

# El poder al servicio del derecho de autoprotección

Maritel M. Brandi Taiana\*

RdN 921

## RESUMEN

El derecho de autoprotección puede ser abordado desde diferentes planos y en su ejercicio alcanzar distintos objetivos. El poder preventivo es la herramienta más concreta, eficiente y efectiva para poner en marcha y asegurar aquel ejercicio del derecho y sin necesidad, además, de exponer frente a los terceros con quien el apoderado contrate –en cumplimiento de lo que se le ha encomendado– intimididades o circunstancias personales del poderdante que prefiera mantener en reserva o que simplemente carezcan de relevancia. La clara diferenciación que el Código Civil y Comercial establece en cuanto a representación y mandato admite sin dudas su implementación y permite dotar a este especial derecho personalísimo de la herramienta precisa para su correcto andamiaje.

**Sumario:** **1.** Problemática. **2.** Mandato preventivo. **2.1.** Antecedentes cercanos. **2.2.** Sugerencias de la doctrina nacional. **3.** A vueltas con el poder, el mandato y la representación. **4.** Poder preventivo. **5.** Renuncia y revocación del poder preventivo. **6.** Finalmente, ¿para qué un poder preventivo?

## 1. Problemática

Gracias a los esfuerzos de la doctrina y la jurisprudencia de los últimos veinte años que han luchado por el reconocimiento del derecho de autoprotección como un instituto con entidad propia, receptor de la preocupación de un sector muy importante de la comunidad –antes completamente silenciado y hasta ignorado–, podemos decir a estas alturas que cuando hablamos de la “problemática” de la discapacidad, todos sabemos perfectamente a qué nos referimos. Se trata de una cuestión que requiere del análisis científico multidisciplinar y que presenta tantas variaciones en su abordaje como individuos alcanzados por la preocupación y la necesidad de respuestas y soluciones.

Desde el punto de vista específico de la previsión de la propia eventual discapacidad, la legislación nacional e internacional reconocen paso a paso mayores herramientas para que los individuos puedan autogestionar su futuro: la designación del propio curador, la posibilidad de otorgar directivas anticipadas comprensivas de aspectos sanitarios y patrimoniales, los contratos de renta vitalicia, etc. Sin embargo, en ocasiones, esas herramientas presentan básicamente dos inconvenientes prácti-

\* Información sobre la autora en la RDN digital <http://www.revista-notariado.org.ar/>.

cos: a) para su completa operatividad se requiere la intervención judicial, con la consecuente falta de inmediatez; b) suponen la adopción, en el presente, de decisiones anticipadas sobre cuestiones futuras concretas cuyo alcance los individuos desconocen al momento de asumirlas. Lo anterior no pretende minusvalorar el alcance de lo conseguido hasta ahora, sino poner de manifiesto la necesidad de profundizar acerca de herramientas que puedan colaborar a minimizar los inconvenientes planteados y a dar cumplimiento, además, a lo dispuesto en el artículo 12<sup>1</sup> de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

Es importante que los individuos, amén de designar su propio curador y dar indicaciones sobre cómo creen que quieren vivir su propia eventual futura discapacidad, cuenten con la posibilidad de facultar a una persona de su confianza para que, llegado el momento y sin dilaciones, los represente y procure su bienestar de acuerdo con su voluntad, criterios y valores. Es cierto que la intervención judicial pretende garantizar la protección de las personas con discapacidad, pero a veces esperar los tiempos de la justicia o dar acceso a la opinión de terceros que nos desconocen constituye en sí mismo una desprotección. En todo caso, siempre podrán efectuarse los controles judiciales pertinentes.

Intentaremos analizar a lo largo de este trabajo la viabilidad del mandato preventivo, el poder preventivo, sus pros y contras.

## 2. Mandato preventivo

### 2.1. Antecedentes cercanos

Por las similitudes en el ámbito social, el derecho español es un referente para nuestro ordenamiento jurídico. La Ley 41/2003 (de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad y de Modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta Finalidad) fue revolucionaria para el propio sistema jurídico español y supuso, por parte de los operadores jurídicos, un

1. Art. 12 Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad: "Igual reconocimiento como persona ante la ley. 1. Los Estados Partes reafirman que las personas con discapacidad tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica. 2. Los Estados Partes reconocerán que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida. 3. Los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica. 4. Los Estados Partes asegurarán que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos. Esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial. Las salvaguardias serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas. 5. Sin perjuicio de lo dispuesto en el presente artículo, los Estados Partes tomarán todas las medidas que sean pertinentes y efectivas para garantizar el derecho de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, a ser propietarias y heredar bienes, controlar sus propios asuntos económicos y tener acceso en igualdad de condiciones a préstamos bancarios, hipotecas y otras modalidades de crédito financiero, y velarán por que las personas con discapacidad no sean privadas de sus bienes de manera arbitraria".

verdadero desafío –que aún continúa– de cara a asimilar y a adaptarse a principios incluso contrarios a la tradición jurídica nacional.

Esa ley tiene cinco ejes temáticos de gran calado:

- 1) Da nacimiento a un patrimonio de afectación (patrimonio especialmente protegido), estructura normalmente rechazada por la comunidad jurídica ibérica, que únicamente receptaba, hasta ese momento, el “patrimonio separado” constituido por las fundaciones. (Téngase en cuenta que en España no ha tenido cabida, p. ej., el patrimonio fiduciario tal y como lo entendemos en Argentina, y eso, precisamente, por la desconfianza que la creación de patrimonios independientes despierta en el ámbito jurídico).
- 2) Regula expresamente la “autotutela”.
- 3) Reconoce como supuesto objetivo de protección a la “discapacidad natural” o simple falta de discernimiento, distinta de la “incapacidad judicialmente declarada”.
- 4) Modifica las causales de extinción del tradicional contrato de mandato, para dar cabida al “mandato preventivo”.
- 5) Permite establecer mejoras en el ámbito sucesorio, a favor de descendientes judicialmente incapacitados.

Mucho se ha estudiado y escrito acerca de esa ley, lo que ha dado lugar, incluso, a la modificación (a través de la Ley 1/2009<sup>2</sup>) de la norma reguladora del Registro Civil, en la que se incorporó el artículo 46 ter:

En todo caso el notario autorizante notificará al Registro Civil donde constare inscrito el nacimiento del poderdante las escrituras de mandato o de otra relación o situación jurídica de la que se derivara la atribución de apoderamiento a favor de cualquier persona para el caso de incapacidad del poderdante.

Además, la disposición final primera de la Ley 1/2009 insta al Gobierno a la revisión y modificación de los procedimientos de incapacitación de la persona:

... que pasarán a denominarse procedimientos de modificación de la capacidad de obrar, para su adaptación a las previsiones de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, adoptada por Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006.

**Uno de los aspectos que generó mayor discusión fue, precisamente, el mandato preventivo**, sus alcances, la razonabilidad de suprimir como causal imperativa de su extinción la incapacidad sobrevinida del mandante y las consecuencias que ello deparaba en cuanto a su revocación y renuncia y hasta respecto de la rendición de cuentas del mandatario. Como bien señala el notario Federico Cabello de Alba Jurado<sup>3</sup>,

2. Ley 1/2009 del 25 de marzo, de Reforma de la Ley de 8 de junio de 1957 sobre el Registro Civil, en materia de incapacitaciones, cargos tutelares y administradores de patrimonios protegidos, y de la Ley 41/2003, del 18 de noviembre, de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad y de Modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta Finalidad.

3. CABELLO DE ALBA JURADO, Federico, “La discapacidad como hecho y su incidencia en el ámbito jurídico: distintos regímenes jurídicos y alternativas en el marco de la Convención” (trabajo presentado en L Jornadas

... la razón fundamental de este precepto –el que extinguía el mandato por la incapacidad sobrevenida del mandante en la versión modificada del Código Civil– era que puesto que la persona incapacitada perdía la facultad para revocar el poder, en aras de su protección, éste quedaba extinguido. Además, se entendía que puesto que la persona incapacitada no podía intervenir en la negociación, tampoco podría hacerlo a través de un mandatario.

No obstante, y más allá de las discusiones acerca de la conveniencia o no de tal previsión, lo cierto es que por mor de la Ley 41/2003, el Código Civil español cuenta con una nueva redacción de su artículo 1732:

El mandato se acaba:

- 1.º Por su revocación.
- 2.º Por renuncia o incapacitación del mandatario.
- 3.º Por muerte, declaración de prodigalidad o por concurso o insolvencia del mandante o del mandatario.

El mandato se extinguirá, también, por la incapacitación sobrevenida del mandante **a no ser que en el mismo se hubiera dispuesto su continuación o el mandato se hubiera dado para el caso de incapacidad del mandante apreciada conforme a lo dispuesto por éste. En estos casos, el mandato podrá terminar por resolución judicial dictada al constituirse el organismo tutelar o posteriormente a instancia del tutor.**

Como consecuencia de dicha redacción, en España puede otorgarse un mandato que continúe en caso de incapacidad sobrevenida si así expresamente se acuerda y también puede otorgarse un mandato sujeto a la condición suspensiva de que acaezca la incapacidad futura. Esto, a su vez, ha llevado a discutir si la incapacidad a la que se refiere el artículo es la declarada judicialmente o la natural, pero, teniendo en cuenta la previsión legal respecto a que la misma será apreciada conforme a lo dispuesto en el mandato y que la modificación de este artículo se gestó en la ley que con mayor nitidez introdujo en España el concepto de capacidad natural, parece claro que se refiere a esta última.<sup>4</sup>

Debemos aquí hacer un alto para referirnos someramente al concepto de **capacidad natural**. Cuando hablamos de la capacidad natural, nos referimos a la existencia de discernimiento por parte del otorgante de un acto al momento del otorgamiento. Se trata de una cuestión de hecho.

Somos conscientes de que algunos autores muy destacados consideran inapropiado el término e incluso afirman que

... no existe en nuestro ámbito jurídico un léxico apropiado para designar a quien carece de discernimiento suficiente para otorgar negocios jurídicos y que no ha sido “incapacitado por sentencia judicial” o “beneficiado por un régimen de protección”...<sup>5</sup>

de la Fundación Aequitas, en colaboración con el Centro de Estudios Jurídicos del Ministerio de Justicia [Madrid, 2013]).

4. En igual sentido, v. CABELLO DE ALBA JURADO, Federico, ob. cit. (cfr. nota 4), p. 21; y RUEDA DÍAZ DE RÁBAGO, Manuel Ma., “Organización de la propia discapacidad. Poderes y mandatos preventivos”, Vitoria, 2011, [s. e.].

5. LLORENS, Luis R. y RAJMIL, Alicia B., “Regulación de la prórroga de los poderes en los casos de incapacidad del poderdante”, pp. 21 y ss. (trabajo presentado en la XV Jornada Notarial Iberoamericana [Madrid, 2012]).

No obstante, por una parte, consideramos el concepto “capacidad natural” como un lugar común en donde la realidad y lo jurídico confluyen de manera de entenderse mutua y recíprocamente. Por otra parte, y precisamente por lo anterior, nos referimos a la existencia de discernimiento antes o después de una sentencia judicial que limite el ejercicio de la capacidad, circunstancia que es muy relevante, según recordaremos cuando analicemos la posibilidad de revocación de los poderes preventivos. Finalmente, se trata de una terminología utilizada en el ámbito nacional<sup>6</sup> e internacional<sup>7</sup>, lo que también colabora en el entendimiento de la cuestión y en la armonización de los ordenamientos jurídicos. Sin perjuicio de ello, no vemos inconvenientes en incorporar también, como una propuesta de calado, el neologismo *disdiscerniente*<sup>8</sup> si ello colabora a la construcción de un mejor lenguaje compartido.

Además de España, también han legislado sobre mandatos y/o poderes preventivos Alemania, el Código Civil de Quebec, Italia y Francia. Todos ellos de diferente manera y con distinto alcance pero siempre con la finalidad última de permitir que, mediante el otorgamiento de poderes, una persona capaz adopte decisiones para el caso de una eventual futura discapacidad que le impida manifestarlas o asumirlas.

A nuestro juicio, y por las razones que indicaremos más adelante, no es ni conveniente ni indistinto hablar de mandato y/o poder asimilando ambos institutos, y hasta consideramos poco afortunado recurrir al contrato de mandato para dar cabida a este derecho, inalienable y reconocido por la legislación local e internacional, de disponer en ejercicio del derecho de autoprotección. Sin embargo, en todo caso, a diferencia de la legislación extranjera citada, en el Código Civil argentino vigente, el mandato se extingue por la incapacidad sobreviniente al mandante o mandatario, de conformidad con la letra expresa del artículo 1963. Asimismo, en el Código Civil y Comercial unificado que entrará en vigor el 1 de agosto de 2015, el artículo 1329 establece igual previsión.

## 2.2. *Sugerencias de la doctrina nacional*

Pioneros como han sido en el estudio de la discapacidad en Argentina, los escribanos Taiana de Brandi y Llorens, ya en el año 1996 –mucho antes incluso de la ley española de 2003–, sugerían<sup>9</sup> de *lege ferenda*:

Dar andamio –a las directivas anticipadas– por medio de la designación del mandatario, apoderado o no. El comienzo del mandato será: 1) actual, para que el mandatario acompañe al mandante en sus negocios desde el otorgamiento; 2) para que funcione sólo una vez declarada la incapacidad; o 3) para que empiece a tener vigencia luego de la pérdida de la aptitud del mandante y antes de su declaración judicial, cuando esa ca-

6. Cifuentes y Neri (citado por LLORENS, Luis R. y RAJMIL, Alicia B., ob. cit. [cfr. nota 5]).

7. RAMOS CHAPARRO, Enrique, “La persona y su capacidad civil”, Madrid, Tecnos, 1995, pp. 284 (quien a su vez cita a Carnelutti).

8. LLORENS, Luis R. y RAJMIL, Alicia B., ob. cit. (cfr. nota 5), pp. 14 y 45.

9. LLORENS, Luis R. y TAIANA DE BRANDI, Nelly A., *Disposiciones y estipulaciones para la propia incapacidad*, Buenos Aires, Astrea, 1996.

rencia fuese comprobada por dos médicos o en la forma prevista por el mandante. Será obligación del mandatario iniciar de inmediato la apertura del proceso de incapacidad.

Agregaban en ese momento los autores citados que

... no es de la esencia del mandato ni del poder su caducidad por la incapacidad del otorgante [...] Así como existen poderes y mandatos que subsisten luego de la muerte del poderdante o mandante, así también es posible que la ley permita la subsistencia del poder y del mandato, luego de la incapacidad del poderdante o mandante. De la misma manera, como existen poderes y mandatos destinados a ser cumplidos luego de la muerte del poderdante o del mandante (art. 1982 Cód. Civil), sorteando muchos inconvenientes menores la ley puede permitir la existencia de poderes y de mandatos destinados a ser cumplidos luego de la incapacidad del mandante o del poderdante.

En una ponencia presentada por los mencionados escribanos en las XV Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Mar del Plata, 1995), propusieron precisamente, de *lege ferenda*, que se permitiera el ejercicio de la representación aun después de la incapacidad del mandante cuando el mandato ha sido dado en previsión de la propia incapacidad o para subsistir a ella y la ponencia mereció aceptación unánime.<sup>10</sup> En el trabajo presentado en la XV Jornada Notarial Iberoamericana (Madrid, 2012), Llorens y Rajmil renovaron la propuesta originariamente postulada en 1996, y sostuvieron que, incluso de *lege lata*,

... una interpretación armónica de las disposiciones de nuestro Código Civil y la consideración de las normas constitucionales, de la más reciente legislación argentina y de los tratados internacionales aprobados por nuestro país nos permite afirmar, en determinadas circunstancias, la vigencia y eficacia de mandatos y poderes ante la “incapacidad” sobreviviente del otorgante.<sup>11</sup>

En su análisis, los autores consideran no solo la legislación local vigente sino los tratados internacionales incorporados a nuestro ordenamiento jurídico. Equiparan el mandato y el poder y sostienen que el criterio que el Código prevé para mantener la vigencia del mandato tras el fallecimiento del mandante es aplicable para el caso de pérdida de capacidad. Entienden, además, que los artículos 1963, inciso 4, y 1984 del Código Civil

... se refieren únicamente a la incapacidad declarada del mandante o poderdante. Lo contrario podría tornar en absolutamente insegura la utilización de un poder. Así, afirmamos que el discernimiento del otorgante es necesario al tiempo del otorgamiento del poder y no al tiempo de su ejercicio.<sup>12</sup>

Más allá de que coincidimos con los mencionados escribanos en que es necesario que una persona pueda otorgar válidamente un poder como herramienta para au-

10. [N. del E.: el lector podrá consultar las conclusiones de la Jornada en la RDN digital <http://www.revista-notariado.org.ar/>

11. LLORENS, Luis R. y RAJMIL, Alicia B., ob. cit. (cfr. nota 5), p. 5.

12. Ídem, p. 22.

togestionar su eventual futura discapacidad, consideramos que el texto del Código Civil vigente y del Código Civil y Comercial unificado que entrará en vigor en breve es taxativo y no permite, de *lege lata*, la subsistencia del mandato ante la discapacidad sobrevenida del mandante. No coincidimos en que las personas que carecen de aptitudes psíquicas suficientes para otorgar actos jurídicos pero no se encuentran judicialmente incapacitadas

... más allá de la eventual anulación de los actos que otorguen por causa de su falta de discernimiento en el obrar [...] seguirán siendo capaces hasta que la ley, y no la naturaleza o el accidente, los declare incapaces.

El artículo 897 del Código Civil velezano es claro al exigir, para configurar un hecho voluntario, la existencia de discernimiento, intención y libertad. Si dichos requisitos no se cumplen, no hay hecho voluntario. Igual disposición establecen los artículos 260 y 261 del Código Civil y Comercial. Ello más allá de que se pueda o no probar o de que los intervinientes en el negocio jurídico, actuando con la debida diligencia, conozcan o puedan conocer la eventual falta de discernimiento del mandante.

Con esto no queremos significar que los escribanos y/o las partes deban verificar, en cada caso en que un mandatario represente a su mandante, si este mantiene o no el discernimiento al momento del otorgamiento del acto, pero sí consideramos que el mandatario es responsable del ejercicio del mandato una vez que este se ha extinguido y también que si, por algún motivo, el notario interviniente o la otra parte contratante conociera o debiera haber conocido la pérdida de discernimiento por parte del mandante, el acto otorgado en esas condiciones no será válido. Lamentablemente, y a pesar de haber intentado *autoconvencernos* de lo contrario, consideramos que la pérdida de discernimiento del mandante produce la extinción del mandato por ser un requisito inherente y esencial del instituto. En todo caso, lo que queda claro es que es un tema controvertido y que los derechos reconocidos a las personas con discapacidad en la legislación local y en los tratados internacionales que forman parte de nuestro ordenamiento jurídico<sup>13</sup> requieren que los legisladores y los operadores jurídicos provean herramientas indubitables que garanticen el ejercicio válido y eficaz del derecho de autoprotección sin sujeción a diferencias interpretativas, a la vez que brinden seguridad jurídica al tráfico comercial en general.

### 3. A vueltas con el poder, el mandato y la representación

Si hay un tema que ha sido estudiado, analizado, discutido, aprendido y enseñado, ese es el del poder, el mandato y la representación. Sin embargo, y a pesar de todo lo que se ha hablado al respecto, creemos que el eje de la cuestión que nos permite afirmar hoy por hoy, de *lege lata*, la posibilidad válida y eficaz de otorgar poderes preventivos –no así mandatos preventivos– reside en esta materia.

13. En especial: Ley 26657 de Salud Mental; Ley 26529 de Derechos del Paciente en su Relación con los Profesionales e Instituciones de la Salud (y su modificación introducida por la Ley 26742); Ley 26378 de Aprobación de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su Protocolo Facultativo; Ley 23849 de Aprobación de la Convención sobre los Derechos del Niño.

Nos enseña Negri Pisano<sup>14</sup>:

Es sabido que corresponde a Laband el mérito de haber puntualizado por primera vez la distinción conceptual entre mandato y representación. Sus reflexiones abrieron el camino para el reconocimiento del poder como acto autónomo e independiente de la relación básica de gestión. A continuación de algunas consideraciones reveladoras de Ihering, Laband **sostuvo que mandato y poder pueden coexistir, pero ello será una cosa accidental, no necesaria.** Pueden celebrarse mandatos que no faculten para representar, como sucedía en el derecho romano y sucede en el caso del comisionista “y en otros muchos y frecuentes casos”; y **hay poderes independientes de la existencia de un mandato.** “De donde se deduce que mandato y poder no son el lado interno y el lado externo de una misma relación jurídica, **sino dos relaciones jurídicas diversas entre si, que únicamente coinciden de hecho en muchos casos.** Constituye por tanto una necesidad jurídica hallar la separación rigurosa entre estos dos conceptos. Se trata de dos negocios jurídicos completamente distintos, basados en supuestos diferentes y de contenido y efectos diversos”. Aclara Laband que cuando el mandatario actúa en nombre del mandante, no puede hablarse de “mandato con facultad de representación” sino simplemente de “concurencia de un mandato con un poder”, pues siempre la facultad de representar proviene del poder, acto distinto del mandato. Laband no inventa la figura del poder sino que la descubre, guiado en parte por indicios que le suministran autores anteriores. **El poder estaba ahogado por la unión de la representación y el mandato. Desvinculados estos conceptos, el poder pasó a ocupar su sitio como fuente de la representación voluntaria.**

Informa Negri Pisano que esta teoría fue admitida en Italia y en España, y que en nuestro país “el primero en acogerlas fue Bibiloni y las exponen Fontarrosa, Masnatta y Spota”.<sup>15</sup> El estudio realizado por Negri Pisano es extenso y riguroso y a él nos remitimos en cuanto a los antecedentes y posiciones existentes a este respecto para nutrir aún más los fundamentos que nos hacen afirmar la clara, útil y necesaria separación que existe entre mandato y poder.

En sus conclusiones, señala:

Por consiguiente, nos parece que en medio de tan apasionadas discusiones emerge una conquista positiva, que consiste en el reconocimiento de que el mandato y la representación “implican nociones diversas”, como decía Bibiloni, el primero que lo advirtió entre nosotros [...] En cuanto al poder [...] su independencia con respecto a la relación básica de gestión es real, pero no siempre absoluta a nuestro juicio. Debe reconocerse la posibilidad de que exista un poder eficaz, y que produzca efectos, sin que haya negocio de gestión entre las partes. **Serán casos anómalos o de excepción, pero bastan para dar testimonio de que el poder goza de una vida propia. Cuando la relación básica existe, que es el caso más corriente, sirve para determinar la razón por la cual se otorgó el poder y el fin que con éste se persigue. El poder es el instrumento para cumplir la finalidad perseguida por la relación de gestión, pero no forma parte de ésta ni puede confundírsele con ella. La relación básica origina el derecho del apoderado para**

14. NEGRI PISANO, Luis E., *La representación voluntaria. El poder y el mandato*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1985, p. 133.

15. Ídem, p. 141.

**actuar y generalmente su obligación de hacerlo. Pero su facultad de actuar proviene del poder...**<sup>16</sup>

También el notario Rubén Lamber<sup>17</sup> expuso en 1988 la postura mayoritaria respecto de la independencia entre poder y mandato:

**... en la relación entre poderdante y apoderado deberá recurrirse al negocio base que determinó el otorgamiento del poder, y tampoco en este caso tiene que ser exclusivamente un mandato.** La sola presencia del factor de comercio, del gerente de una sociedad, del apoderado judicial, nos coloca frente a situaciones bien diferenciadas: locación de servicios, de obra, etc.

Igual criterio expusieron los notarios Andrés y Rey<sup>18</sup>:

Caracteres del poder: Independencia y abstracción. El otorgamiento del poder de representación o acto de apoderamiento suele encontrar su justificación en una relación que puede ser de la más variada índole (mandato, locación de servicios, de obra, sociedad, contrato de trabajo, compraventa, etc.), manteniendo no obstante netamente diferenciada la situación subyacente al apoderamiento de éste en sí [...] En este sentido, el poder es negocio abstracto apto para operar en las relaciones externas hacia los terceros con independencia de las vicisitudes que puedan afectar a la relación interna.

Castán Tobeñas y Pérez Fernández del Castillo, autores españoles que hemos citado cuando expusimos por primera vez, de forma incipiente, la propuesta que se desarrolla aquí,<sup>19</sup> también sostienen que el negocio subyacente en el poder no siempre es el mandato, aunque sea el más frecuente, y son dos institutos de grandes diferencias entre sí.

En relación con la representación, nos propone Negri Pisano<sup>20</sup> como definición la siguiente, que consideramos clara y conforme a la opinión mayoritaria:

Una persona actúa por representación cuando, investida de una facultad apropiada y suficiente, realiza un acto en nombre de otra, produciéndose los efectos del acto directa o inmediatamente en la esfera jurídica de la persona representada.

16. Ídem, p. 159.

17. LAMBER, Rubén A., "Representación, poder y mandatos", Bahía Blanca, Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires - Delegación Bahía Blanca, 1988 (trabajo presentado en la XXVII Jornada Notarial Bonaerense [Bahía Blanca, 1988]). [N. del E.: el lector podrá consultar las conclusiones de la Jornada en la RDN digital <http://www.revista-notariado.org.ar/>].

18. ANDRÉS, Antonio y REY, Norberto J., "Representación, poder y mandatos", Bahía Blanca, Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires - Delegación Bahía Blanca, 1988 (trabajo presentado en la XXVII Jornada Notarial Bonaerense [Bahía Blanca, 1988]).

19. Ver BRANDI TAIANA, Maritel M., "Algunos apuntes sobre los conceptos de capacidad e incapacidad en los derechos español y argentino", Madrid, [s. e.], 2002 (trabajo presentado en el marco de la beca otorgada por el Consejo General del Notariado de España; obtuvo el I Premio de Investigación Jurídica en la Prevención, Rehabilitación, Integración Social o Promoción de las Personas con Discapacidad, Personas Mayores, Inmigrantes y Refugiados, otorgado por la Fundación Aequitas de España el 19/12/2002); publicado en *Revista Notarial*, La Plata, Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, n° 954, mayo-agosto 2006, pp. 431-512.

20. NEGRI PISANO, Luis E., ob. cit. (cfr. nota 14), p. 81.

Sostiene Lamber<sup>21</sup>:

La representación es un efecto de los actos celebrados por quien, invocando el poder de otro para actuar en su nombre y de su cuenta, acredita esa circunstancia ante el tercero con el que contrata, trasladando la relación en forma directa al representado. El poder es la facultad, concedida por una persona a otra, para que celebre actos jurídicos con la autorización expresa de representarla. Conforme con la extensión de facultades acordadas, establece la medida de la representación.

Finalmente, consideramos de gran importancia señalar los requisitos de la representación, claramente expuestos por Negri Pisano:

... los requisitos indispensables que debe reunir el acto cumplido por representación, que algunos llaman condiciones, son tres: que el representante realice una manifestación de voluntad propia, que actúe en nombre del representado y que esté provisto de la facultad de representar.

Con todos estos argumentos podemos llegar a algunas conclusiones:

- 1) El poder puede tener como negocio subyacente un **acto o contrato distinto del mandato**.
- 2) El acto o negocio jurídico subyacente al apoderamiento deberá reunir las condiciones y requisitos exigibles al mismo y **no los correspondientes al contrato de mandato**. Lo contrario sería extender caprichosamente las características del contrato de mandato a los restantes actos o negocios jurídicos que puedan ser vehiculizados a través del poder.
- 3) En especial en cuanto al requisito de la capacidad exigible para contratar en cada momento, deberá estarse a los **requisitos propios del negocio subyacente**.
- 4) **No es requisito esencial de la representación la capacidad del representado al momento de su ejercicio**.

Debemos subrayar que el nuevo Código Civil y Comercial recoge todos estos conceptos al regular tanto la representación como el mandato:

- “Artículo 362. Caracteres. La representación voluntaria comprende sólo los actos que el representado puede otorgar por sí mismo...”. En este sentido, y en el ámbito que nos convoca, toda persona puede otorgar actos de autoprotección.
- “Artículo 364. Capacidad. En la representación voluntaria el representado **debe tener capacidad para otorgar el acto al momento del apoderamiento**, para el representante es suficiente el discernimiento”.
- “Artículo 380. Extinción. El poder se extingue [...] h) **por la pérdida de la capacidad exigida en el representante o en el representado**”.

Se deduce de los artículos transcriptos que la capacidad del representado debe existir al momento del otorgamiento del poder y que este se extingue por la pérdida de la capacidad exigida al representado, que no es más que la necesaria al momento del otorgamiento del poder. A decir verdad, incluso la previsión del apartado h) del

21. LAMBER, Rubén A., ob. cit. (cfr. nota 17).

artículo 380 no es del todo correcta, porque lo cierto es que en caso de que el representado no tenga capacidad suficiente al momento del otorgamiento del poder este no se extinguirá sino que será inválido. A su vez, el regular el contrato de mandato, entre las causales de su extinción, el artículo 1329 dispone: “El mandato se extingue [...] e) por la muerte o incapacidad del mandante o del mandatario”.

Evidentemente, las causales de extinción del poder y del contrato de mandato son diferentes. La incapacidad del mandante extingue el contrato de mandato y ello es lógico porque la regla de que nadie puede hacer por otro lo que no puede hacer por sí mismo es esencial al contrato de mandato. Sin embargo, el poder, como herramienta independiente del contrato de mandato y que puede tener origen en un acto o negocio subyacente diferente, no se extingue por la incapacidad sobrevenida del poderdante sino por la falta de esta al momento del otorgamiento de dicha herramienta.

#### 4. Poder preventivo

A partir de los conceptos y argumentos expuestos, estamos en condiciones de justificar y concretar nuestra opinión. El contrato de mandato no es el instituto idóneo para servir al derecho de autoprotección por cuanto, como contrato, se extingue en nuestro ordenamiento jurídico por la discapacidad sobrevenida del mandante y, teniendo en cuenta la tradición jurídica latina, consideramos que es correcto que así sea. Esto lleva aparejados, además, graves inconvenientes a la hora de su eventual revocación o de la renuncia del mandatario y/o su rendición de cuentas.

Sin embargo, el poder como instituto abstracto independiente del contrato de mandato es una herramienta eficaz que **puede otorgarse con causa en un acto de autoprotección**. En este caso, la extinción del poder se regirá por las reglas de su causa subyacente y, por tanto, nacerá a la vida jurídica ante la existencia de la discapacidad. De esta manera, evitamos forzar la letra expresa de nuestras normas vigentes y conculcar principios esenciales del contrato de mandato con el fin de coadyuvar a la autogestión de una eventual futura discapacidad.

Lo anterior no obsta que puedan otorgarse poderes que tengan como negocio subyacente un contrato de mandato y, además, un acto de autoprotección, razón por la cual, a pesar de la extinción del mandato por la discapacidad sobrevenida, el poder seguirá vigente con motivo del acto de autoprotección que también le subyace. Ello nos permitirá, en la práctica, contar con un medio legítimo indubitable de actuación frente a terceros que, a la par que protege a la persona con discapacidad, protege la seguridad jurídica del tráfico negocial. Esta interpretación está amparada en la autonomía de la voluntad, la legislación local vigente y en los tratados internacionales, pero, además, está expresamente admitida a tenor del artículo 19<sup>22</sup> de la Constitución Nacional y, ahora, en la letra expresa del Código Civil y Comercial de la Nación de inminente vigencia.

22. Art. 19 CN: “Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe”.

El poder preventivo así entendido es, además, una forma concreta de hacer efectivo el sistema de apoyos y salvaguardias adecuadas establecido en el artículo 12 de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

En un primer momento nos pasó inadvertido que no estamos hablando de un proyecto que requiera la aprobación o previsión legislativa expresa, sino que era viable de *lege lata* ya con el Código vigente. En efecto, en 2012, si bien defendimos la postura de que es necesario diferenciar el mandato del poder preventivo y su utilidad para vehicular la voluntad en previsión de la propia eventual discapacidad, lo consideramos un instituto de *lege ferenda*.<sup>23</sup> No obstante, profundizando luego en el estudio y análisis del tema, expusimos ese mismo año<sup>24</sup> que si bien el poder preventivo no se encuentra expresamente regulado, no está prohibido y, por tanto, puede ser utilizado sin más trámite que la correcta redacción causal que justifica su otorgamiento para impedir su extinción ante el supuesto de discapacidad del otorgante.

La idea originaria del mandato preventivo fue en su momento muy útil como disparador de *lege ferenda*. En el año 1996 poco se había dicho aún sobre la discapacidad e incluso intuimos que en la interpretación de alguna legislación extranjera problemas de traducción pueden haber incidido en la automática equiparación doctrinaria del mandato y el poder preventivos. En efecto, Morón Kavanagh<sup>25</sup>, al analizar la representación en el derecho civil alemán, señaló:

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.

Surge con evidencia que la doctrina que nosotros sugerimos parece ser la misma que recoge el ordenamiento jurídico alemán. Por lo tanto, en Alemania, ¿el poder preventivo es asimilable al mandato preventivo? Ciertamente es que en la doctrina que nosotros hemos podido consultar los equiparan y tratan de manera indistinta, pero a lo mejor una incursión profunda en dicho sistema jurídico nos lleve a la conclusión contraria.

Andrea Tietze, licenciada en Ciencias Jurídicas, profesora asistente de Derecho Civil (Universidad de Göttingen, Alemania), publicó en 2003 un artículo que tituló

23. BRANDI TAIANA, Maritel M., "El poder preventivo. Una buena herramienta de autoprotección", en *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, Buenos Aires, La Ley, año IV, n° 5, junio 2012, pp. 210-215.

24. BRANDI TAIANA, Maritel M., "El poder preventivo, posible en el marco del Código Civil vigente y proyectado", en *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, n° 910, octubre-diciembre 2012, pp. 25-36.

25. MORÓN KAVANAGH, Ma. Lilita, "La representación en el derecho civil argentino y en el derecho civil alemán", en *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, n° 892, abril-junio 2008, pp. 95-155.

“La autodeterminación del paciente terminal en el derecho alemán”<sup>26</sup> y, al comentar las distintas herramientas jurídicas existentes en ese ordenamiento, señaló:

El poder preventivo representa un negocio jurídico mediante el cual el poderdante faculta a una persona, en forma anticipada, para que ésta pueda actuar en su lugar en caso de incapacidad.

Parece reconocerse la existencia de un “negocio” subyacente que, por sus características, supone un acto de autoprotección.

La interpretación correcta de un derecho extranjero no es fácil, más aún si hay diferencias de idioma y tradición jurídica. Es posible que en el derecho alemán se distinga el poder del mandato y precisamente por ello se hable de poder preventivo en lugar de mandato preventivo. En todo caso, excede nuestras posibilidades determinar a ciencia cierta el criterio seguido en el derecho germano. Lo expuesto no es más que un llamado de atención frente a las cuestiones que en algunos momentos damos por ciertas.

En otro orden de ideas, no sabemos si, como dice Morón Kavanagh, es tan obvio que esa obligación subyacente al poder solo pueda crearse por contrato, dado que, a nuestro entender, en estos casos subyace un acto de autoprotección que no es en sí mismo un negocio, por lo que cabría enfrentar la circunstancia que reconoce Negri Pisano de “poder eficaz que produzca efectos, sin que haya negocio de gestión entre las partes”<sup>27</sup>. Si bien se trata de una idea que no profundizaremos en este trabajo, no subyace en esta categoría de poderes un contrato o un negocio sino un acto de autoprotección cuyas obligaciones respecto del apoderado nacen como consecuencia del ejercicio, por parte de este, de las facultades que le fueron conferidas en tanto asume, voluntariamente, el deber de cuidado de una persona.

En definitiva, en lo concerniente a la legislación extranjera actual, especialmente en España, está expresamente legislado el mandato preventivo mediante la modificación de los principios tradicionalmente reconocidos al contrato de mandato y –se esté o no de acuerdo– lo cierto es que se trata de derecho positivo. En nuestro ordenamiento, en cambio, no tenemos una norma similar y, si bien solicitamos desde hace tiempo que se dicte una ley expresa en este sentido, no hay visos de que eso ocurra. No obstante, “como no hay mal que por bien no venga”, como dice el refrán popular, esa demora del legislador nos ha permitido seguir pensando soluciones para facilitar la eficiente estructuración del derecho de autoprotección de manera que pueda implementarse de forma sencilla y rápida y que sea realmente operativo. Así, hemos podido advertir que tuvimos siempre la solución al alcance de la mano y que su hallazgo solo requería modificar el enfoque desde el que leíamos el derecho vigente. Y ahora, con el nuevo Código Civil y Comercial, no hay duda alguna respecto de su viabilidad.

26. TIETZE, Andrea, “La autodeterminación del paciente terminal en el derecho alemán”, en *Revista de Derecho*, Valdivia, Universidad Austral de Chile, v. 15, n° 2, diciembre 2003, pp. 113-130.

27. NEGRI PISANO, Luis E., ob. cit. (cfr. nota 14), p. 159.

## 5. Renuncia y revocación del poder preventivo

Evidentemente, resulta difícil admitir la posibilidad de que un mandato sea revocado por una persona con posterioridad a su discapacidad sobrevinida. No obstante, ello es perfectamente admisible en el marco del derecho de autoprotección y hasta resulta imperativo a la luz de los tratados internacionales que obligan a respetar la autonomía individual de la persona con discapacidad, más allá de que deba tenerse en cuenta su discernimiento, su comprensión del acto o negocio que otorgue en cada oportunidad.

Uno de los inconvenientes que enfrenta la previsión de la propia eventual discapacidad es la toma de decisiones sobre cuestiones futuras que se desconocen y el eventual peligro de que, llegado el momento, la voz propia no sea escuchada. Es así que nosotros entendemos que, más allá de cualquier sentencia que pudiera limitar la capacidad de obrar de un individuo, este podrá, en todo caso, formular manifestaciones contrarias a las indicadas en un momento anterior cuando aún gozaba de plena capacidad, y si el tercero a quien va dirigida la manifestación se persuade que la misma ha sido adoptada con suficiente discernimiento, deberá aceptarla y, en lo posible, darle cauce. Con igual criterio, la designación de apoderado podrá ser revocada por la misma persona discapacitada, siempre que no se encuentre privada de discernimiento al momento de manifestar su voluntad.

Sin perjuicio de lo anterior, dado que dentro del marco del derecho de autoprotección los individuos cuentan con mayor libertad a la hora de gestionar su futuro, podrán preverse mecanismos ágiles que, no obstante estar sujetos en su caso al control judicial, permitan dar soluciones inmediatas a cuestiones como la necesidad de revocación de un poder o recibir su renuncia e incluso aceptar la rendición de cuentas del apoderado. Una persona puede disponer que la revocación del poder que otorga sea decidida en el futuro por otras personas de su confianza o que ante la renuncia del apoderado asuma la responsabilidad de su representación otra persona previamente designada, y todo ello con la necesaria consulta previa al interesado disponente. También podrá acordar la persona o personas encargadas de verificar, controlar y aprobar las cuentas.

## 6. Finalmente, ¿para qué un poder preventivo?

Se dijo al principio de este trabajo que las herramientas al servicio de la autogestión de la eventual futura discapacidad suelen presentar dos inconvenientes: a) la habitual necesidad de intervención judicial para su total aplicabilidad y, el que es tal vez más grave, b) la adopción de decisiones sobre cuestiones que, al momento de tomarlas, desconocemos. Suele suceder que los seres humanos tengamos ideas claras sobre cuestiones que no hemos experimentado personalmente pero, llegado el momento, esa claridad se diluya y cambiamos de idea. El poder preventivo permite que la persona con discapacidad designe a alguien de confianza para ayudarla a tomar decisiones inmediatas que resuelvan con agilidad problemas importantes, aun de índole patrimonial: por ejemplo, la conveniencia de alquilar sus propiedades y destinar el producido de esos negocios al fin último que persigue, mejorar la calidad

de vida del poderdante. A su vez, nos permite dejar en manos de alguien que nos conoce la adopción de decisiones que, por ser futuras, resulta aventurado disponer de antemano.

No es fácil pensar y tomar decisiones en consideración de la propia eventual futura discapacidad. Sin embargo, si podemos gozar de la paz de saber que nuestra decisión, en definitiva, se limita a unas cuantas pautas generales y a la designación de esa persona leal y confiable que con suerte todos encontramos en la vida, para que adopte por nosotros las decisiones que desde lo humano y desde nuestros valores, obrando con buena fe y con afecto, entiende que nosotros mismos adoptaríamos en esas circunstancias, la presión e incluso la angustia seguramente disminuyan. Para eso es el poder preventivo.

