



46ª Convención Notarial

Año 2026

LA CAPACIDAD DEL REPRESENTADO Y LA ACTUACIÓN NOTARIAL

Límites y alcances en la representación voluntaria

TEMA 1

REPRESENTACIÓN VOLUNTARIA

Coordinadores: Esc. Rocio Ibañez y Esc. Sebastián A. Szabo

Autores:

Ceravolo, Ángel F.

Teléfono: 5218-7799 — Correo electrónico: afceravolo@gmail.com

Reibestein, Santiago P.

Teléfono: 1132322974 — Correo electrónico: santiago@reibestein.com.ar

Scotti, Sofia T.

Teléfono: 2215447480 — Correo electrónico: sofiateresascotti@gmail.com

PONENCIA

Tema 1: Representación voluntaria

Autores: Ángel F. Ceravolo, Santiago P. Reibestein y Sofía T. Scotti

Título: “La capacidad del representado y la actuación notarial. Límites y alcances en la representación voluntaria”

1. En lo atinente a la representación, se presume la capacidad del representado al momento en que el representante contrata con el tercero. Su discernimiento es intrascendente.
2. La extinción de la representación por pérdida de la capacidad únicamente tiene lugar ante una declaración judicial que la restrinja.
3. El escribano es diligente en su intervención fedataria, cumpliendo las exigencias legales que se le imponen ante una representación.
4. La oponibilidad de la representación la debe construir el tercero que contrata con el representante. El escribano colabora únicamente en la verificación de los documentos acreditativos de una representación, que es el deber funcional que se le impone en su intervención.

ÍNDICE

PONENCIA.....	2
Abreviaturas:.....	4
DESARROLLO.....	4
Introducción.....	4
1. La expresión de la voluntad en la representación voluntaria.....	5
1.1. El acto de Apoderamiento.....	5
1.2. El instrumento de Poder	6
1.3. Alcance del apoderamiento.....	7
1.3.1. Distinción entre facultades, mandas y autorización.	8
1.3.2. Alcance de las facultades.....	9
1.3.3. Alcance del ejercicio de las facultades	9
1.4. La voluntad del representado en el acto de apoderamiento	10
1.5. La voluntad del representante en el negocio	10
1.6. Recepción normativa	12
2. La capacidad en la representación.....	13
2.1. La capacidad exigida al representado	13
2.1.1. Al momento del apoderamiento	13
2.1.2. Al momento en que el representante actúa	14
2.2. La capacidad del representante.....	15
2.3. La capacidad no es discernimiento	16
3. Los vicios de la voluntad en la representación	17
4. La extinción de la representación por la pérdida de la capacidad.	18
5. Oponibilidad ante terceros	19
6. Actuación notarial en la representación.....	20
CONCLUSIONES	21
BIBLIOGRAFÍA	23

Abreviaturas:

BGB: Bürgerliches Gesetzbuch (Código Civil Alemán)

CC: Codice Civile (Código Civil Italiano)

CCIV: Código Civil (Vélez Sarsfield)

CCCN: Código Civil y Comercial de la Nación

BGH: Bundesgerichtshof (Tribunal Supremo Federal alemán)

DESARROLLO**Introducción**

La figura de la representación voluntaria ha transitado un extenso proceso de maduración doctrinaria hasta alcanzar lo que hoy refleja nuestro Código Civil y Comercial de la Nación.

Como punto de partida conceptual, resulta útil recordar la construcción doctrinaria de la que abreva nuestro ordenamiento. En tesis de principio, el negocio jurídico es "obra propia y exclusiva de la persona sobre cuya esfera jurídica debe desplegar influencia": la voluntad es suya y también lo es la manifestación, de modo que coinciden el sujeto del negocio -parte en sentido formal- y el sujeto interesado -parte en sentido material-¹ Esa regla, sin embargo, tolera que un tercero coopere en el negocio ajeno. La cooperación puede ser meramente material o de hecho -como la del nuncio, que sólo transmite una manifestación ajena, o la de quienes intervienen en la fase previa de formación del negocio, e incluso la del escribano en su función certificante-; en todos estos supuestos la actividad del tercero se añade a la manifestación del interesado, pero nunca ocupa su lugar.

Cosa distinta es la sustitución, en la que "un sujeto ocupa el lugar de otro y realiza el negocio por él", aportando no ya sólo la manifestación sino también la voluntad; dentro de esta categoría se ubican la representación directa, la indirecta, la gestión y la interposición². En este marco se comprende la idea central que vertebra el análisis: la representación es una subespecie de la sustitución en la actividad negocial. Es el representante quien, ocupando el lugar del representado, celebra el negocio, mientras que los efectos jurídicos se proyectan sobre la esfera del representado. Sobre esta base conceptual se estructuran las cuestiones que abordaremos: la expresión de la voluntad, la capacidad exigida y el alcance de la actuación notarial.

¹ Cariota Ferrara, 1956, p. 577.

² Cariota Ferrara, 1956, p. 578.

A los efectos de aplicar correctamente la normativa es necesario trascender su interpretación literal. Por ello, a través de este trabajo, nos proponemos indagar en las raíces históricas y en el derecho comparado —principalmente la doctrina alemana e italiana— que brindaron el sustento necesario al legislador argentino.

En el análisis que aborda la expresión de la voluntad, la distinción entre capacidades y el tratamiento de los vicios en la representación, buscaremos los fundamentos jurídicos necesarios para establecer el alcance de la actuación notarial al momento de celebrar un contrato en que una parte ejerce una representación.

Procuramos dar respuesta al siguiente interrogante: ¿El escribano debe verificar la capacidad del representado cuando contrata el representante?

1. La expresión de la voluntad en la representación voluntaria

Uno de los puntos más debatidos en la representación voluntaria es lo atinente a la expresión de la voluntad; más específicamente, determinar quién expresa la voluntad al momento de celebrar el negocio jurídico: ¿El representante o el representado?

Esta pregunta le llevó años a la doctrina poder responderla adecuadamente. Así las cosas, para alcanzar tan reveladora respuesta, debemos analizar previamente otras cuestiones que son de orden primario en la sucesión de los acontecimientos jurídicos para la concreción de un negocio jurídico por poder.

Antes bien, debemos detenernos en el acto de apoderamiento.

1.1. El acto de Apoderamiento

Para que la representación surta los efectos propios, debe existir un acto de apoderamiento que lo sustente.

El acto de apoderamiento es aquel en el que el representado otorga poder a otro llamado representante, a los efectos de que lo represente.

En otras palabras: toda persona tiene la capacidad de realizar actos jurídicos en el ejercicio de sus derechos³. Esa posibilidad de ejercer derechos puede ser delegada en otra persona que lo haga en su nombre⁴; por supuesto, dejando a salvo los actos que la ley establece que únicamente pueden ser ejercidos por la persona titular de los mismos⁵.

³ CCCN, art. 23.

⁴ CCCN, art. 358.

⁵ Nos referimos a los actos personalísimos, como el más famoso, el testamento (art. 2465, CCCN).

Dada esa relación de delegación, los efectos de los actos jurídicos celebrados por el representante impactan en el representado, porque está ejerciendo los derechos de éste y no los suyos propios.

Cuando la persona concede el poder -es decir, le concede una facultad: la posibilidad jurídica de ejercitar sus derechos- a otra de realizar actos jurídicos, está realizando un acto de apoderamiento.

Debemos distinguir este acto del instrumento que lo contiene, lo que analizaremos a continuación.

1.2. El instrumento de Poder

El instrumento que contiene el acto de apoderamiento se lo denomina Poder. Es su reflejo, la constancia de que ese acto tuvo lugar.

El instrumento sirve a los efectos de acreditar la representación que tuvo nacimiento en un acto de apoderamiento.

Expresa Mosset Iturraspe: “El poder es el título a la representación, a la gestión en nombre ajeno, [...] sin poder no hay representación y quien invoca el nombre de otro sin estar legitimado para ello se constituye en *falsus procurator* o sedicente apoderado”⁶.

El autor se refiere al poder en sentido material o de fondo, el título de la representación es el acto de apoderamiento (poder).

En sentido formal, el instrumento poder es título que acredita la representación.

1.2.1. Forma

En la mayoría de los actos jurídicos la forma escrita es aquella establecida a los efectos probatorios. Por lo tanto, en estos casos la representación también debe revestir dicha forma legal. Esto es lo que exige nuestro CCCN al establecer en su artículo 363 que “El apoderamiento debe ser otorgado en la forma prescripta para el acto que el representante debe realizar”.

Lo prescripto sobre la forma en el art 363 del CCCN es tomado del Código Civil Italiano, y es lo contrario que se plantea en el BGB. Mientras que en este último, la representación no requiere la forma del acto jurídico, la legislación italiana lo rechaza y opta

⁶ Mosset Iturraspe, 1979, p. 54.

por la vía del paralelismo de la forma, la cual es tomado en nuestra legislación y su reflejo es el artículo en vigencia⁷.

Conforme Mosco, la doctrina italiana lo fundamenta de la siguiente manera: “estando los efectos del negocio representativo destinados a producirse en la esfera del representado, la manifestación de este, que se encamina también a la consecución de tal resultado, no pueden menos de revestirse de la misma forma prescrita por la ley para el negocio principal”⁸; a su vez, el autor cita a la doctrina francesa la cual entendió que el representante, una vez otorgado el poder, queda desprotegido, por lo que la exigencia de la forma del negocio principal es en su protección⁹.

Lo que destacamos es que, como requisito para que surta efectos la representación, no solo basta el acto de apoderamiento, sino que cumpla con la forma requerida para el acto que el representante pretenda realizar. De este modo, el instrumento poder también es título en sentido formal.

Por ello, el representante debe presentar el instrumento que contenga el acto de apoderamiento con las formas establecidas para el acto que pretenda realizar, a los fines de que su actuar no impacte en la esfera de sus derechos.

1.3. Alcance del apoderamiento

Otro de los requisitos para que la representación produzca sus efectos es su alcance¹⁰.

El representado tendrá que expresar cuales son los actos que concede que el representante realice en su nombre.

El representado le da la facultad al representante de que en su nombre ejerza sus derechos. Esa facultad puede ser general o específica.

Nuestra legislación presupone que el acto de apoderamiento otorgado en términos generales, abarca únicamente los actos de administración ordinaria¹¹. Para la celebración de determinados actos, el representado deberá facultar de manera expresa al representante¹².

⁷ BGB, art. 167: “El otorgamiento del poder no requiere la forma que esté determinada para el negocio jurídico al que el poder se refiere.” CC, art. 1392: “El poder no tiene efecto si no es conferido con las formas prescriptas para el contrato que el representante debe concluir.”

⁸ Mosco, 2019, p. 182. Agrega el autor que el poder podría considerarse una “disposición potencial”, razón por la cual el legislador italiano optó por que su forma fuera la del acto (Mosco, 2019, p. 74).

⁹ Mosco, 2019, p. 182.

¹⁰ CCCN, art. 359.

¹¹ CCCN, art. 375.

¹² Son las facultades expresas que contempla el art. 375 del CCCN.

1.3.1. Distinción entre facultades, mandas y autorización.

Es importante distinguir el otorgamiento de una facultad de una instrucción o una manda.

La manda o las instrucciones son las indicaciones que una persona (mandante) le da a otra (mandatario) a los efectos de que realice lo que pretende aquel. Nuestro ejemplo cotidiano: la mamá le dice al hijo “andá a comprar pan a la panadería de la esquina y pedí figacitas de manteca”. La mamá le está indicando qué es lo que debe realizar el hijo.

Con mayor especificidad, diremos que aquí no hay representación, solamente le está indicando qué debe hacer.

La facultad en la representación es la concesión que el representado hace al representante para que éste ejerza sus derechos. Le concede la posibilidad jurídica de actuar.

Volviendo a nuestro ejemplo anterior en este caso sería que la mamá expresa: “las compras que hagas vos en la panadería, se anoten en mí cuenta”. Aquí la madre concede que compre pan en su nombre y los efectos impactan en ella. Este es el efecto de la representación.

La facultad no es una manda o una instrucción para el representante, es ni mas ni menos que la posibilidad jurídica de que ejerza los derechos del representado y, por lo tanto, los efectos de su actuar tengan impacto en la esfera jurídica del representado.

Este fue uno de los puntos más difíciles de distinguir por la doctrina. Vélez Sarsfield no separaba el mandato de la representación, y por lo tanto, lo expresado en un poder se podía interpretar como una manda.

Vale preguntarse ¿el poder puede contener instrucciones dentro de las facultades? La respuesta a esta pregunta es afirmativa, y técnicamente estaríamos frente a un mandato con un acto de apoderamiento.

También, vale distinguir las instrucciones (la manda) con las limitaciones al ejercicio de la facultad. Esto último lo analizaremos en el punto 1.3.3.

Por último, diferenciamos todos esos conceptos de la autorización.

La autorización es el permiso que una persona le otorga a otra para realizar un acto que pertenece a su esfera. [V.gr.](#): una persona autoriza a que otra venda un mueble que es de su propiedad.

Aquí no hay representación, los efectos de la venta no impactan sobre el dueño del mueble, sino directamente sobre el autorizado.

Podríamos decir que la autorización es a los efectos de legitimar a una persona que pretende realizar un acto con un objeto en el cual no tiene derechos.

1.3.2. Alcance de las facultades

Un punto importante para destacar y que tiene relevancia en la práctica notarial, es el alcance de las facultades (no del apoderamiento).

Cuando el art 375 contempla que las facultades se interpretan restrictivamente, se refiere “a la literalidad de los términos utilizados”¹³.

Quiere decir que si se faculta para vender un inmueble, no está permitiendo la facultad para hipotecarlo.

No se aplica en la representación el principio romano de “*quien puede más puede lo menos*”. Por lo tanto, quien tiene facultad de vender un inmueble -disposición-, es decir “lo más”, no tiene facultades para locarlo -administrar-, “lo menos”.

En otros términos la interpretación restrictiva a la facultad es que el representado otorgó esa facultad y no otra, y a eso debe ceñirse su interpretación.

1.3.3. Alcance del ejercicio de las facultades

Ahora bien, esta interpretación restrictiva de la facultad no tiene relación con su ejercicio que es, en principio, de carácter amplio.

Quien tiene una facultad, tiene todas las prerrogativas necesarias para ejecutarla; salvo, por supuesto, estipulación en contrario del representante.

En lo práctico, quien tiene facultad de vender, tiene todos los derechos para su ejercicio; vale decir: pactar el precio, formas y modalidades de pago, condiciones, firmar boleto, la escritura traslativa, las solicitud de ulterior copia del título y hasta incluso el levantamiento de una medida o régimen que grave el inmueble ([v.gr.](#) protección de la vivienda, ex bien de familia), entre otras.

No es necesario que todos estos actos estén reflejados en el poder, ya que son inherentes a la facultad y, su extensión, está contemplada expresamente en el artículo 360 del CCCN¹⁴.

A contrario sensu, si se pretende restringir el actuar del representante, el representado debe limitar el acto en particular sobre el cual tiene facultad.

¹³ CCCN, art. 1062.

¹⁴ CCCN, art. 360: “Extensión. La representación alcanza a los actos objeto del apoderamiento, a las facultades otorgadas por la ley y también a los actos necesarios para su ejecución.”

Así pues, cuando se otorga un poder para que se venda determinado inmueble, por determinado precio y bajo determinadas condiciones, se está frente a un acto de apoderamiento en el cual se limita la facultad de ejercicio del representante.

Insistimos, es la restricción del ejercicio de la facultad lo que debe quedar expreso y no, como suele ocurrir en la práctica, expresar lo que sí está facultado a hacer el representante y que se supone ínsito en dicha potestad.

1.4. La voluntad del representado en el acto de apoderamiento

Todo lo analizado con relación a las facultades, tiene su corolario en cuanto a que las facultades son la expresión de voluntad del representado.

En el acto de apoderamiento el representado exterioriza su voluntad en cuanto faculta (permite) al representante celebrar un negocio en ejercicio de sus derechos y en su nombre.

La facultad otorgada al representante no exterioriza el acto o una obligación para el representante, sino que otorga la directiva de lo que él puede realizar; [v.gr.](#) no expresa “vendo” o “vendé”, sino “te faculto a que lo vendas en mi nombre”.

El representado exterioriza su voluntad al momento de facultar; es por ello que el representante no requiere una nueva declaración del representado.

1.5. La voluntad del representante en el negocio

Es el representante quien está presente y celebra el negocio (contrato) con el tercero, que luego tendrá efectos en la esfera patrimonial del representado.

Ahora bien, cuando el representante actúa, ¿expresa su voluntad o la del representado? Y esto nos lleva a dilucidar la pregunta planteada anteriormente: ¿Quién expresa la voluntad al momento de celebrar el negocio jurídico? ¿El representante o el representado?

Las teorías de la expresión de la voluntad merecen un apartado especial, pero en honor a la brevedad y fines de este trabajo, expondremos los puntos más importantes.

Para entender acabadamente a quién se le atribuye la voluntad, debemos retrotraernos a Roma, en la que no se concebía la representación y regía la máxima "Que a través de una persona extraña, nada puede adquirirse"¹⁵.

¹⁵ “*Per estraneam personam nihil adquiri posse*”. Mosset Iturraspe, 1979, p.23.

El mandato (o procura) era ejercido por una persona de suma confianza (mandatario), quien contrataba con el tercero en nombre propio y luego le transmitía lo adquirido al dueño original del negocio (mandante).

Fue a través del derecho canónico que se impuso el principio contrario: “cualquiera puede hacer por medio de otro lo que puede hacer por sí mismo”.

El derecho francés, si bien de base romana, toma la idea de la representación, pero no la separa del mandato y plantea una postura unitaria: “no hay mandato sin representación”¹⁶.

Vélez Sarsfield, se basa en Aubry y Rau, por lo que el CCIV replica esa idea.

Hasta aquí, si analizamos quién emite la voluntad en el negocio principal, diríamos que se plasma la voluntad del representado, aunque la expresara un representante¹⁷.

De allí se formula la teoría de la ficción y el principio de “quien actúa por medio de otro, es como si actuara por sí mismo”. Se traduce, de este modo, la idea de que el representante nada decide y no emite su voluntad, sino que cumple lo indicado por el representado.

Esta postura es criticada en cuanto reduce al representante al rol de un mero mensajero o nuncio.

La doctrina detectó que no podía afirmarse que la declaración del representante es una declaración del representado¹⁸.

Los juristas alemanes entendieron que al momento de celebrar el acto, el que estaba presente y emitía la voluntad negocial es el representante y no el representado.

Esta es la teoría de la representación, cuya formulación es la siguiente: “solo en la persona del representante y no del representado viene a existir el negocio de gestión; la voluntad negocial es voluntad indivisa del representante, la procura es únicamente presupuesto y límite para la eficacia de la esta voluntad, pero no la contiene”¹⁹.

Al momento de celebrar el negocio jurídico “la única voluntad válida es la del representante”²⁰.

No conviven dos voluntades al momento de celebrar el negocio principal, sino que cada parte, representante y representado, emiten su voluntad en momentos distintos.

¹⁶ Mosset Iturraspe, 1979, p. 34, quien recoge las posturas de Aubry y Rau, Laurent, y Baudry-Lacantinerie et Wahl.

¹⁷ Savigny, s.f., citado en Mosco, 2019, p. 111.

¹⁸ Windscheid, s.f., citado en Mosco, 2019, p. 112.

¹⁹ Mosco, 2019, p. 115.

²⁰ Mosco, 2019, p. 115.

Es el representante quien emite su voluntad al momento de celebrar el negocio. Él decide celebrar el negocio y en qué condiciones; es él quien dice “vendo este inmueble”. Al momento de celebrar el negocio es la única voluntad que interesa.

Pero, ¿acaso no importa la voluntad (o el querer) del representado? Si, pero su momento de expresarse fue en el acto de apoderamiento. Nos aclara Mosco: “La voluntad del *dominus*, relativa a los elementos predeterminados, no se declara directamente al tercero, pero se proyecta sobre los elementos, en cuanto a contenidos en el negocio de gestión”²¹.

La voluntad expresada en el negocio es la del representante, pero su voluntad está “condicionada” por la voluntad del representado, en cuanto a los límites que impuso en la representación.

1.6. Recepción normativa

El BGB, (1900), recepitó la teoría de la representación y también lo analizado precedentemente en cuanto a quién celebra el acto y la expresión de voluntad. Todo ello fue reflejado en el artículo 164-1: “***Una declaración de intenciones que una persona realiza*** en el ejercicio de sus facultades de representación en nombre de un mandante surte efecto directamente a favor y en contra de este”²². Si bien el artículo apunta a los efectos de la representación, destacamos la primera parte, en la que se resalta quién emite la declaración.

El *Codice Civile*, (1942), recepta las teorías alemanas y, en idéntico sentido y de forma más precisa, lo refleja en el artículo 1388: “***El contrato celebrado por el representante*** en nombre y en interés de la parte representada, dentro de los límites de las facultades que le han sido conferidas, produce efecto directo respecto de la parte representada.”²³

El proyecto de reforma del CCIV de Bibiloni (1936) recepcionaba la teoría de la representación, pero en este punto ponderó la opinión de Martínez Paz y Laffaile y se desestimó²⁴.

El actual artículo 359 del CCCN reza: “***Los actos celebrados por el representante*** en nombre del representado y en los límites de las facultades conferidas por la ley o por el acto de apoderamiento, producen efecto directamente para el representado.”²⁵. Ya contemplado en el anteproyecto de 1998, sigue la misma línea del derecho alemán e italiano.

²¹ Mosco, 2019, p. 122.

²² El resaltado y la bastardilla nos pertenecen.

²³ El resaltado y la bastardilla nos pertenecen.

²⁴ Consideraban que el mandato quedaba vacío de eficacia si se separaba de la representación (Mosset Iturraspe, 1979, p. 49).

²⁵ El resaltado y la bastardilla nos pertenecen.

Esta referencia la encontramos también en el artículo 366: “Cuando *un representante actúa* dentro del marco de su poder, *sus actos* obligan directamente al representado y a los terceros...”²⁶.

En definitiva, es el representante quien actúa y es su voluntad la que se emite al momento de contratar con un tercero.

2. La capacidad en la representación

Aclarado cuándo es que representante y representado emiten su voluntad, podemos avanzar sobre otros puntos, y detenernos en el análisis de la capacidad exigida al representado y al representante.

2.1. La capacidad exigida al representado

Debemos separar la capacidad exigida al representado en dos momentos: al otorgar el poder y cuando el representante actúa y contrata con el tercero.

2.1.1. Al momento del apoderamiento

Partimos del presupuesto de que el representado únicamente expresa su voluntad al momento del apoderamiento y en ese acto hizo “todo lo que él podía para que el acto de disposición pudiera tener lugar”²⁷.

En esa lógica la solución adoptada por las normativas, centra a valoración de la exigencia de la capacidad del representado para celebrar el acto principal (contrato), **al momento del acto de apoderamiento.**

En cuanto al CCCN, el artículo 364 del CCCN refleja, de forma concreta y expresa, esta lógica: “En la representación voluntaria el representado debe tener capacidad para otorgar el acto al momento del apoderamiento...”.

El art 1389 del *Codice Civile* expone: “Cuando la representación es conferida por el interesado, para la validez del contrato concluido por el representante basta con que éste tenga la capacidad de entender y querer, atendiendo a la naturaleza y al contenido del contrato mismo, siempre y cuando el representado sea legalmente capaz.”²⁸

²⁶ El resaltado y la bastardilla nos pertenecen.

²⁷ Mosco, 2019, p. 94.

²⁸ Vale la pena aclarar que “legalmente capaz” se refiere a la capacidad de ejercicio. La norma, en su lectura, parece indicar que la capacidad del representado se mérita al momento de la celebración del contrato por el representante; pero la doctrina lo entiende en el mismo sentido que nuestro art. 364, es decir, “deberá tener la capacidad de obrar en el momento en que estipula el poder” (Mosco, 2019, p. 294).

En este punto, el BGB no tiene un reflejo normativo como el CCCN y el *Codice Civile* en cuándo exigirle capacidad al representado; ello lo hace la jurisprudencia al entender, en el mismo sentido, que la exigencia es al momento del acto del apoderamiento²⁹.

Por supuesto, como el otorgamiento del poder es un acto jurídico, también debe tener en ese momento todos los requisitos para otorgarlo; es decir, no sólo tener capacidad, sino reunir los presupuestos internos del acto jurídico: discernimiento, intención y libertad³⁰.

Del análisis del art 364 destacamos que:

a) el legislador utiliza la palabra capacidad, la cual debe entenderse en sus dos vertientes: de derecho y de ejercicio³¹;

b) el representado debe tener capacidad para celebrar el acto jurídico por el cual apodera al representante. Esto es lógico porque los efectos del acto que celebre el representante serán sobre su esfera jurídica; pero ¿Cuándo debe estar presente esa capacidad? el legislador exige al momento del apoderamiento.

Lo que nos lleva inevitablemente a preguntarnos ¿Qué sucede con la capacidad del representado al momento en que el representante celebra el acto (contrato) con el tercero?

2.1.2. Al momento en que el representante actúa

¿Qué capacidad se le exige al representado cuando el representante ejerce la representación?

Tal como vimos, en el acto principal, cuando el representante contrata con un tercero, es su voluntad la que se expresa y no la del representado.

Por la letra del art 364, se daría a entender que, otorgado el poder, el representado se aparta totalmente y nada importa lo que le suceda, ya que expresó su voluntad y su capacidad para el acto principal fue exigida en el acto de apoderamiento.

En cuanto a los vicios de la voluntad podríamos decir que esta afirmación es correcta, pero lo veremos con mayor detenimiento cuando tratemos el tema en el apartado 3.

Ahora bien, sería erróneo afirmar que no es trascendente la capacidad del representado al momento en que el representante contrata con un tercero.

²⁹ BGH. (3/2/2016). XII ZB 425/14. <https://dejure.org/ext/2a4bd8cb273b425665abe60ae0f5a2d8> consulta: 18/08/2026.

³⁰ CCCN, art. 260.

³¹ CCCN, arts. 22 y 23.

El efecto de la representación es la proyección de los efectos jurídicos de lo actuado por el representante sobre el representado³²; “sus actos obligan directamente al representado”³³.

Como principio general, la voluntad del representado (su capacidad) debe ser constante y estar presente al momento en que el representante contrata³⁴; es decir al momento en que queda obligado.

De lo contrario, se desconocería los efectos de la representación y se generaría una inseguridad jurídica, ya que un representante estaría sometiendo a su representando a una obligación que no podría o podrá cumplir por ser incapaz, defraudando así al tercero contratante; además de que el acto jurídico sería nulo si perjudica al incapaz³⁵.

El CCCN no plantea de forma explícita esta lógica; pero la encontramos plasmada de manera implícita al momento en que la extinción de la representación procede por la pérdida de la capacidad³⁶; tema que profundizaremos en el apartado 4.

En virtud de ello y la integración interpretativa con los principios generales, podemos afirmar que la capacidad del representado debe estar presente al momento en que se otorga el acto principal, cuando el representante contrata con el tercero.

2.2. La capacidad del representante

En lo que respecta al representante, la ley exige que posea discernimiento³⁷.

La norma no aclara cuándo es exigido ese discernimiento.

Por nuestra parte, no tenemos dudas de que esa exigencia debe estar presente al momento en que el representante contrata con el tercero; ya que es él quien celebra el acto jurídico.

Por otro lado, se plantea si también se le exige el discernimiento al representante al momento en que el representado le confiere las facultades, es decir en el acto de apoderamiento, lo cual sostenemos que así debe ser.

Los fundamentos de requerir sólo discernimiento (no capacidad) al representante están conectados con los fundamentos acerca de quién expresa la voluntad en el negocio

³² CCCN, art. 359.

³³ CCCN, art. 366.

³⁴ La doctrina italiana entiende que es necesaria una “voluntad constante” por parte del representado, que no se agota en el acto de apoderamiento (Mosco, 2019, p. 403 y ss.).

³⁵ CCCN, art 45

³⁶ CCCN, art. 380, inc. h).

³⁷ CCCN, art. 364.

principal y en quién impactan los efectos jurídicos. Remitimos al análisis proseguido líneas arriba en el presente.

2.3. La capacidad no es discernimiento

Ponemos de resalto que aquí lo que interesa es la capacidad.

Es trascendente en este punto recordar que capacidad y discernimiento son conceptos distintos.

La capacidad y en especial la capacidad de ejercer los derechos (capacidad de ejercicio) es un precepto legal, es estático y, por sobre todas las cosas, se presume³⁸. Toda persona puede ejercer sus derechos y solo la ley o una sentencia judicial pueden establecer lo contrario.

El discernimiento, por su parte, es un concepto flexible “en el sentido de que no es susceptible de todo o nada (se tiene o no discernimiento)”³⁹ y puede probarse su inexistencia por cualquier medio .

Como expresaba el maestro Llambías: “El discernimiento consiste en la aptitud del espíritu humano que permite distinguir lo verdadero de lo falso, lo justo de lo injusto, y apreciar las consecuencias convenientes o inconvenientes de las acciones humanas [...] es la aptitud de razonar”⁴⁰.

El representado debe tener la aptitud legal para recibir los derechos y obligaciones que contrae el representante y poder ejercerlos. Eso es, precisamente, la capacidad, la cual se presume en todo momento.

Ante esta diferencia se pone de resalto que el legislador no fue caprichoso al establecer la capacidad como la regla a evaluar y no el discernimiento, el cual poco tendrá de relevante al momento en que el representante contrate con un tercero, ya que el discernimiento se requiere para el acto jurídico a celebrar con el tercero.

En definitiva, es el representante y no el representado, quien celebra el acto jurídico de contratación; por lo tanto, en ese momento, el discernimiento es exigido en éste y no en el *dominus*.

Debemos tener siempre presente que la capacidad únicamente puede ser limitada por la ley o por un juez en virtud de una sentencia que la restrinja o declare la incapacidad⁴¹.

³⁸ CCCN, art. 31, inc. a).

³⁹ Tobías, 2018, p. 431.

⁴⁰ Llambías, 1979, p. 16.

⁴¹ CCCN, arts. 22, 23 y 32.

Su limitación siempre es de carácter excepcional y se impone en beneficio de la persona⁴² y debe ser dictada en virtud de un dictamen por un equipo interdisciplinario⁴³.

Por último, vale la pena recordar que el artículo 5 de la Ley Nacional de Salud Mental establece que: “La existencia de diagnóstico en el campo de la salud mental no autoriza en ningún caso a presumir riesgo de daño o incapacidad, *lo que sólo puede deducirse a partir de una evaluación interdisciplinaria* de cada situación particular en un momento determinado.”⁴⁴

3. Los vicios de la voluntad en la representación

Conforme a la lógica que venimos exponiendo, debemos separar los vicios de la voluntad para el representante y para el representado.

Esta vez comenzaremos con el representante, quien, al expresar la voluntad en el acto principal y celebrar el contrato se le aplican las reglas generales de los vicios de la voluntad.

A la inversa, su voluntad no debe estar viciada al momento en que contrata con el tercero. Es principio general para celebrar cualquier acto jurídico.

Ello tiene su reflejo en el artículo 365 del CCCN: “El acto otorgado por el representante es nulo si su voluntad está viciada”; el cual tuvo como base el artículo 1390 del *Codice Civile*⁴⁵.

Creemos que es trascendente como continúa el artículo 365 en cuanto establece que: “Pero si se ha otorgado en ejercicio de facultades previamente determinadas por el representado es nulo sólo si estuvo viciada la voluntad de éste”⁴⁶.

Interpretamos que esta disposición desplaza el vicio de la voluntad del representante cuando actúa en base a “facultades previamente determinadas”. Aquí, el legislador equipara al representante a un mensajero o nuncio, quien se limita a celebrar el negocio que el representado estipuló. Podríamos decir que el legislador equipara facultades con instrucciones y que se refiere a que los elementos del acto jurídico están predeterminados⁴⁷;

⁴² CCCN, art. 31, inc. b).

⁴³ CCCN, art. 31, inc. c), y art. 37.

⁴⁴ El resaltado y la bastardilla nos pertenecen.

⁴⁵ CC, art. 1390 (primera parte): “El contrato es anulable si está viciada la voluntad del representante...”

⁴⁶ CC, art. 1390 (continuación): “Pero cuando el vicio se refiere a elementos predeterminados por el representado, el contrato es anulable solo si estaba viciada la voluntad de este.”

⁴⁷ Creemos más adecuada la redacción del art. 1390 del CC, por cuanto habla de “elementos predeterminados”. Puede interpretarse que se refiere a los elementos que componen el negocio jurídico (en una compraventa: objeto, precio, condiciones), lo cual resulta más preciso que referirse a facultades.

con lo cual el representante se limita a actuar en lo que específicamente le indicó el representado.

Por ello carece de sentido plantear la nulidad del acto jurídico si el representante tuvo un vicio en su voluntad, porque aquí, en rigor, refleja la voluntad expresa del representado, la que, en todo caso, no debe estar viciada al momento del acto de apoderamiento.

Por parte del representado, su voluntad no debe estar viciada al momento del acto de apoderamiento y además no tener un impedimento legal.

Esto último se ve reflejado en el segundo párrafo del artículo 365, en cuanto establece que “El representado de mala fe no puede aprovecharse de la ignorancia o la buena fe del representante”. V.gr. El representado sabe que no puede contratar por un impedimento de interpósita persona, y designa a un representante que lo ignora al momento de contratar.

El *Codice Civile* lo plantea de forma más directa: “En todo caso, para la validez del contrato concluido por el representante es necesario que el contrato no le esté prohibido al representado.”⁴⁸

Para concluir, en lo atinente a los vicios de la voluntad, el artículo 166 del BGB es tajante al expresar que, no se toma en cuenta la persona del representado, sino del representante⁴⁹.

4. La extinción de la representación por la pérdida de la capacidad.

Dentro de los supuestos que enumera el artículo 380 del CCCN estableciendo cuándo se extingue la representación, se encuentra el inciso h): “por la pérdida de la capacidad exigida en el representante o en el representado”.

Nos centraremos únicamente en analizar la pérdida de la capacidad del representado, siendo que del análisis que venimos desglosando, se desprende que el representante actúa al momento del otorgamiento del acto, momento en el cual se le exige ser capaz, y correlativo de ello, su falta de capacidad le impedirá actuar

El inciso sigue la misma lógica que su antecedente en el art 1963 del CCIV: “El mandato se acaba: [...] 4 Por incapacidad sobreviniente al mandante o mandatario.”; y con la aclaración que realiza el artículo 1984: “La incapacidad del mandante o mandatario que

⁴⁸ CC, art. 1389.

⁴⁹ “En la medida en que las consecuencias jurídicas de una declaración de voluntad se vean afectadas por vicios de la voluntad, o por el conocimiento o el deber de conocer ciertas circunstancias, se toma en consideración no la persona del representado, sino la del representante” (BGB, art. 166, párr. 1).

hace terminar el mandato, tiene lugar siempre que alguno de ellos pierde, en todo o en parte, el ejercicio de sus derechos.”

La doctrina es unánime en coincidir que, en este supuesto, la representación se extingue siempre ante la incapacidad declarada judicialmente⁵⁰.

En contraposición, y conforme lo analizamos, no se toma en cuenta el discernimiento del representado; especialmente al momento de la celebración del contrato por parte del representante.

Mosset Iturraspe expone los fundamentos de por qué se extingue la representación: “Si el mandante deviene incapaz, se extingue el mandato porque su voluntad ha dejado de existir; la representación a su respecto pasa a ser legal, quedando investido su curador de la calidad de representante”⁵¹

El representante, representa la voluntad del representado, que ya dijimos debe ser constante; la declaración de incapacidad trae como correlato que no existe voluntad por parte del *dominus*, se extinguió, y que la misma será suplida por la voluntad del curador.

Este es el mismo fundamento en otros supuestos de extinción, tales como la revocación o la muerte del representado; su voluntad deja de existir.

5. Oponibilidad ante terceros

¿Cómo protege la ley al tercero quien contrata con el representante y nada conoce sobre la persona del representado y su capacidad?

El artículo 381 del CCCN, en su última parte expone: “Las demás causas de extinción del poder no son oponibles a los terceros que las hayan ignorado sin su culpa.”

Las demás causas de extinción deben entenderse como las causales objetivas, en contraposición a las causales subjetivas, que dependen de la voluntad del representado: las modificaciones, la renuncia y la revocación.

Dentro de las objetivas encontramos la causal de pérdida de la capacidad. La misma no le será oponible al tercero si su ignorancia proviene de una debida diligencia⁵².

En idéntico sentido, pero a la inversa, se expresa el artículo 361 del CCCN: “La existencia de supuestos no autorizados y las limitaciones o la extinción del poder son

⁵⁰ Llambías, Alterini, Borda, Tobías y Mosset Iturraspe

⁵¹ Mosset Iturraspe, 1979, p. 286

⁵² Debe relacionarse la culpa que menciona el artículo 381 con los factores subjetivos de atribución de la culpa que regula el artículo 1724 del CCCN.

oponibles a terceros si éstos las conocen o pudieron conocerlas actuando con la debida diligencia.”

Artículo siguiente es reiterado por el legislador al tratar la representación voluntaria: “...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.”⁵³

Tengamos presente que la debida diligencia siempre es impuesta al contratante, es decir al tercero. Es él quien debe operar con la prudencia requerida y a quien se le imputa la culpa. El tercero debe realizar las diligencias debidas para construir su ignorancia.

Dentro de estas diligencias, el tercero puede exigir al representante copia del instrumento que contenga la representación.

El tercero, ¿delega esta diligencia en el escribano? Este punto veremos a continuación.

6. Actuación notarial en la representación

En este apartado analizaremos la actuación del escribano exigida por la ley cuando es requerido a los efectos de autorizar un acto jurídico que contiene una representación.

En cuanto a lo establecido en el CCCN:

¿De quién debe recibir las declaraciones del negocio? Art 301: El escribano debe recibir por sí mismo las declaraciones de los comparecientes, sean [...] sus representantes...”

¿Qué documentación debe exigir? Art 307: Si el otorgante es un representante, el escribano debe exigir el documento original que acredite la representación; y comprobar su alcance⁵⁴.

En cuanto a la normativa local, la Ley 404 de CABA establece el art 78 que, ante una representación, se debe estar a lo que exija el Código Civil (y Comercial de la Nación).

¿Qué constancia debe quedar en la escritura? Además de la identificación del documento que contenga la representación, el escribano “deberá [...] hacer constar la declaración del representante sobre su vigencia”⁵⁵.

En una visión más periférica, el estudio de títulos es a los efectos de la legitimación del representante; ya que se evalúa, justamente, “el título” que contiene la representación, es decir, el instrumento del poder.

⁵³ CCCN, art. 362.

⁵⁴ Ley 404 (CABA), art. 78, inc. b).

⁵⁵ Ley 404 (CABA), art. 78, inc. b).

En suma, todas las exigencias que impone la normativa al escribano son en base al instrumento de poder y nunca sobre la persona del representado.

El único momento donde el escribano hace foco en el representado es [v.gr.](#) ante una operación inmobiliaria en la cual es obligación solicitar los certificados registrales⁵⁶, especialmente el de inhibición.

Puntualmente es allí donde podrá encontrarse si el representado se encuentra limitado en su capacidad ya que, es común en la práctica judicial a los efectos de la protección de la persona, decretar su inhibición general de bienes.

Por último, al escribano se le exige calificar los presupuestos y elementos del acto jurídico⁵⁷. El escribano calificará el discernimiento de las partes que van a celebrar el acto jurídico, como es habitual. En cuanto al discernimiento del representado nada tendrá que verificar el escribano, ya que no celebra el acto. Al momento de calificar la capacidad del representado, a los efectos de comprobar la vigencia de la representación, se atenderá a la ley; es decir, **la presumirá** y hará constar la declaración del representante sobre su vigencia. Salvo que del certificado de inhibición le conste otra circunstancia.

Éstas son las debidas diligencias notariales. **Al escribano le pesa sólo lo que la norma le exige.**

CONCLUSIONES

Resumiremos todo cuanto se ha dicho, resolviendo una pregunta frecuente en la práctica notarial: ¿qué sucede si el representado está privado de la razón de manera prolongada y ostensible al momento de que el representante celebre el contrato con el tercero; pero no está declarada su incapacidad?

La respuesta es concisa, el acto puede declararse nulo si perjudica a la persona incapaz o con capacidad restringida, y se cumple alguno de los siguientes extremos: a) la enfermedad mental era ostensible a la época de la celebración del acto; b) quien contrató con él era de mala fe; c) el acto es a título gratuito⁵⁸.

Resaltamos que es una nulidad relativa, ya que es puesta en protección de la persona, siempre y cuando la perjudique. Si bien no hay sentencia judicial, la ley pretende proteger al incapaz ante una situación de hecho que es ostensible (no tiene voluntad) y, por sobre todo, lo perjudica.

⁵⁶ Ley 17.801, art. 23.

⁵⁷ CCCN, art. 301.

⁵⁸ CCCN, art. 45.

En estos casos, no se encasilla en inexistencia de la representación, sino en nulidad del acto jurídico en cuanto a los efectos que éste produce. La representación se extingue únicamente por la pérdida de la capacidad y ésta solo procede ante una sentencia judicial que así lo expresa.

Ahora bien, debemos analizar el sistema jurídico en su conjunto. Para empezar, la capacidad se presume. Esta es la regla primaria. La capacidad no puede ponerse en tela de juicio por la edad del representado, si se encuentra en un establecimiento médico o cualquier otra circunstancia. Tampoco puede dudarse de ella por un certificado médico que de forma aislada exponga lo contrario, conforme lo exige la Ley Nacional de Salud Mental en su artículo 5.

El escribano es guardián de la seguridad jurídica, en la medida que cumpla las exigencias legalmente impuestas, ya que estas son parámetros objetivos y verificables. Exigirle mayor diligencia al escribano y ponerle un manto de “detective” sobre lo que la ley no exige, genera el efecto opuesto, mayor inseguridad.

En cuanto a la oponibilidad de la representación las debidas diligencias son obligaciones del tercero que contrata con el representante; el escribano no asume las mismas ya que tiene sus propias diligencias que la ley le impone verificar.

Trazando un paralelismo, pretender lo contrario es asumir que el escribano es responsable por el estado físico del inmueble. Es el comprador quien construye su diligencia yendo a conocer el estado del inmueble, de la misma manera la debe construir por su cuenta la creencia de que la representación está vigente. En ese sentido deberá emplear los medios que crea convenientes; pero es de destacar que nunca la ley le exige el conocimiento de la capacidad del representado, lo cual, insistimos, se presume.

BIBLIOGRAFÍA

Referencias bibliográficas

- CARIOTA FERRARA, Luigi. (1956). *El negocio jurídico* (trad. M. Albaladejo). Aguilar.
- LLAMBÍAS, Jorge Joaquín. (1979). *Código Civil anotado* (t. II-B). Abeledo-Perrot.
- MOSCO, Luigi. (2019). *La representación voluntaria en los negocios jurídicos*. Ediciones Olejnik.
- MOSSET ITURRASPE, Jorge. (1979). *Mandatos*. Ediar.
- TOBÍAS, José Walter. (2018). Tratado de derecho civil. Parte general (T. I). La Ley.
- TOBÍAS, José Walter. (2018). Tratado de derecho civil. Parte general (T. III). La Ley.

Referencias jurisprudenciales

- BGH [Tribunal Supremo Federal alemán]. (3/2/2016). *XII ZB 425/14*.
<https://dejure.org/ext/2a4bd8cb273b425665abe60ae0f5a2d8>

Referencias normativas

- Bürgerliches Gesetzbuch [Código Civil alemán]. (1900). Alemania. https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/englisch_bgb.html#p0488
- Codice Civile [Código Civil italiano]. (1942). Italia.
<https://www.gazzettaufficiale.it/dettaglio/codici/codiceCivile>
- Código Civil de la República Argentina (Vélez Sarsfield) [derogado]. (1869). Argentina.
<https://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/105000-109999/109481/texact.htm>
- Ley 404 (Ciudad Autónoma de Buenos Aires) — Ley Orgánica del Notariado. (2000). CABA. <https://www.colegio-escribanos.org.ar/ley-404/>
- Código Civil y Comercial de la Nación (2015)