

Buenos Aires, 29 junio de 2008

Al Señor  
Director de la Revista del Notariado  
Esc. Álvaro Gustavo Zaldívar

Ref.: Las facultades de otorgar un poder

De mi consideración:

*En el ejercicio diario de nuestra profesión nos encontramos permanentemente con escrituras donde se ha otorgado un poder o donde tenemos que redactar para que otorguen un poder. Casi siempre se suscita la misma duda y en consecuencia la misma discusión; es más, muchas veces la escritura autorizada por nosotros llega a manos de alguna institución bancaria, alguna repartición pública o a otra notaría, y es allí donde se produce el tema en cuestión... ¿El poder tiene facultades suficientes para el acto que se va a realizar?*

*El problema es que la mayoría de las veces quien "observa" el poder no es un profesional del derecho, sino tan solo una persona que trabaja en una institución bancaria o en una repartición pública, y emite opinión jurídica sobre las bondades o defectos del poder, y lo que es peor, dichos comentarios se los hace al pobre mandatario que fue con el poder a hacer lo que le pidieron en el mandato, y se ve imposibilitado de hacerlo porque "el texto del poder no es el adecuado" o "el poder que le hicieron está mal y no tiene facultades suficientes" o "no tiene el alcance necesario".*

*Sería innecesario contar "la bronca" que nos produce cuando alguien nos llama diciendo "qué me hizo escribano, fui con el poder que Ud. me hizo y no sirvió". Claro, allí surge enseguida la pregunta ¿y quién le dijo que no sirve?, para luego llegar a la conclusión de que la persona que lo observó desconoce la temática jurídica del poder. ¿No será que los escribanos seguimos siendo poco claros en nuestra forma jurídica de pensar sobre ciertos temas, y ello va en contra nuestra? Sin dejar de reconocer que puede en algún caso ser así, creo que es función nuestra esclarecer y unificar criterios, de modo tal de que los mismos sobrepasen las fronteras de los ámbitos notariales para llegar a todos los demás.*

*Trataremos de analizar la cuestión. Todos conocemos la diferencia que existe entre mandato y poder. En el caso del mandato, estamos hablando del "Contrato" regulado principalmente por nuestro Código Civil. Es decir, estamos hablando de un acuerdo de voluntades, entre mandante y mandatario, donde el primero le dio al segundo un poder que este acepta, para representarlo, al efecto de ejecutar en su nombre y de su cuenta un acto jurídico, o una serie de actos de esta naturaleza (artículo 1869 del Código Civil).*

*Lo que tiene, entre otras cosas, de interesante la definición que Vélez Sársfield dio del mandato es que al celebrarse el contrato, el mandante inmediatamente inviste al mandatario con el poder necesario para representarlo. No olvidemos que no todos los mandatos requieren el instrumento público como forma del contrato. Por eso es, a mi entender, que Vélez se preocupó en que la persona del mandatario esté revestida del poder necesario y suficiente para hacer lo que el mandante podría hacer si él tratara u obrara personalmente (artículo 1872 del Código Civil).*

*Ahora bien, si nos imaginamos que ese poder se le da al mandatario por escritura pública es porque Vélez pretendió que el acto de apoderamiento tenga la fuerza y los beneficios de todo lo que se hace ante oficial público, en este caso, nosotros los notarios.*

*Esto se da porque respecto al mandante y al mandatario, más allá del consentimiento que prestan ambos en la formación de dicho contrato, que no necesariamente requiere tan siquiera ser por escrito, Vélez le impuso al mandante que el acto de apoderamiento lo exprese ante escribano público, de forma tal de brindarle al mandante el poder de recapacitar sobre el contrato celebrado; al mandatario, contar con el "arma" necesaria, suficiente e imprescindible para ejercer el mandato y en consecuencia poder cumplir con el contrato de mandato, y a los terceros (entendiendo por estos a quienes no son parte del contrato de mandato, pero contratarán con el mandante a través del mandatario) les brinda un instrumento que hace plena fe del acto de apoderamiento, es decir de que el mandante, conforme el artículo 1872 prescribe, le otorga al mandatario la facultad de actuar y obrar como el mismo mandante.*

*En rigor de verdad, el verdadero alcance de las facultades surge del contrato de mandato y no del poder. Si el poder dice que el apoderado puede "vender", alcanza y sobra para que pueda en nombre del mandante hacer todo lo que sea necesario para el contrato de compraventa como está regulado en el Código Civil. Es decir que al vender lo obligo al mandante a transferir la propiedad de la cosa y a recibir por ella un precio cierto y en dinero (artículo 1323 del Código Civil) y si tiene que documentar el contrato (escribirlo ya sea en instrumento privado y/o público), entregar la posesión, recibir el precio, obligarlo por evicción, vicios redhibitorios, etc., lo puede hacer aunque no lo*

*diga "expresa" y "específicamente" en el apoderamiento porque deviene necesariamente del contrato de que se trate.*

*Para el caso, si el mandante quiere limitar el accionar del mandatario deberá especificarlo en el contrato de mandato y, como consecuencia, se limitará el poder. Y no estoy hablando de "el que puede lo más, puede lo menos", ya que si el poder otorga facultades para vender el inmueble, no podrá hacer otra cosa que venderlo, ni alquilarlo, ni hipotecarlo, ni prestarlo, tan solo venderlo. Pero al celebrar el contrato de compraventa, inmediatamente puede hacer todo lo que dicho contrato le permite, es decir que va a tener que entregar el inmueble porque si no, no cobra el precio, y va a tener que recibir el precio porque si no, no entrega el inmueble, y como la evicción y los vicios redhibitorios son efectos propios de los contratos onerosos (y la compraventa vaya que lo es), el mandatario, aunque no lo diga expresamente el poder, va a obligar al mandante por evicción y vicios, va a tener que firmar la escritura traslativa de dominio, porque si no, no conformará el derecho real, y así sucesivamente.*

*El tema es que si no somos claros en estos conceptos, dejamos de lado lo más importante de todo, que es la voluntad de las partes contratantes (mandante y mandatario), para tornar importante lo que no lo es tanto, que es la redacción del poder y su interpretación. Si estoy celebrando un mandato es porque quiero que el mandatario haga todo lo que yo puedo hacer, y le tengo confianza, y lo hago bajo la buena fe, con intención, discernimiento, libertad, y con la debida diligencia de un buen hombre de negocios. No estoy hablando de lo patológico, de lo enfermo, de lo "trucho" como se dice vulgarmente. Lo que puede tener vicios en el consentimiento es el contrato de mandato y no el poder. El problema es que deberíamos empezar a exigir que el contrato de mandato también se otorgue por escritura pública y, si es posible, en el mismo acto que se otorgue el apoderamiento.*

*Veamos algunos ejemplos:*

*Si un mandatario tiene poder para alquilar un inmueble, por ejemplo, va a tener todas y cada una de las facultades que las leyes aplicables le otorguen al mandante, porque el mandatario es el mandante en esos actos.*

*Si un mandatario tiene poder para realizar operaciones bancarias en los bancos va a tener todas y cada una de las facultades que las leyes le otorguen al mandante, o acaso va a poder abrir la cuenta y no cerrarla luego, o abrir cuentas corrientes pero no puede abrir cajas de ahorro o una caja de seguridad. Si el mandante quisiera limitar las facultades lo tiene que hacer expresamente.*

*Hay que ser precisos en la determinación de los contratos que puede celebrar el mandatario. Por eso el Código Civil limita y dice que si el poder es para vender no sirve para ceder, porque son contratos distintos, y mucho menos para hipotecar.*

*Si el mandante no quiere que su mandatario cobre y perciba el precio del alquiler, pues tendrá que decir que no le otorga dicha facultad, porque el principio es a la inversa de lo que hacemos, el mandatario puede hacer todo lo que puede hacer el mandante, y hace a la responsabilidad del mandante limitar expresamente lo que quiera.*

*Por eso es tan importante el contrato. Del mismo surgen las voluntades de las partes, la aceptación del mandatario que pide el Código Civil (del poder no surge), los derechos y obligaciones de mandante y mandatario (entre otras cosas si el mandato será gratuito u oneroso), las instrucciones al mandatario, las aclaraciones del mandante y del mandatario, etc.*

*Por supuesto que esto debería hacernos reflexionar respecto de si, como dice el Código Civil, el mandato puede ser general o especial o como decimos nosotros, el poder es general o especial. Pero esto será materia para otra oportunidad. Lo mismo ocurre cuando ponemos en las escrituras de apoderamiento que el poder especial irrevocable tiene un plazo de tantos años. ¿El plazo es de la irrevocabilidad o del mandato? Creo que sería una buena solución empezar a ponernos de acuerdo y asesorar a las personas para que el contrato de mandato se haga por escritura pública y en forma simultánea con el apoderamiento.*

*Esc. Néstor Condoleo*