

*46° Convención Notarial del
Colegio de Escribanos de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*

Tema 1: Representación.

Coordinadoras: *Esc. Rocío Ibáñez y Esc. Sebastián Szabo.*

Título: **EFICACIA EXTRATERRITORIAL DEL PODER DE REPRESENTACION**

Autora: María Marta L. HERRERA

Teléfono: 1541653991

mariamartaherrera@gmail.com

Tema 1: Representación.

Coordinadoras: *Esc. Rocío Ibáñez y Esc. Sebastián Szabo.*

Título: **EFICACIA EXTRATERRITORIAL DEL PODER DE REPRESENTACION**

mariamartaherrera@gmail.com

Autora: María Marta L. HERRERA

CONCLUSIONES

1. La eficacia extraterritorial del poder de representación exige distinguir entre la relación causal de mandato y el acto autónomo de apoderamiento. Esta distinción permite determinar con mayor precisión la ley aplicable a cada aspecto de la relación.
2. En materia de derecho internacional privado, debe respetarse el orden de prelación de fuentes establecido por el artículo 2594 CCyCN: primero los tratados y convenciones internacionales aplicables y, en su defecto, las normas internas de derecho internacional privado.
3. La regla *lex loci celebrationis* constituye el criterio general para la regulación de la forma, pero no excluye la aplicación de la *lex causae* cuando el derecho que rige el fondo impone una forma determinada. La primera regula la instrumentación; la segunda determina, en los casos correspondientes, la exigencia formal y su equivalencia.
4. La CIDIP I sobre Poderes constituye la fuente convencional específica para favorecer la circulación internacional de los poderes. Su régimen permite, dentro de los límites establecidos, optar por la ley del Estado de ejercicio y someter a esta el otorgamiento, los efectos y la utilización del poder.. Sus regulaciones se aplican por analogía a casos en los que los poderes provienen de países que no son Estados Partes de la convención, por ser legislación específica en la materia.
5. Un poder otorgado en el extranjero para ser utilizado en la Argentina no puede ser considerado eficaz únicamente por haber sido autorizado por un funcionario extranjero. Cuando proviene de un país del common law, puede admitirse la equivalencia entre la forma más solemne disponible en el Estado de otorgamiento y la escritura pública exigida por la ley argentina, conforme al segundo párrafo del artículo 2649 CCyCN, siempre que se acredite la intervención del funcionario en carácter notarial y se verifique la equivalencia

formal y funcional reducida del instrumento. Asimismo, podrá exigirse que documentación que acredite la identidad del otorgante, la representación legal invocada, la existencia de la persona jurídica representada, etc, para completar las operaciones de ejercicio del notario de tipo latino (aplicación analógica de la CIDIP I de poderes).-

6. La protocolización de un instrumento extranjero no subsana, por sí sola, un defecto de forma existente al momento de su otorgamiento ni altera automáticamente su naturaleza jurídica. La transcripción en protocolo sería sólo un recaudo de resguardo del documento extranjero de apoderamiento , que carece de matricidad.

7. Las facultades conferidas en el poder deben interpretarse estrictamente. Cuando la ley exige facultades especiales, estas deben surgir del instrumento con el grado de precisión necesario para acreditar la voluntad del poderdante.

8. El notario que autoriza un poder destinado al extranjero debe considerar anticipadamente la ley del Estado de destino, las fuentes convencionales aplicables y las exigencias de legalización, apostilla, traducción y publicidad que puedan resultar necesarias.

9. En los poderes judiciales otorgados en el extranjero subsiste una problemática particular derivada de la interacción entre el derecho sustancial, las normas procesales locales y los diferentes sistemas de instrumentación. La jurisprudencia posterior a 2015 no ha sido uniforme, por lo que la calificación debe realizarse atendiendo al foro concreto, a la fuente aplicable y a la equivalencia formal del documento.

10. En definitiva, la eficacia internacional del poder exige una valoración integral: fuente aplicable, capacidad, contenido, forma, equivalencia, efectos y orden público. La función notarial adquiere así un papel central en la prevención de conflictos y en la circulación segura de documentos representativos en un contexto de creciente movilidad internacional.

INTRODUCCIÓN:

En los supuestos de representación voluntaria, el fenómeno representativo presenta dos aspectos. (1) el interno, se identifica con el encargo que una persona confiere al representante; y (2). el externo, que consiste en la investidura con la cual el poderdante habilita al apoderado para gestionar los negocios frente a terceros, y acepta directamente en su patrimonio, todas las consecuencias de los actos cumplidos por su representante.-

La investidura de la representación resulta del acto de apoderamiento, que es autónomo e independiente.

Por esta razón la doctrina distingue entre mandato y representación, que no son figuras antagónicas, pero poseen autonomía y, pese a la frecuencia con que aparecen ligadas, no está demás aclarar que el mandato puede ejecutarse con o sin representación, y el poder, en cambio, es siempre representativo e inviste al apoderado de un verdadero título para obrar por otro.

En efecto, si bien la representación voluntaria puede provenir de un contrato de mandato; que es un acto jurídico bilateral, la representación es siempre unilateral. Por esa razón, la doctrina afirma que el mandato impone a alguien la realización de algo, en tanto que el ***poder supone que una persona está autorizada a realizar algo en nombre de otra.***

Así las cosas, el poder ha sido definido como la autorización que el representado confiere al representante para que éste celebre negocios jurídicos en su nombre y representación, impactando los efectos de esos actos directamente en el patrimonio del representado.

El apoderamiento es, unilateral, pues nace de la sola voluntad del poderdante, y es recepticio, porque debe tener un destinatario (apoderado), que lo aceptará en forma expresa o tácita, al ejercerlo¹.

Desde que se confiere el poder el apoderado o autorizado tiene aptitud jurídica necesaria para hacer nacer, por medio de sus actos, derecho y obligaciones a favor o en contra de una persona (representado o poderdante).

¹ Código Civil y Comercial Comentado, Tratado Exegético, Tomo II, La Ley, Buenos Aires, 2015, página 884.-

La doctrina además ha establecido que el negocio base de la representación es un simple antecedente necesario del poder, pero no su causa, y por ello las cuestiones que pueden afectar al negocio base (contrato de mandato) no afectan en nada al negocio abstracto poder.

Y mientras que el mandato tiene su origen en una relación obligatoria, personal e interna, entre el mandante y el mandatario, el apoderamiento solamente suministra un poder jurídico de obrar en nombre del poderdante.

PRIMERA PARTE: ROL PASIVO DEL NOTARIO Y CALIFICACIÓN Y EFICACIA DE LOS PODERES AUTORIZADOS EN EL EXTRANJERO EXTRANJERO:

Ello establecido y adentrándonos en el objeto de análisis de esta ponencia, en el ámbito de la representación voluntaria, las cuestiones fundamentales que se suscitan desde la perspectiva del derecho internacional privado notarial, y que deben ser analizadas por el notario al calificar el apoderamiento autorizado en el extranjero, tienen que ver con:

- a) la capacidad del poderdante para otorgar poder,
- b) la forma del poder, o el conjunto de solemnidades a las que deberá ajustarse el poderdante para manifestar su voluntad de autorización al apoderado en la jurisdicción de emisión,
- c) el contenido o conjunto de facultades que se le confieren al apoderado.
- d) la determinación la ley aplicable al negocio jurídico de apoderamiento;
- e) la determinación de la ley que le impone al apoderamiento una forma determinada o que lo exime de toda exigencia formal (ley impositiva de la forma);
- f) la determinación del derecho que rige la realización misma de la forma (ley reguladora de la forma)
- g) la determinación de la equivalencia entre la forma regulada en el lugar de celebración y la forma exigida por la ley impositiva del lugar de ejecución o uso del poder.

Todos estos aspectos deberán analizarse teniendo en cuenta el orden de prelación en la aplicación de las fuentes (artículo 31 de la Constitución Nacional y artículo 2594 CCYCN), de cuyo juego resultarán aplicables los tratados y las convenciones internacionales vigentes de aplicación en el caso y, en defecto de normas de fuente internacional o convencional, se aplican las normas del derecho internacional privado argentino de fuente interna (contenidas en el Título IV del CCYC). En caso de resultar aplicable el derecho extranjero, deberá tenerse en consideración lo prescripto en el artículo 2595 del CCYC.

Ello establecido, pasamos a analizar cada una de las cuestiones señaladas:

- 1) A la hora de determinar la **capacidad para conferir poder**, el ordenamiento jurídico argentino de fuente interna y convencional, elige el punto de conexión “domicilio”, y será la ley vigente en el mismo, la que determinará la capacidad del sujeto persona física a esos fines. Si el otorgante fuera una persona jurídica, será la ley del lugar de su constitución, la que determinará su capacidad jurídica para conferir poder.
- 2) Respecto del contenido del poder, teniendo en cuenta el debate doctrinario sobre la calificación del negocio jurídico que constituye la representación voluntaria, hay que considerar que para un sector de la doctrina, se trata de un “negocio jurídico unilateral”², “abstracto y recepticio”³. Y para la jurisprudencia,⁴ es un contrato, al que le son de aplicación las normas sobre mandato, en relación con los tipos específicos de representación. De allí pues que, generalmente, se recurra a las normas sobre contratos con elementos extranjeros, para regular la validez, naturaleza y obligaciones derivadas del poder, que se sujetarán a la ley argentina, si el lugar de ejecución del contrato fuera el territorio nacional.⁵

En efecto, la jurisprudencia nacional ha dejado aclarado que cuando las partes contratantes han previsto un ámbito de ejecución territorial distinto total o parcialmente de aquel en el que el contrato se celebró, será la ley del lugar de ejecución el que tendrá primacía para resolver las cuestiones de fondo atinente al mismo⁶. En el mismo sentido, se expresó nuestro país al ratificar la “Convención Interamericana de Panamá de 1975 sobre Régimen Legal de Poderes para ser utilizados en el extranjero”.⁷

² CALVO CARAVACA, Alfonso, CARRASCOSA GONZALEZ, Javier, Derecho Internacional Privado, vol II, Ed. Comares, Granada, 1998, pag. 490, citado por Uriondo de Martinolli, Amalia “Eficacia formar de un poder otorgado en el extranjero”, Revista del Notariado N°878, página 113 y ss.

³ PERUGINI, Alicia, La validez y circulabilidad internacional del poder de representación notarial, Depalma, Buenos Aires, 1988, pags. 33/45.-

⁴ Ver al respecto un interesante fallo publicado en La Ley el 5/11/2004, Fallo 108276 y en la Revista del Notariado N°878, página 113 y ss., con nota de Uriondo de Martinolli, Amalia “Eficacia formar de un poder otorgado en el extranjero”, por el que la Sala G de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de esta Ciudad, en autos “STOFFREGEN DE SCHEREYER, Friederike C.M. c/ GONZALEZ DAZZORI, Edgardo y otros”, confirmó la decisión del a quo en cuanto estableció la validez intrínseca y los efectos de un poder general judicial y de administración de bienes otorgado en Alemania para ser desempeñado en el país, que debía someterse a la ley del ejercicio conforme el art. 1209 y 1210 del Cciv. Es válido el poder si fue redactado en castellano e instrumentado en escritura pública tal y como exige el artículo 1184 inc 7° del Cciv argentino, pues no existe ninguna disposición normativa de fuente interna que prohíba que el otorgamiento de un acto en el extranjero se realice en el idioma nacional ni que exija para reconocer la validez al documento notarial foráneo que este sea redactado en el idioma del país de otorgamiento y acompañado con su correspondiente traducción. La intervención del notario genera la presunción iuris tantum de que ha sido realizado de conformidad con las leyes del país de celebración, por lo que cabe inferir, atento la falta de prueba en contrario, que la ley alemana autoriza a la redacción de los poderes en un idioma distinto. Ver nota de Moretti Diego, al mismo fallo, en Revista del Notariado N 881, página 141 y ss.

⁵ Ver además: CNCiv, sala I, marzo 3-1990 “Frederick Parker Limited c/ Villa y Egea”, en Noodt Taquela Maria Blanca, Derecho Internacional Privado, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1992, pag. 104/111; CNCiv, Sala C, febrero 9-1999, “Folignoli, Gabrielle c. Lafalce, Josefina s/ nulidad de testamento”, ED 187-129.

⁶ En el mismo sentido, el Dictamen del Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, elaborado por el Esc. Eduardo Clariá, aprobado el 19/6/91, Expte. Oficio 9/5/91, y el dictamen publicado en la Revista del Notariado N°825, pags. 544-548-

⁷ En esa oportunidad se expresó que “La República Argentina interpreta que también la validez intrínseca del poder se sujeta a la ley del estado donde este se ejerce”. En el mismo sentido, el art. 9 de la Convención de La Haya sobre Ley aplicable a los Contratos de Intermediación y representación del 14/3/1978” (ratificada por la Argentina por ley 23.964, publicada el 10/9/91), que dispone que sea cual fuere la ley aplicable a la relación de representación, se tendrá en cuenta la ley del lugar de ejecución en lo que concierne a las modalidades de ejecución.

1. Y finalmente, respecto de la forma de otorgamiento del poder, serán de aplicación las normas sobre “forma de los actos jurídicos” en los casos con elementos extranjeros, aplicando las normas de derecho internacional privado de fuente convencional y fuente interna . La forma del acto jurídico consiste en cualquier comportamiento exterior exigido al autor de una manifestación de voluntad jurídica, para alcanzar su plena eficacia: es la envoltura externa, continente, cáscara del acto jurídico, y difiere de su sustancia, contenido, fondo del acto jurídico.⁸
- 3) En todos los casos habrá que distinguir entre el contrato de mandato que existe entre quien imparte la orden y quien concretará con terceros esa manda en nombre de su representado, y el acto de apoderamiento por el cual se otorga poder o autorización al representante para realizar el acto por el apoderado que, si es formal, se plasma en el instrumento de apoderamiento.

A. REGIMEN DE LA EFICACIA DE LOS PODERES CONFERIDOS EN EL EXTRANJERO, PROVENIENTES DE ESTADO QUE SON PARTE DE TRATADOS APLICABLES A LA MATERIA:

La fuente convencional está constituida por:

1. Los Tratados de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1889 que nos vinculan con Bolivia, Paraguay, Uruguay, Perú y Colombia , y el Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1940, que nos vincula con Uruguay y Paraguay (y es de aplicación con preferencia al Tratado de 1889 en los casos que nos vinculan con estos dos países).De estos tratados se aplican los artículos relacionados con la regulación de la forma y validez de los actos jurídicos, si tuviéramos que analizar el contrato de mandato Pero dado que los mismos países también son parte de la CIDIP I Sobre Poderes, que citamos más adelante, este último instrumento se aplica en forma preferencial a los Tratados de Derecho Civil Internacional de 1889 y 1940.-
2. El Convenio de La Haya sobre la Ley Aplicable a los Contratos de Intermediarios y a la Representación: Que se aplica a la relación jurídica causal en los casos de mandato con representación. Excluye la regulación de la forma del mandato, por lo

⁸ FELDSTEIN DE CARDENAS, Sara L., Derecho Internacional Privado, Parte Especial, Editorial Universidad, Buenos Aires, 2000, pag.260.

que no lo analizaremos. Solamente nos vincula con Francia y Portugal, fue suscripto el 14/03/1978 y entró en vigor el 01/05/1992.-

3. Convención Interamericana sobre Régimen Legal de Poderes para ser utilizados en el extranjero. CIDIP I. Panamá 1975: es la fuente convencional por antonomasia en materia de forma de los poderes extranjeros. Y, dada su especialidad, se recomienda su aplicación por vía analógica, aún para regular casos de poderes con elementos extranjeros que nos vinculen con países que no son parte de la misma.

Al día de la fecha, la convención ha sido ratificada por Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Uruguay y Venezuela. Este instrumento tiende a favorecer la validez y eficacia, con la consiguiente circulación internacional, de los poderes otorgados en un Estado parte, que pretende ejercerse en otro Estado parte de la misma.⁹

Dispone que los poderes debidamente otorgados en uno de los Estados Partes serán válidos en cualquiera de los otros, si cumplen con las reglas establecidas en la Convención. Y en concordancia con la línea jurisprudencial argentina, dispone 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 ejercerse. En todo caso, si la ley de este último exigiere solemnidades esenciales para la validez del poder, regirá dicha ley.

Los efectos y el ejercicio del poder y los recaudos de su publicidad registral, se sujetan a la ley del Estado donde éste se ejerce, ley que también determinará si el poder debe estar legalizado.

Todos sus disposiciones son coherentes con las normas de derecho internacional privado de fuente interna que regulan el instituto.

Cuando en el Estado en que se otorga el poder es desconocida la solemnidad especial que se requiere conforme a la ley del Estado en que haya de ejercerse, bastará que se cumpla con lo dispuesto en el artículo 7 de la Convención.

Respecto del contenido de los poderes, la Convención expresamente determina que en todos los poderes el funcionario que los autentica deberá certificar o dar fe si tuviere facultades para ello, sobre lo siguiente:

⁹ Fue utilizada para resolver en autos resueltos por la CaepI CC, Rosario, sala 1º, noviembre 14-1995, "M.A.E. s/ recurso registral" ED 12/3/1996.

La identidad del otorgante, así como la declaración del mismo acerca de su nacionalidad, edad, domicilio y estado civil;

El derecho que el otorgante tuviere para conferir poder en representación de otra persona física o la existencia legal de la persona moral o jurídica en cuyo nombre se otorgare el poder;

La representación de la persona moral o jurídica, *así* como el derecho que tuviere el otorgante para conferir el poder.

Si en el Estado del otorgamiento no existiere funcionario autorizado para certificar o dar fe sobre los puntos señalados, deberán observarse las siguientes formalidades:

- a. El poder contendrá una declaración jurada o aseveración del otorgante de decir verdad sobre lo dispuesto en la letra a) del artículo 6;
- b. Se agregarán al poder copias certificadas u otras pruebas con respecto a los puntos señalados en las letras b), c) y d) del mismo artículo;
- c. La firma del otorgante deberá ser autenticada;
- d. Los demás requisitos establecidos por la ley del otorgamiento.

Receptando el principio de comprensión del documento, la Convención dispone que se traducirán al idioma oficial del Estado de su ejercicio los poderes otorgados en idioma distinto.

Finalmente, y pareciendo tomar partido respecto de la naturaleza jurídica del poder, la Convención dispone que no es necesario para la eficacia del poder que el apoderado manifieste en dicho acto su aceptación, la que resultará de su ejercicio.

Por lo demás, y conteste con todo el sistema de derecho internacional privado, se dispone que el Estado requerido podrá rehusar el cumplimiento de un poder cuando éste sea manifiestamente contrario a su orden público (internacional). Ello por cuanto es éste el límite al reconocimiento de la eficacia extraterritorial de los poderes conferidos en el extranjero, conforme expresamos *ut supra*, consideraciones a las que nos remitimos.

En caso de conflicto en la determinación de la fuente aplicable en materia de poderes, el operador de derecho deberá estar a los principios y criterios enunciados precedentemente.-

**B. REGIMEN DE LA EFICACIA DE LOS PODERES CONFERIDOS EN EL
EXTRANJERO, PROVENIENTES DE ESTADO QUE NO SON PARTE DE
TRATADOS APLICABLES A LA MATERIA:**

En el derecho interno las normas que regulan a la forma de los actos jurídicos, se encuentran a partir de los artículos 284 CCYC y siguientes, consagrando el principio de libertad de formas. Veamos: “*ARTÍCULO 284.- Libertad de formas. Si la ley no designa una forma determinada para la exteriorización de la voluntad, las partes pueden utilizar la que estimen conveniente. Las partes pueden convenir una forma más exigente que la impuesta por la ley.*”

Concordante con este principio, el artículo proyectado 1015 CCYC, establece que (para el derecho argentino) sólo serán formales los contratos a los cuales la ley les impone una forma determinada. Y el artículo 1016 CCYC agrega que la formalidad exigida para la celebración del contrato rige también para las modificaciones ulteriores que le sean introducidas, excepto que ellas versen solamente sobre estipulaciones accesorias o secundarias, o que exista disposición legal en contrario.

En el mismo sentido, el artículo 285 CCYC, dispone que “... *El acto que no se otorga en la forma exigida por la ley no queda concluido como tal mientras no se haya otorgado el instrumento previsto, pero vale como acto en el que las partes se han obligado a cumplir con la expresada formalidad, excepto que ella se exija bajo sanción de nulidad.*”, en concordancia con el artículo 1185 del Código Civil velezano.

Siempre en el campo de la regulación de derecho interno, en lo que respecta a la forma escrita, el artículo 286 CCYC dispone que la expresión escrita puede tener lugar por instrumentos públicos, o por instrumentos particulares firmados o no firmados, excepto en los casos en que determinada instrumentación sea impuesta; y puede hacerse constar en cualquier soporte, siempre que su contenido sea representado con texto inteligible, aunque su lectura exija medios técnicos. Esta última parte de la norma constituye una novedad, a ser tomada en especial consideración, a la luz de los avances de la tecnología.

Ahora bien, como excepción al principio de libertad de formas o bien confirmándolo, según como se vea el tópico, también en la esfera de derecho de fondo local, el artículo 1017 CCYCN dispone que *deben ser otorgados por escritura pública: a) los contratos que tienen por objeto la adquisición, modificación o extinción de derechos reales sobre inmuebles, aunque quedan exceptuados los casos en que el acto es realizado mediante subasta*

proveniente de ejecución judicial o administrativa; b) los contratos que tienen por objeto derechos dudosos o litigiosos sobre inmuebles; c) todos los actos que sean accesorios de otros contratos otorgados en escritura pública; d) los demás contratos que, por acuerdo de partes o disposición de la ley, deben ser otorgados en escritura pública.

Y a lo largo del texto del CCYC se contemplan otros supuestos que exigen la escritura pública como única forma válida a los efectos de instrumentar ciertos actos jurídicos (por ejemplo: designación de tutor, manifestación de voluntad procreacional, constitución de asociaciones, etc.)

Específicamente, la regulación iusprivatista multinacional en materia de formas consagra el universalmente aceptado principio de que la misma se rige por la ley del lugar de otorgamiento, según la fórmula tradicional de *lex locus regit actum* o mejor expresada, *lex loci actus regit instrumentum ejus*; con el acertado aditamento de que se regula la forma en materia de contratación entre ausentes, lo que constituye una verdadera novedad.

La pertinencia de la inclusión de esta regulación estriba en que dicha modalidad de contratación es cada vez más común en un mundo globalizado como el que vivimos y, particularmente, en un país en proceso de integración como el nuestro.

La norma comentada prescribe: “*ARTÍCULO 2649.- Formas y solemnidades. Las formas y solemnidades de los actos jurídicos, su validez o nulidad y la necesidad de publicidad, se juzgan por las leyes y usos del lugar en que los actos se hubieren celebrado, realizado u otorgado. Cuando la ley aplicable al fondo de la relación jurídica exija determinada calidad formal, conforme a ese derecho se debe determinar la equivalencia entre la forma exigida y la forma realizada. Si los contratantes se encuentran en distintos Estados al tiempo de la celebración, la validez formal del acto se rige por el derecho del país de donde parte la oferta aceptada o, en su defecto, por el derecho aplicable al fondo de la relación jurídica*”.

En concordancia, el artículo 2652 CCYC determina que *en defecto de elección por las partes del derecho aplicable, el contrato se rige por las leyes y usos del país del lugar de cumplimiento. Si no está designado, se entiende que lugar de cumplimiento es el del domicilio actual del deudor de la prestación más característica del contrato. En caso de no poder determinarse el lugar de cumplimiento, el contrato se rige por las leyes y usos del país del lugar de celebración. La perfección de los contratos entre ausentes se rige por la ley del lugar del cual parte la oferta aceptada.*

Podemos apreciar que las normas en materia de forma desde la perspectiva del derecho internacional privado, responden a los criterios imperantes en la doctrina y jurisprudencia vigentes, y están en un todo de acuerdo con los principios y regulaciones especiales de cierta fuente convencional, y los principios universalmente aplicables.

C. LEY APLICABLE AL CONTRATO DE MANDATO Y AL PODER EN EL CCYCN:

El CCYC distingue acertadamente, entre mandato y poder, regulando a aquél como contrato y a este como instrumento que contiene una autorización para actuar en nombre y representación del poderdante u otorgante.

Esta distinción no se incluía en el Código Velezano y fue causa de más de una mala interpretación de ambos institutos, generando no poca confusión en los operadores jurídicos.

El artículo 1319 CCYC define al mandato como “contrato”, en virtud del cual una parte se obliga a realizar uno o más actos jurídicos en interés de otra. El mandato puede ser conferido y aceptado expresa o tácitamente. Si una persona sabe que alguien está haciendo algo en su interés, y no lo impide, pudiendo hacerlo, se entiende que ha conferido tácitamente mandato. Por lo demás, la ejecución del mandato implica su aceptación aún sin mediar declaración expresa sobre ella.

El artículo 1320 CCYC hace clara la distinción entre poder y mandato, al disponer que “... *Si el mandante confiere poder para ser representado, le son aplicables las disposiciones de los artículos 362 y siguientes. Aún cuando el mandato no confiera poder de representación, se aplican las disposiciones citadas a las relaciones entre mandante y mandatario, en todo lo que no resulten modificadas en este Capítulo.*”

La representación es una situación jurídica que nace de diversas fuentes (convencional, legal). Roca Sastre y Puig Brutau la definen como aquella institución en cuya virtud una persona, debidamente autorizada, investida de poder, otorga un acto jurídico en nombre y por cuenta de otra; recayendo sobre ésta los efectos normales consiguientes. De este modo, los efectos o consecuencias del acto jurídico cumplido por el representante no gravitan sobre su patrimonio, sino que se proyectan, al decir de Paccione, en un salto a dos pies sobre el representado¹⁰

¹⁰ SAJJ Código Comentado, Tomo IV, pag.54, Buenos Aires, 2016

Concretamente, el artículo 362 CCYC, dispone: “... *Caracteres. La representación voluntaria comprende sólo los actos que el representado puede otorgar por sí mismo. Los límites de la representación, su extinción, y las instrucciones que el representado dio a su representante, son oponibles a terceros si éstos han tomado conocimiento de tales circunstancias, o debieron conocerlas obrando con cuidado y previsión*”.

Y el artículo 366 CCYC agrega: “... *Cuando un representante actúa dentro del marco de su poder, sus actos obligan directamente al representado y a los terceros. El representante no queda obligado para con los terceros, excepto que haya garantizado de algún modo el negocio. Si la voluntad de obrar en nombre de otro no aparece claramente, se entiende que ha procedido en nombre propio*.”

En lo que respecta a la materia que nos convoca, esto es la “forma” del apoderamiento en la fuente interna, es de destacar lo prescripto por el proyectado artículo 363, que expresamente regula que “...*El apoderamiento debe ser otorgado en la forma prescripta para el acto que el representante debe realizar*”.

Es decir que, si el apoderado pretendiere llevar adelante los actos descriptos en el artículo 1017 del CCYC, su apoderamiento deberá constar en escritura pública, como única forma válida e impuesta, a esos fines.

Por lo demás, en materia de interpretación de facultades y requerimiento de mandas especiales, el artículo 375 CCYC, expresamente reza: “... *Las facultades contenidas en el poder son de interpretación estricta. El poder conferido en términos generales sólo incluye los actos propios de administración ordinaria y los necesarios para su ejecución. Son necesarias facultades expresas para: a) peticionar el divorcio, la nulidad de matrimonio, la modificación, disolución o liquidación del régimen patrimonial del matrimonio; b) otorgar el asentimiento conyugal si el acto lo requiere, debiendo identificarse los bienes a que se refiere; c) reconocer hijos, caso en el que debe individualizarse a la persona que se reconoce; d) aceptar herencias; e) constituir, modificar, transferir o extinguir derechos reales sobre inmuebles u otros bienes registrables; f) crear obligaciones por una declaración unilateral de voluntad; g) reconocer o novar obligaciones anteriores al otorgamiento del poder; h) hacer pagos que no sean los ordinarios de la administración; i) renunciar, transar, someter a juicio arbitral derechos u obligaciones, sin perjuicio de las reglas aplicables en materia de concursos y quiebras; j) formar uniones transitorias de empresas, agrupamientos de colaboración empresarial, sociedades, asociaciones, o fundaciones; k)*

dar o tomar en locación inmuebles por más de TRES (3) años, o cobrar alquileres anticipados por más de UN (1) año; l) realizar donaciones, u otras liberalidades, excepto pequeñas gratificaciones habituales; m) dar fianzas, comprometer servicios personales, recibir cosas en depósito si no se trata del necesario, y dar o tomar dinero en préstamo, excepto cuando estos actos correspondan al objeto para el que se otorgó un poder en términos generales.”

Es decir que, por el juego de las normas antes transcritas, en el caso de poderes conferidos a los efectos de, por ejemplo, *constituir, modificar, transferir o extinguir derechos reales sobre inmuebles u otros bienes registrables*, se requerirán no solamente facultades específicas conferidas por el poderdante al apoderado sino que, además, dicho apoderamiento deberá constar en escritura pública autorizada de conformidad con los recaudos instrumentales en el lugar de celebración o de emisión del poder (artículo 1017 inciso a) e inciso d) y artículo 2649 CCYC).

Para los demás supuestos contemplados en el artículo 375 CCYC, se requerirán poderes especiales que podrán ser otorgados en instrumentos privados o públicos, como requisito de forma impuesta y exigida, si ellos fueren a ser utilizados o fueren conferidos, en los términos de los incisos c) y d) del artículo 1017 CCYC

Es claro que la ley impositiva de la forma debe ser la misma que juzgue sobre la equivalencia entre la forma realizada y la forma exigida, transformándose así, esa misma regulación, en la ley calificadora de tal forma.

El derecho que rige el fondo del negocio jurídico ha de ser, por necesidad, el que impone y califica la forma.

Y finalmente, la **ley reguladora de la forma** será la del lugar de otorgamiento del acto, según así lo consagra expresamente el texto legal, que indica aplicable a la validez formal del acto la ley del lugar de otorgamiento, celebración o realización del mismo. En efecto, se consagra expresamente el principio *locus regis actum*¹¹, por lo cual la forma de los actos jurídicos y, en su caso, los recaudos de registración se sujetan a las prescripciones del lugar donde se realizan.-

Esta norma deja de lado el sistema de la ley del lugar de ejecución, que sí está presente en el Tratado de Montevideo de 1889 (art. 32).

¹¹ En concordancia con los arts. 80 a 85, 159, 950, 1180 a 1182, 1211, 3129, 3635 y 3638 del Código Civil.

Ahora bien, conforme entiende la doctrina y jurisprudencia aplicables, la regla de *lex locus regit actum* es, sin embargo, una regla facultativa o de carácter facultativo atenuado¹², ya que da la opción entre la aplicación de la *lex causae* o la *lex loci*.

Por ello se sostiene que la cuestión debe ser resuelta teniendo en consideración dos situaciones diversas: una es la existencia o inexistencia de una ley que exija una forma determinada en el lugar de ejecución, y la otra es la reglamentación de la forma en sí.

La existencia de una forma es una cuestión esencial, que debe ser reglada por la ley a la que está sometido el acto jurídico (*lex causae*); en cambio, la reglamentación puede quedar sujeta a la ley del lugar de celebración del acto (*lex locus regit actum*).

Por esta razón algunos autores ¹³ afirman que en la autonomía de la voluntad en materia de las formas se circunscribe al aspecto de la regulación de las formas, pero con límites: (a) en primer lugar, por el derecho impositivo de las formas, es decir, el derecho que rige el fondo del acto jurídico – por lo cual, en este caso habrá que distinguir entre el Derecho Internacional Privado coactivo del fondo del asunto excluyente de la autonomía de la voluntad¹⁴ y el Derecho Internacional Privado dispositivo que rige el fondo¹⁵, que es del ámbito de la autonomía de la voluntad, que puede alterar el derecho de fondo y, por tanto, a la imposición de una forma determinada; y (b) en segundo lugar, se encuentra limitada por el derecho material al que el Derecho Internacional Privado remite: éste puede exigir una forma pública o privada, y, la exigencia de una forma pública impide la autonomía propia en la ley reguladora de la forma, porque el funcionario público deberá ajustarse a sus propias normas imperativas, no así a la impropia, es decir, la realización del acto en otro país que no exija la forma pública.

En este marco, pueden plantearse algunas cuestiones, sobre todo en los casos en el que el país en el que se otorgó el acto no tiene regulada una forma equivalente (ej.: la forma de los instrumentos públicos en el Derecho de filiación latina y el common law, que desconoce esta forma).

¹² Código Civil Comentado, Director Julio César Rivera, Rubinzal Culzoni Editores, año 2004, Tomo 1, pág. 54.

¹³ Véase PERUGINI, Alicia, La validez y la circulabilidad interaccional del poder de representación notarial, Ed. Depalma, 1988, pág. 81 y ss.

¹⁴ i.e. en materia de derechos reales.

¹⁵ i.e.: en materia de contratos internacionales.

Estos supuestos se solucionan generalmente mediante la aplicación de la *lex loci celebrationis* con el alcance más amplio que el de la regulación de los requisitos formales, de manera que la *lex loci celebrationis* es moderadora del rigorismo de la ley de fondo.¹⁶

En el caso de otorgarse un poder en el exterior, a los efectos de ser ejercido en nuestro país, el mismo podrá ser considerado como la instrumentación de un mandato que, en tanto contrato, se rige en lo relativo a su validez, naturaleza y obligaciones por la ley del lugar de cumplimiento.

Todo ello dado que, a tenor de las normas transcritas, si el mandato ha de ejercerse en la Argentina, la ley argentina como *lex causae* y, eventualmente, *lex fori* si se planteara una controversia judicial, impondrá la forma exigible al poder que ha de presentarse a los efectos de acreditar la representación invocada, y será en nuestro territorio en donde deben llevarse a cabo las conductas que permitirán cumplimentar el mandato conferido.

La regulación vigente impone la forma de “escritura pública” para la ejecución de los actos jurídicos contemplados en el artículo 1017 y otros tantos actos dispersos a lo largo del texto del Código proyectado, de lo que se deduce que los únicos supuestos en los cuales la ley argentina actuará como “ley impositiva” de la forma “escritura pública” para un poder otorgado en el extranjero, estarán constituidos por aquéllos poderes conferidos en el exterior para ejecutar los actos jurídicos en el país previstos en esas normas específicas que imponen esa forma agravada.

Para ejecutar otros actos jurídicos no incluidos en esas normas o que no sean accesorios de actos jurídicos extendidos en escritura pública o cuando las partes hubieran escogido esa forma para otorgar cualquier acto jurídico que las vincule, regirá el principio de libertad de formas, y los mismos podrán ser conferidos por escritura pública o instrumento privado (i.e.: poderes generales de administración, o de disposición de bienes muebles o muebles registrables, etc.), y tendrán plena eficacia extraterritorial en nuestro país.

Sin embargo, la falta de exigencia formal de escritura pública, no excluye la exigencia de que el poder sea “especial”, en los casos del artículo 375 CCYCN.

En consecuencia, podemos expresar que, en materia de poderes, aún aquellos otorgados en el extranjero para tener eficacia extraterritorial en nuestro país, rige el principio de libertad

¹⁶ Esta situación tiene su origen en la diferente organización del Estado de las cuestiones relativas a la delegación del ejercicio de la función fedante (ejercicio de la fe pública), entre los países de raigambre latina y los del common law, y el reconocimiento o no de la existencia de diferentes tipos de instrumentos, según intervengan o no en su confección y elaboración, funcionarios públicos delegatarios de la fe pública.

de formas que se regula conforme el principio de la *lex loci celebrationis*. Todo ello a excepción del o los poderes conferidos para ejecutar los actos jurídicos enumerados taxativamente en el artículo 1017 del CCYC y en los demás casos dispersos a lo largo del texto del Código y leyes especiales, que exigen escritura pública (constitución de sociedades comerciales, asociación civil, fundación, contrato de gestación por sustitución), en cuyo caso sí existirá una exigencia formal de la *lex causae* que rige esta materia (conforme artículos 2663 y concordantes del CCYCN) y que impone la forma de “escritura pública” para su otorgamiento. Y será esa misma *lex causae* la que, a su turno, calificará la equivalencia de la forma.

Por lo demás, no debe perderse de vista y es de lamentar que las normas proyectadas no incluyen ningún texto semejante al artículo 14 inciso 4º del Código Civil de Velez, que instauro el principio *favor negotii patriae*, en virtud del cual se aplicará la ley argentina cuando ésta sea más favorable a la validez del acto. Según dicha norma, si la *lex causae* no exige forma alguna especial y faculta a las partes a celebrar el acto en el idioma y con las solemnidades que estimen corresponder, regirá en toda su plenitud el principio *locus regit actum*. En cambio, cuando no se hubieren cumplido las formas establecidas por la ley extranjera de la celebración, pero se han observado los requisitos de forma que instauran nuestras leyes, tales actos serán válidos.

De lo expuesto precedentemente se deducen los siguientes principios:

- Cuando se deba calificar un poder que deba ser utilizado en la República Argentina, habrá de tenerse en consideración que el poder es la instrumentación de un mandato que, en tanto contrato, se rige en lo relativo a su validez, forma, naturaleza y obligaciones por la ley del lugar de cumplimiento.
- La **ley reguladora de la forma** será la del lugar de otorgamiento, que indica aplicable a la validez formal, la ley de otorgamiento del acto, esto es, la del país de origen del documento.
- Si el poder se otorga en el extranjero, para ejecutar algunos de los actos del jurídicos listados en el art. 1017 del CCYC y los demás dispersos en el CCYC, que exigen escritura pública para su instrumentación, y la *lex causae* aplicable al ejercicio del mandato es la ley argentina, entonces el poder deberá otorgarse en el extranjero con forma de acto notarial auténtico, escritura pública o documento auténtico notarial, por ser esta la forma exigida por la *lex causae* que resulta impositiva de la forma de

otorgamiento del poder. Asimismo, deberán incluirse las facultades especiales mencionadas en el art. 375 del CCYC, en su caso, para ejecutar esos actos que requieren facultades especiales.

- La equivalencia de la forma del lugar de otorgamiento y la forma exigida por la *lex causae*, será determinada por esta última, procurando a esos fines analizar la equivalencia entre la forma exigida y la forma ejecutada, y no la equivalencia funcional del notario público que interviene en la autorización del documento, pues este último criterio puede llevar a casos claudicantes cuando los poderes provienen de países que poseen notariados organizados de acuerdo con el common law.
- En todos los casos deberá tenerse presente el principio de equivalencia de la forma, cuando se trate de documentos públicos que emanen de países del common law, o extraños al sistema del notariado latino.

SEGUNDA PARTE: ROL ACTIVO DEL NOTARIO Y AUTORIZACION DE PODERES PARA SER UTILIZADOS EN EL EXTRANJERO.

En primer lugar el escribano nacional que sea requerido para autorizar un poder que será utilizado o desplegará su eficacia en el extranjero, deberá tener en especial consideración al momento de autorizarlo, todo lo previsto en la Convención Interamericana sobre régimen legal de poderes para ser utilizados en el extranjero ¹⁷, en lo relativo a los recaudos de forma y contenido, cuando el poder instrumentado en escritura pública vaya a ser utilizado en alguno de los Estados parte de la Convención.

Si dicha fuente convencional no resultare aplicable por no ser el Estado de destino del poder parte de la Convención, sus normas podrán aplicarse en forma analógica por ser fuente específica y, además, serán de aplicación las normas de derecho internacional privado de fuente interna: los artículos 2649, 2652 y demás concordantes del CCYC.

Es decir que, si el apoderado pretendiere llevar adelante los actos descriptos en art. 1017 CCYC, sea en el país o en el extranjero, su apoderamiento debería constar en escritura pública, como única forma válida e impuesta por el orden público interno a esos fines, salvo que se invocara el artículo 2° de la CIDIP I sobre Poderes, que consagra el principio facultativo de la *lex loci celebrationis*.

¹⁷ <https://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/b-38.html>

En efecto, la disposición del art. 1017 CCYC está expresamente dirigida al notario y este debe cumplimentarla pues su acatamiento implica que el acto ha sido autorizado legalmente, que se ha cumplimentado lo dispuesto en el art. 2649 CCYC y normas complementarias de fuente convencional, y se habilitan las presunciones de haber sido autorizado conforme al ordenamiento del país de emisión, que su legalización o apostillado le confieren.

Por el contrario, si el notario no atacara lo allí dispuesto con el argumento de que el poder se autoriza en Argentina pero para ser utilizado en un país que no exige la forma de escritura pública y se autorizara con una forma distinta o inferior (instrumento privado o instrumento privado con firmas certificadas notarialmente), se violaría el art. 2649 y el 2654 del CCYC, afectando la seguridad jurídica y la presunción de legalidad de la escritura pública que pretende ser utilizada en el extranjero, lo que implica que, además, no puede ser legalizada ni apostillada en el país de emisión de documento. A esos fines, será conveniente hacer una atestación notarial que justifique ese otorgamiento invocando el artículo 2 de la CIDIP I de Poderes.-

Párrafo aparte merece, sin embargo, lo relativo a los poderes que se otorgan en el país para ser utilizados en el extranjero en el ejercicio de facultades que no involucran los supuestos del artículo 1017 CCYC y sus accesorios, en cuyo caso sí puede recurrirse al principio de libertad de formas en el momento de su otorgamiento o incluso, cumplir la forma exigida en el lugar de utilización del poder, sin afectar con ello el orden público e internacional argentino.

No es del todo aplicable al caso lo prescripto por el art. 375 CCYC, con relación a las facultades específicas que debe contener el poder, pues esta enumeración sólo es exigida como recaudo de fondo, para los casos en que los poderes se utilizarán en el país.

ROL ACTIVO Y PROTOCOLIZACION EN ARGENTINA DE PODERES CON FACULTADES JUDICIALES OTORGADOS EN EL EXTERIOR PARA SER UTILIZADOS EN TRIBUNALES DE LA REPUBLICA ARGENTINA:

Párrafo aparte merece el tratamiento de la forma exigible a los poderes para ser presentados en juicio a partir de 2015, en el que, por la reforma, no se los incluyó entre los que deben ser otorgado por escritura pública en el art. 1017 CCYC.

No obstante ello, sí se mantuvo esa exigencia de forma impuesta en muchos códigos procesales que son, como se sabe, *lex fori* y de regulación local en nuestro país, en virtud de la organización federal de gobierno, por ser potestad no delegada por las provincias.

Hasta el año 2015, la doctrina sostenía que, en el caso de poderes para estar en juicio, dado que involucraban un mandato que había de ejercerse en la Argentina, la ley argentina como *lex fori*, iba a imponer la forma exigible al poder, pues aquí es donde debían llevarse a cabo las conductas que permitirán cumplimentar el mandato conferido. Y en caso de no existir fuente convencional aplicable al caso, habría de tenerse en consideración lo prescripto por las normas procesales y la jurisprudencia local, al menos en el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires, que exigen que los poderes generales o especiales que deban presentarse en juicio se realicen por escritura –o instrumento- público -ley impositiva de forma-.

Sin embargo, no obstante que la ley argentina puede ser la ley impositiva de la forma pública para este tipo de instrumentos, su alcance no llegará hasta la determinación de recaudos técnicos de su redacción, que se rigen por la ley de lugar de celebración del instrumento (la ley argentina puede exigir que el apoderamiento se otorgue por instrumento público, pero los recaudos y formalidades para ser tenidos como tal, se rigen por la ley del lugar de celebración del mismo)

En cualquier supuesto, debe recordarse que la protocolización o transcripción en protocolo notarial en nuestro país, de un documento privado que contuviera un apoderamiento judicial otorgado en el extranjero para ser ejercido en nuestro país, no producía la mutación de la naturaleza jurídica de dicho apoderamiento, que continuaba siendo instrumento privado, insuficiente en conforme lo establecido por la ley argentina de fuente interna impositiva de la forma.

La jurisprudencia y la doctrina no fueron pacíficas en este tema, desde 2015.

Así, se pueden encontrar fallos a favor de la postura que exige otorgamiento por escritura pública y deniegan la representación invocada cuando el documento extranjero presentado en el expediente no tiene esa forma, y otros que no lo exigen, y aceptan el poder otorgado por cualquier otra forma no solemne, sobre todo para declarar la validez de los poderes provenientes de países del common law, con un argumento erróneo.

La doctrina¹⁸ reconoce la inconsistencia destacada en cuanto a la regulación en la fuente interna, pero concluye en forma ambivalente, así: “... *Al haberse sancionado un nuevo Código Civil y Comercial de la Nación por parte del Congreso Nacional en ejercicio de las facultades delegadas (ley N° 26.994), en el que no se exige expresamente el instrumento público para la acreditación del mandato para intervenir en juicio (art. 1015 y 1017 del CCYCN), a su disposición ha de estarse. Así las cosas, una ley procesal que no puede crear para actos jurídicos —en la especie: contrato de mandato—, formas instrumentales que la ley sustancial no prevé (arts. 5, 31, 75 inc. 12, 121, 126, Constitución Nacional). Es decir, las Jurisdicciones provincial y la nacional no puede imponer las formas a los contratos, cuando ellas no están previstas en la ley nacional que regula sobre la materia delegada. “, sin embargo, a continuación, concluyen: “...La doctrina constitucionalista en general entiende que la función de legislar sobre materia procesal pertenece, en principio, a cada una de las Provincias y no al Congreso de la Nación. Conforme al artículo 75, inciso 12 de la Constitución Nacional, el derecho común está formado por los códigos y las leyes dictadas por el Congreso Nacional pero no deben alterar las jurisdicciones locales. Por su parte, el artículo 121 de la Constitución Nacional señala que las Provincias conservan todo el poder no delegado al Gobierno Nacional. Frente a esto la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha señalado que esa atribución de legislar el derecho común que las Provincias han delegado a la Nación legitima la regulación (por acción y por omisión) de aspectos procesales en determinadas situaciones (CSJN, Fallos 138:157; 141:254; 162:376; 247:524; 265:30, entre otros), cuando lo considere el caso, y así puede prescribir formalidades especiales para el ejercicio de determinados derechos establecidos en los códigos fundamentales que le incumbe dictar. (“Bernabé Correa” Fallos 138, p. 157).”*

¹⁸ LETURIA, Mauro F. y otros, Representación, mandato y poder. Una encrucijada entre el derecho de forma y de fondo, *ista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad Nacional de La Plata. UNLP. Año 16/N° 49-2019.* <https://doi.org/10.24215/25916386e003>