 180, 2, como también en los contratos, en las declaraciones recepticias se produce un estado de pendencia dependiente de la aprobación del representado, si, al efectuarse el negocio, la parte contraria no objetó el poder de representación invocado por el presunto representante o si este actúa sin invocar un poder de representación y la parte contraria le da su conformidad.

Asimismo, producen un estado de pendencia las declaraciones dirigidas al representante carente de poder de representación, si este está de acuerdo en recibirlas, según lo establece el artículo 180, 3 del BGB: el representado puede aprobar la declaración, de tal suerte dándole eficacia *ex tunc*, o negar su aprobación; cuando el autor de la declaración quiere impedir tal estado de pendencia, debe averiguar si el representante ante el cual la efectúa tiene efectivamente el poder de representación. Según el artículo 177, II del BGB, la parte contraria puede requerir la aprobación del representado, o si no estaba enterada de la inexistencia del poder de representación, puede rechazar la declaración del representante o revocar la propia que le dirigiera.

Además que por aprobación, los actos dispositivos del representante carente de poder pueden adquirir eficacia por la circunstancia de que el representante adquiriera el objeto de su disposición o que el representado le suceda por causa de muerte y con responsabilidad ilimitada; en efecto, el artículo 185, II, del BGB, se refiere en primer tér-

mino a las disposiciones en nombre propio sobre la cosa ajena, pero también puede aplicarse a las disposiciones del representante.

Por analogía con el artículo 185, II, ut supra citado, puede aceptarse también que las obligaciones asumidas por V en nombre de A, o este a aquel sin limitación de responsabilidad. A falta de convalidación, y en caso de buena fe, V solo debería reparar el interés negativo (art. 179, II del BGB) y por ejemplo, si alquiló una cosa de A a X y luego sucedió a A, podría quitársela a X, lo cual indudablemente no está de acuerdo con la ratio del art. 185 del BGB. Por el contrario, el conferimiento del poder no entraña convalidación de los negocios que V efectuara antes, ignorándolos. Tampoco queda validado el contrato por la circunstancia de que posteriormente el representante adquiere la representación legal o de que cesa una restricción de su poder.

LA RESPONSABILIDAD DEL REPRESENTANTE

Cuando el contrato concluido sin poder de representación no es aprobado por el representado, el representante responde frente a la parte contraria, conforme resulta del artículo 179 del BGB. La carga de la prueba está dispuesta de suerte que para librarse de la responsabilidad el representante debe probar que tenía poder de representación, en tanto que la parte contraria debe dar la prueba de que el representado negó la aprobación, por aplicación del artículo 177, II del BGB. La responsabilidad del representante tiene su fundamento en el hecho de que obrando en nombre ajeno afirmó la existencia de un poder de representación y debe responder de la verdad de tal afirmación. Por eso, la responsabilidad no existe cuando el representante se limitó a firmar las circunstancias en que debía descansar su poder, sin juzgar si este había nacido.

La responsabilidad del representante varía según que ignore o no que le falta el poder de representación. En el primer caso, está obligado de acuerdo al artículo 179, I del BGB, a elección del acreedor, o a cumplir el contrato o a reparar el daño. Como cumplimiento, el acreedor puede exigir la prestación que debería efectuar el representado si el representante hubiese estado dotado del poder de representación o el contrato hubiese sido aprobado. En lugar del cumplimiento, la parte contraria puede exigir la reparación del daño que sufrió, en consecuencia de que no se perfeccionara el contrato con el representado.

En este caso, reparación no puede significar restablecimiento de la situación que existiría si el contrato fuese válido, ya que entonces, bajo el nombre de reparación, la parte contraria debería exigir al representante la misma cosa que le correspondería si exigiese el cumplimiento, esto es, la prestación del representado que se estableció en el contrato, en tanto que el artículo 179 del BGB le permite elegir entre ambos remedios y la parte contraria puede tener interés en no obtener del representante una prestación per-

sonal que quería le efectuase el representado, por eso, la parte contraria, que pide la reparación, no debe efectuar a su vez la prestación que prometió al representado.

La reparación a que se refiere el artículo 179 del BGB es una reparación en dinero. Su importe debe medirse con arreglo al interés positivo; el acreedor puede exigir que se le pague todo beneficio que hubiera tenido en caso de validez del contrato, con deducción de su propia prestación, que también debe medirse en dinero. El hecho de que la reparación del daño, establecida en el artículo 179 antes mencionado, se mide según la teoría de la diferencia, que en cambio debe rechazarse a propósito de los artículos 325 y 326 del BGB, tiene su explicación en la situación jurídica, distinta en ambos casos: en estos artículos la reparación del daño descansa en el incumplimiento de un contrato válido; en el artículo 179 del BGB, en que no tuvo lugar un contrato que debía concluirse con el representado, debiendo el representante responder de su existencia.

El derecho de la parte contraria de exigir el cumplimiento o la reparación es un crédito alternativo, con derecho a elección del acreedor; está sujeto a las disposiciones de los artículos 262 y sigs. del BGB; la elección se realiza mediante declaración irrevocable, dirigida al representante, de acuerdo al artículo 263 del BGB; si la parte contraria se halla en mora respecto de su declaración, el representante puede imponerle un plazo, al cumplirse el cual el derecho de elección se transfiere al representante, conforme el artículo 264, II del BGB. Si la parte contraria elige el cumplimiento, nace para ella el deber de efectuar al representante las prestaciones que se establecieron en el contrato: el representante puede hacer valer su derecho a la contraprestación por medio de excepción, según el artículo 320 del BGB, y también la demanda contra la parte contraria.

Si el representante ignoraba que carecía del poder de representación, debe solamente reparar el interés negativo, conforme surge del artículo 179, II del BGB. Igual que en otros casos el interés negativo, el deber de reparación halla su límite en el interés positivo, ya que la parte contraria no puede exigir que su condición sea más favorable que si hubiese sido válido el contrato con el representado.

Mediante acuerdo con la parte contraria, puede excluirse la responsabilidad del representante, que tampoco existe cuando ella sabía o debía saber que no existía el poder de representación, conforme el artículo 179, III, 1.

También queda excluida la responsabilidad del representante, si tenía capacidad de obrar limitada y actuó sin el asentimiento de su representante legal. Sin embargo, para la responsabilidad de los menores y personas equiparadas, es suficiente que su representante legal les permitiera actuar en nombre ajeno; no es necesario que supiese que el menor carecía de padre, por consiguiente, el menor responde, inclusive cuando su

representante legal le permitió que actuase en nombre ajeno sólo en el caso de estar dotado del poder necesario y le exhortó a que no se extralimitase de él.

La responsabilidad del representante, que reglamenta el artículo 179 del BGB, no rige solamente para el contrato con eficacia personal, sino también en materia de contratos con eficacia real y especialmente cuando sin poder de representación alguien dispone de la cosa ajena. Es cierto que el representante, en casos semejantes, además del contrato con eficacia real concluirá el contrato con eficacia personal, quedando obligado en virtud de esto a cumplirlo o a reparar el daño; pero es posible que la representación comprenda solamente el negocio de disposición.

El artículo 180 del BGB, establece que a los negocios cumplidos por el representante sin poder, o que se cumplen frente a él, deben aplicarse por analogía las disposiciones del artículo 179 del BGB.

También puede aplicarse por analogía del artículo 179 del BGB cuando V actúa a favor de persona que nombrará y luego no nombra, o que la parte contraria rechaza por inadecuada. Asimismo, se aplica el citado artículo, cuando V actúa para una persona inexistente, y esta no nace o, después de su nacimiento, no aprueba el negocio V. El que actúa a favor de una sociedad anónima o de responsabilidad limitada no inscrita responde personalmente, tal como surge del artículo 200 del Código de Comercio y del artículo 11 de la ley sobre sociedades de responsabilidad limitada respectivamente, y a diferencia con el artículo 179 del BGB, aun cuando la parte contraria supiese que la inscripción no se había realizado. Dicha responsabilidad se extingue si después de la inscripción la sociedad aprueba el contrato.

IX. CONCLUSIÓN

Por regla general, la declaración de voluntad produce su efecto entre las personas directamente vinculadas a su declaración y recepción, de acuerdo al principio de que cada uno es responsable de sus actos.

Ahora bien, la falta de capacidad personal de hecho exige que sea subsanada por medio de una protección legalmente reglamentada. La imposibilidad o dificultad de hecho para poder efectuar personalmente todos los negocios dentro de la esfera jurídica propia, reclaman una figura jurídica que permita a otras personas asumir actividades ajenas.

En el derecho romano el mandato era un contrato en virtud del cual una persona se comprometía a realizar gratuitamente una cosa a favor de otra. El carácter esencial del contrato era la gratuidad. En el derecho romano primitivo no se conocía la idea de la

representación. La persona que actuaba para otra adquiría para sí los derechos y luego los transfería al mandante.

La representación, es decir, la realización de actos jurídicos por otro, era desconocido en el antiguo derecho alemán. Era cuestión de honor asumir personalmente las responsabilidades en cualquier situación de la vida y era también obligación de todo hombre resolver personalmente todos sus negocios jurídicos sin valerse de la ayuda de terceros.

Del análisis de cada legislación, se advierte que las diferencias entre ambos cuerpos legales no resultan sustanciales.

La jurisprudencia con relación a los artículos 1964 a 1967 del Código Civil, y a los posibles supuestos a que aluden los mencionados artículos ha establecido que debe imperar la regla de la buena fe-diligencia. En la duda de si el tercero obró de buena o mala fe, conociendo o no la cesación del mandato debe suponerse que es de buena fe, por cuanto la mala fe no se presume.

En el derecho alemán, la jurisprudencia ha sostenido que el exceso del tiempo transcurrido desde el otorgamiento de un mandato presume mala fe en la persona que pretende utilizar el mismo. Sin embargo, no surge ni del BGB, ni de la legislación actual que rige el notariado alemán, norma alguna que ratifique idéntica determinación.

Bibliografía:

- Etchegaray, Natalio P. *Esquemas de Técnica Notarial. Colección Esquemas*, 1982.
- Etchegaray, Natalio P. *Escrituras y Actas Notariales*. Editorial Astrea, Buenos Aires.
- Raggi, María E. *Poderes y Mandatos*. Editorial Di Lalla, 2007.
- Von Tuhr, A. *Der allgemeine Teil des deutschen bürgerlichen Rechts München und Leipzig*. Duncker und Humblot.
- Von Tuhr, A. *Derecho Civil. Teoría General del Derecho Civil Alemán*. Volumen III, Marcial Pons Ediciones jurídicas y sociales S.A. Madrid, 2005.
- Bürgerliches Gesetzbuch. Beck's licg Kurz Kommentare*. Verlag C.H. Beck. München. 2003.
- Código Civil de la República Argentina*. Lexis Nexis, Abeledo Perrot, 2007.
- Belluscio | Zannoni, *Código Civil Comentado, anotado y concordado*. Tomo 9. pp. 355 a 363. Editorial Astrea.