

La forma en los poderes otorgados en el extranjero

Dario J. Ezernitchi y Romina N. Sassone

Sumario:

I. Consagración del principio *locus regit actum* II. Ley aplicable a la exigencia de una forma determinada III. Poder otorgado en el extranjero debidamente legalizado IV. Obligatoriedad de otorgar el poder por escritura pública. Supuestos V. Doctrina y Jurisprudencia

Los poderes en general pueden ser definidos como los instrumentos públicos o privados que sirven para acreditar la personería invocada por uno o mas sujetos al actuar por sí o por otros, y que los faculta para intervenir en la celebración de un negocio jurídico concreto, en el ejercicio de una prerrogativa o facultad, o bien, en la defensa o protección de un derecho o interés. El instrumento puede ser caracterizado como "un documento que confiere a su titular la facultad de representar, esto es, de actuar en nombre y por cuenta de otro, sobre quien recaerán los efectos y consecuencias de ese accionar". Es decir, que la actuación del apoderado generará efectos directos en el patrimonio de su poderdante.

I. CONSAGRACIÓN DEL PRINCIPIO *LOCUS REGIT ACTUM*

Las leyes sobre la forma de los actos jurídicos constituyen para los Estados un principio de orden, y son uno de los aspectos más importantes de la vida en sociedad ya que se relacionan con la administración de justicia. Entonces el problema aparece cuando las normas sobre las formas en el país de celebración del acto no coinciden con las normas del país de ejecución.

El Código Civil adopta el principio *locus regit actum*, es decir que la forma del instrumento se rige por la ley del lugar de su otorgamiento. Este principio está consagrado en nuestro ordenamiento a través de los artículos 12 y 950 del Código Civil. Pero, a fin de poder analizar cuál es la ley aplicable y la forma que debe exigirse en la formalización de los poderes otorgados en el extranjero, es importante analizar, por un lado, qué determina el derecho internacional privado que debe interpretarse como "forma", y por otro lado, cuáles son los aspectos que en definitiva deben ser regulados por la "ley del lugar de otorgamiento" del instrumento.

GOLDSCHMIDT sostiene al respecto que "si meditamos sobre la justificación de la regla *locus regit actum*, no se suscitan dudas sobre su razonabilidad en lo que atañe a la realización de formas en que intervienen autoridades públicas. Estas formas sólo pueden llevarse a efecto en cada país según su propia organización institucional y también en virtud de su propia legislación, en razón de que las autoridades de un país proceden según su legislación específica"¹.

En otras palabras, esto significa que no es razonable imponer al funcionario autorizante del poder la normativa existente en nuestro país para la formalización del mismo por el solo hecho de que dicho poder ha de producir efectos en nuestro territorio. Por ello no habría que exigir al funcionario autorizante que cumpla con los requisitos de validez formal del documento conforme a nuestras leyes, como por ejemplo que consigne en el documento lugar y fecha de otorgamiento, nombre y apellido de los otorgantes, que respete el orden cronológico, es decir, en definitiva, que cumpla con las disposiciones de los artículos 1004 y 1005 de nuestro Código Civil y demás normas sobre validez formal de los instrumentos.

En efecto, la realización del acto se vería innecesariamente complicada si la reglamentación de sus solemnidades tuviera que regirse por una ley extraña a los eventuales funcionarios u otros participantes en su otorgamiento. Es por eso que debemos respetar el principio *locus regit actum*.

Y es por ello asimismo que al estudiar la forma necesaria que debe revestir un poder otorgado en el extranjero para cumplir efectos en territorio nacional, se debe respetar un principio creado jurisprudencialmente que dictamina que si el poder internacional está revestido de la forma notarial y correctamente legalizado es porque cumple con todas las exigencias de fondo y forma propias del caso concreto exigidas en el país del lugar de otorgamiento y, por lo tanto, corresponderá a quien quiera destruir esta presunción, probar que el acto jurídico no guarda las formas establecidas por las leyes del lugar en que se otorgó. Esto es una presunción *iuris tantum*².

II. LEY APLICABLE A LA EXIGENCIA DE UNA FORMA DETERMINADA

Goldschmidt, asimismo, afirma que la situación es muy diversa en lo que concierne a la ley aplicable a la exigencia o a la exención de una forma, y también en lo que respecta a la realización de las formas privadas. En este orden de ideas, no es posible negar que el derecho a primera vista aplicable es el que regula el fondo del negocio

(1) GOLDSCHMIDT, Werner. *Derecho Internacional Privado*. Editorial Depalma, 1977, pp. 264/265.

(2) CámFedCap en G del F, t. 135, p. 6; CámNCom., Sala A, en ED t. 13, p. 548.

jurídico. El legislador que reglamenta la renta vitalicia o la adopción debe ser el mismo que indique si estos negocios requieren una forma y cuál ha de ser.

Ello es así porque solo el legislador "del fondo" sabe la importancia de los derechos y la trascendencia de las obligaciones que estatuye; y es por esta razón la autoridad pertinente a fin de que estos derechos y estas obligaciones no se adquieran ni se contraigan a la ligera (función protectora de la forma) y que se le dé la publicidad que le corresponde (función publicitaria). Por estos motivos, la ley impositiva de la forma, así como la ley reguladora de las formas privadas, debe ser el Derecho que gobierna la causa.

Vale decir, en consecuencia, que si estamos en presencia de un acto que habrá de autorizarse en nuestro país, y para cuya validez se impone la formalidad de la escritura pública, donde uno de los otorgantes habrá de actuar por intermedio de un apoderado y habiendo sido el poder otorgado en el extranjero, será la ley argentina la que imponga la forma que habrá de revestir el mismo y que será en consecuencia la escritura pública. Dicho de otra manera, si el poder es otorgado en el extranjero, el documento podrá otorgarse bajo la forma que sea jurídicamente aceptada en el país de otorgamiento, *salvo que la ley argentina (que será el país donde el poder habrá de producir efectos) exija la formalidad de la escritura pública bajo pena de nulidad.*

Ahora bien, en el caso en que en el país de otorgamiento no haya escribanos que puedan cumplir con la formalidad exigida, por no ser un país perteneciente al sistema notarial latino (como es el caso de Estados Unidos de Norteamérica), podrá recurrirse a otro funcionario a quien internacionalmente se faculte para autorizar el documento conforme las disposiciones vigentes en el Derecho Internacional. Es en función de esta problemática que la Convención Interamericana de Panamá sobre Régimen Legal de Poderes para ser Utilizados en el Extranjero del año 1975 si bien exige en su artículo tercero que se cumpla con las formalidades esenciales del país donde el poder se cumplirá, contempla el caso en que en el país de otorgamiento sean desconocidas dichas solemnidades, dando una solución a través del artículo séptimo.

Según esta normativa, podrá admitirse en nuestro país un poder otorgado en instrumento privado con firma certificada en un país donde no existe el notario conforme a nuestro sistema latino, si cumple con lo previsto en el citado artículo séptimo, aunque en nuestro medio se requiera esencialmente la escritura pública. Obviamente, no será válido en nuestro país un poder similar cuando en el Estado en el cual se otorga existe un régimen notarial como el nuestro. Y, en consecuencia, si en el país de otorgamiento hay escribanos facultados para otorgar escrituras públicas deberá exigirse que el poder cumpla con tal formalidad, *aunque en el país de otorgamiento sea válida la instrumentación del poder por instrumento público o privado.*

Esta situación ha sido receptada en la citada Convención Interamericana sobre Régimen Legal de Poderes para ser utilizados en el extranjero celebrada en Panamá, cuyo artículo segundo establece que: "las formalidades y solemnidades relativas al otorgamiento de poderes que hayan de ser utilizados en el extranjero se sujetarán a las leyes del Estado donde se otorguen, a menos que el otorgante prefiera sujetarse a la ley del Estado en que hayan de ejecutarse. *Si la ley de este último exigiere solemnidades esenciales para la validez del poder, regirá dicha ley*". Porque la ley que impone la forma "debe ser el Derecho que gobierna la causa". Y es importante entender que la ley de fondo será la que indique las consecuencias de la infracción de la forma impuesta; por ejemplo, nulidad, en caso de forma *ad solemnitatem* o solo dificultades probatorias, caso de la forma *ad probationem*.

Es interesante al respecto el ejemplo que cita Goldschmidt para entender la cuestión: "Supongamos por ejemplo, que en el país A una asociación produce la responsabilidad solidaria de sus miembros, por ello el país A exige escritura pública para su constitución. En el país B, en cambio una asociación puede constituirse por documento privado y no provoca sino la responsabilidad mancomunada de los socios. Si ahora la constitución formal de la asociación se realizase en el país B, aunque su domicilio se encontrase en el país A, cuyo Derecho rige por ende el fondo del contrato de sociedad, ¿sería razonable contentarse con la ley benigna de B y luego aplicar la reglamentación severa de A? Me inclino a sostener que la ley impositiva debe ser en justicia la ley de fondo"³.

Es decir, el autor distingue entre la ley que regula la forma y la ley impositiva de la misma. La regulación de la forma se rige por la ley del lugar en que el acto se otorgue o celebre (artículos 12 y 950 del Código Civil). No obstante la necesidad de que un negocio jurídico sea instrumentado de una forma especial se rige por la ley de fondo que impone una forma determinada⁴. Es así que "la exigencia de una determinada forma ha sido dispuesta por la ley que rige la sustancia del negocio jurídico, por la *lex causae*, en cambio, la reglamentación de la forma, o sea, la forma del instrumento público queda cometida a la ley del país donde el instrumento se otorga"⁵.

Por todo lo expuesto, el problema de las formas internacionales se manifiesta cuando no coincide el país de otorgamiento o celebración del acto con el país donde ha de producir sus efectos. Es con el alcance de la distinción de Goldschmidt que debemos entender la aceptación de la regla *locus regit actum*, referida exclusivamente a la ley que regula la forma extrínseca, pues la ley de fondo o *lex causae* es la que impone una

(3) GOLDSCHMIDT, op. cit. en nota 1.

(4) DANESSA, Sofía Josefina. "La circulabilidad de los poderes internacionales", en *Revista del Notariado número 883*, enero-marzo 2006, pp. 105-140.

(5) KALLER DE ORCHANSKY, Berta. *Manual de Derecho Internacional Privado*. Plus Ultra, 1987, p. 330.

forma determinada, que es imperativa para las partes. Según Goldschmidt, hay que preguntarse tres cosas: en primer lugar, cuál es la ley que exige la forma; luego, cuál es la que la reglamenta y, por último, cuál es la que regula la equivalencia entre una y otra⁶.

Cuando la ley que regula el fondo del acto jurídico que se desea instrumentar impone una forma determinada para la validez jurídica del mismo, es esa la forma que debe revestir el documento proveniente del extranjero, sin perjuicio de que la reglamentación de esa forma quede a cargo de la ley del lugar de la celebración u otorgamiento del acto. El derecho del país escogido para regir la validez intrínseca del acto jurídico objeto del poder es el que también impone una forma al poder⁷.

El fundamento de la aplicación de la "ley del lugar de celebración" radica en que no resulta viable imponer a un profesional y/o funcionario de otro país el cumplimiento de leyes reglamentarias cuyo contenido desconoce y/o ignora, siendo suficiente que el funcionario interviniente cumpla con la formalidad que se requiere para la validez del negocio (esto es, escritura pública, instrumento público y/o privado, según cada caso) pero sin ser necesario que se someta al cumplimiento de solemnidades que le son ajenas y atañen a cada Estado en particular⁸.

¿Cuál es el fin de la ley nacional al exigir la actuación de un funcionario público para el otorgamiento, por ejemplo, de un poder judicial? Primordialmente, la importancia de los actos que llevará adelante el mandatario judicial; es por ello que, de ser necesaria la confección del documento en un país extranjero, el otorgamiento del poder deberá efectuarse de la forma más cercana posible a nuestra escritura pública, que brinde por sí plena fe de lo actuado, lo manifestado y de la inequívoca voluntad de las partes⁹.

En síntesis: 1) El derecho que impone la forma es, pues, el que rige el fondo del negocio jurídico. 2) El derecho que reglamenta la forma se resuelve con la premisa *locus regit actum*.

III. PODER OTORGADO EN EL EXTRANJERO DEBIDAMENTE LEGALIZADO

La legalización es un acto administrativo que consiste en la atestación o certificación que realiza un ente o autoridad competente, jerárquicamente superior al autorizante o

(6) GOLDSCHMIDT, op. cit. en nota 1.

(7) *Revista del Notariado* número 883, enero-marzo 2006, p. 126.

(8) GOLDSCHMIDT, op. cit.

(9) MORETTI, Diego. Nota al fallo "Mandato. Mandatos otorgados en el extranjero. Validez del poder otorgado en el extranjero para ser ejecutado en la República Argentina. Aplicación de la legislación del lugar de ejercicio. Poder instrumentado en escritura pública". *Revista del Notariado* número 881, julio-septiembre 2005, pp. 141-146.

emisor del instrumento por el cual se afirma la existencia material del mismo, en el que lucen estampados firma y sello que coinciden con los registrados como pertenecientes a un oficial público determinado que al momento de autorizarlo está en pleno ejercicio de su función¹⁰. Es así que la legalización se impone como un requisito de eficacia jurídica, a fin de que los efectos del documento se propaguen más allá de su jurisdicción de origen.

Es común pensar que un documento otorgado en el extranjero, por el solo hecho de reunir las legalizaciones correspondientes para gozar de eficacia internacional, es válido para celebrar en el país el acto jurídico objeto del mismo. En verdad, la legalización, como acto administrativo tendiente a certificar la autenticidad de la firma y sello del funcionario autorizante y el cumplimiento de las solemnidades legales, con el fin que el documento goce de efectos jurídicos *erga omnes*, juzga solamente sobre el cumplimiento de la forma reglamentaria (en los términos consignados precedentemente) pero no sobre el cumplimiento de la forma que impone la *lex causae* a los efectos de la validez jurídica del acto que se instrumenta en un país distinto al del otorgamiento del poder. La legalización no convalida nulidades ni subsana irregularidades formales o de fondo. La legalización solamente certifica que se cumplieron las solemnidades legales del país de origen, ya que las autoridades competentes en cada uno de los países que cumplen con el deber de certificar mediante la legalización correspondiente, no están obligadas a conocer la ley interna del país donde el poder habrá de producir sus efectos, que es justamente la ley que impone cuál será la forma que deberá revestir el poder para su validez como tal.

Es por ello que en los textos de las legalizaciones que realiza el Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires puede leerse la siguiente leyenda: "La legalización no juzga sobre el contenido y forma del documento".

IV. OBLIGATORIEDAD DE OTORGAR EL PODER POR ESCRITURA PÚBLICA. SUPUESTOS

Nuestro ordenamiento jurídico exige que el poder se otorgue por escritura pública en los siguientes casos¹¹:

- poderes judiciales, sean generales o especiales;
- poderes para la administración de bienes;
- poderes para la realización de actos que deban otorgarse en escritura pública.

(10) SAUCEDO, Ricardo J. "El régimen jurídico de los poderes internacionales desde la perspectiva del Derecho Argentino", *Jurisprudencia Argentina* 2006-II, p. 1119.

(11) Artículo 1184, inciso 7º, del Código Civil.

¿Qué ocurre si en el país de otorgamiento se impone la libertad de formas para la celebración de un poder que según nuestras leyes requiere de la escritura pública?

Frente a un acto jurídico con elementos y/o contactos extranjeros (en nuestro caso un poder internacional) es necesario saber en primera instancia, qué ley impone al acto una forma determinada como condición de validez y eficacia. La forma estará impuesta por la misma ley que se aplica al fondo o contenido del mismo (para nuestro caso, la ley argentina, por ser nuestro territorio el ámbito espacial donde se invoca y pretende ejercitar el apoderamiento internacional). Igualmente debe determinarse la ley que reglamente la forma en que se celebra u otorga el acto con contactos foráneos. En este aspecto rige el adagio *locus regit actum*. Y para el caso en que la ley que impone la forma no coincida con aquella que la reglamenta, la ley que juzgará la equivalencia entre la forma impuesta y la forma reglada es la ley impositiva de la forma, que es la que rige su contenido¹².

Es importante tener en cuenta que si el derecho que impone la forma, conforme a los fundamentos que venimos sosteniendo, exige que esta sea *pública*, el funcionario autorizante estará limitado por sus propias normas de jurisdicción internacional y por sus propias normas imperativas en materia de forma, a las cuales deberá atenerse.

Por consiguiente, en aquellos casos anteriormente mencionados en los que en nuestro derecho se impone la forma de la escritura pública para el otorgamiento de un poder, el funcionario extranjero deberá respetar esa exigencia recurriendo a la forma de la escritura pública (si tal forma resultase viable en el país de origen) o a la instrumentación pública (si no hay escribanos públicos, conforme a las propias disposiciones internas del país de origen).

Esta última exigencia (la instrumentación pública) no se aplica en la República Argentina actualmente, por haber ratificado nuestro país la Convención de Panamá antes citada, que admite, conforme lo expresado anteriormente, que en los supuestos en que en el país de otorgamiento no haya "escribanos públicos" conforme a nuestro sistema notarial latino, podrá admitirse en nuestro país un poder otorgado en instrumento privado con firma certificada, siempre que cumpla los requisitos establecidos en dicha convención.

Por ejemplo, si una persona debe otorgar un poder judicial en algún estado de Estados Unidos de Norteamérica que no se rija por los principios del notariado latino, el instrumento será similar a lo que conocemos como un instrumento privado, un documento firmado y rubricado finalmente por un *notary public*, que no reviste los requerimientos

(12) SAUCEDO, Ricardo J., op. cit. en nota 10, p. 1132.

de nuestro sistema notarial para configurar la solemnidad necesaria de un poder judicial¹³.

V. DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA

En las *IX Jornadas de Derecho Civil* que tuvieron lugar en Mar del Plata en 1983 se trató sobre el tema "la forma de los negocios jurídicos en el Derecho Internacional Privado". Allí se aprobó el siguiente despacho: "La ley que rige el fondo del negocio jurídico determina: a) la exigencia de una forma, b) las consecuencias de su omisión y c) la equivalencia entre la forma exigida y la forma realizada."

Asimismo la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el fallo "Méndez Valles, Fernando v A. M. Pescio SCA s/ Ejecución de alquileres", del 26 de diciembre de 1995, ED 167-19, no consideró válida una cesión de derechos realizada en Montevideo, República Oriental del Uruguay, mediante instrumento privado protocolizado ante escribano en la citada ciudad por aplicación del Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1940, artículo 36.

La ejecutada había opuesto excepción de inhabilidad de título pues la cesión del derecho litigioso no había sido hecha por escritura pública o acta judicial, tal como lo prescribe el artículo 1455 del Código Civil argentino. El apelante sostuvo que la forma del contrato de cesión de créditos celebrado en Montevideo se rige por la ley uruguaya, basándose en el artículo 36 del citado tratado que prescribe: "Las formas y solemnidades de los actos jurídicos se rigen por la ley del lugar en donde se celebren u otorgan", con recepción asimismo en los artículos 950, 12, 1180 y 1181, parte 1º del Código Civil.

En tal sentido, el artículo 36 dispone: "La ley que rige los actos jurídicos decide sobre la calidad del documento correspondiente. Las formas y solemnidades de los actos jurídicos se rigen por la ley del lugar en donde se celebren u otorgan". La Corte dijo que en verdad el artículo 36 del citado tratado distingue entre la calidad del documento correspondiente –que se rige por la ley que gobierna el acto jurídico– y sus formas y solemnidades –que siguen la ley del lugar en que se celebran u otorgan–. Tal corrección concilia de manera muy acertada el interés del Estado cuya ley rige el acto jurídico y el de aquel donde este se celebra, facilitando también a las partes la mejor y más segura realización del mismo.

Es decir, que de acuerdo con principios generalmente aceptados de Derecho Internacional Privado, fundados en el criterio de razonabilidad mencionado, el derecho

(13) MORETTI, op. cit. en nota 9.

que rige el fondo del negocio es también el derecho aplicable a la calidad de la forma, en lo referente a su necesidad y a los efectos de su ausencia. En cambio, en lo referente a los requisitos reglamentarios de la formalidad exigida por la ley que rige el fondo, están sujetos a la regla *locus regit actum*, es decir, a la ley del lugar de celebración del instrumento. Si no fuera de este modo, las partes se verían facultadas para elegir un derecho que, por sus menores exigencias formales, podría perjudicar a alguna de ellas o a algún tercero ajeno al acto.

Bibliografía

DANESSA, Sofía Josefina. "La circulabilidad de los poderes internacionales". Trabajo presentado por la autora en el curso de posgrado de Técnica Notarial y Registral de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la UCA, dictado por el escribano Natalio Etchegaray y publicado en *Revista del Notariado* número 8.

GOLDSCHMIDT, Werner. *Derecho Internacional Privado*. Editorial Depalma, 1977.

KALLER DE ORCHANSKY, Berta. *Manual de Derecho Internacional Privado, Plus Ultra*, 1987.

MORETTI, Diego. Nota al fallo "Mandato. Mandatos otorgados en el extranjero. Validez del poder otorgado en el extranjero para ser ejecutado en la República Argentina. Aplicación de la legislación del lugar de ejercicio. Poder instrumentado en escritura pública. Derecho Internacional Privado", en *Revista del Notariado* número 881, julio-septiembre 2005.

SAUCEDO, Ricardo J. "El régimen jurídico de los poderes internacionales desde la perspectiva del Derecho Argentino", JA 2006-II.