

maliciosas con consecuencias tanto o más perjudiciales que una nulidad carente de fundamento.

Esc. Eliane D'Andrea
Informante

Los Escs. Gabriela Bouvier, Susana Chao, Eliana D'Andrea, Carlos del Campo y Silvana Rodríguez González aprueban el informe que antecede.

Esc. Susana Chao
Coordinadora

*Aprobado por la Comisión Directiva Nacional de la AEU
el 12.12.2016, expediente 1244/2016.*

PODER. DOCUMENTO PÚBLICO. FALSEDAD. PUBLICIDAD REGISTRAL.
EFICACIA. VALIDEZ DE LOS CONTRATOS

Resumen

Se cuestiona titulación porque de la información registral surge que en un proceso judicial se está investigando la situación de una escritura de la cual surge un poder utilizado en un antecedente dominial, con una importante prueba a favor de la falsedad. En caso de que se decrete la falsedad del documento, el tercero de buena fe no está protegido. Existen razones suficientes para que el escribano pueda justificar la no aceptación de la titulación hasta que se resuelva el litigio judicial planteado.

Informe: Civil

Consulta

HECHOS

Año 1998. Compraventa en que se utiliza el poder cuestionado. HGM, en representación de GT, enajena por título compraventa y modo tradición a SMP, soltera, 50 solares del balneario P, entre los cuales se encuentra el padrón ...1.

Surge de la escritura que HGM acreditó la representación exhibiendo:
a) poder general otorgado el 2.6.1981 en Argentina, en escritura pública autorizada por el Esc. CHM a favor de CC; b) sustitución (inscripta) del

mencionado poder a favor de HGM, otorgado el 10.5.1996 en Argentina ante la Esc. ANF, ambos legalizados y protocolizados el 30.5.1996 por la Esc. MCNT.

Año 2007. Compraventa judicial. En virtud de una ejecución hipotecaria, el Sr. juez, representando de oficio a SMP, enajena por título compraventa y modo tradición a JACR la propiedad y posesión del padrón ...1.

Año 2013. Se inicia proceso judicial por parte del cesionario de derechos hereditarios en la sucesión de GT, el cual tiene por objeto la declaración de nulidad de diversas compraventas autorizadas con base en el apoderamiento otorgado por GT a favor de CC, pero por otro sustituto, llamado ESL, respecto a diversos solares del balneario P.

Se alega, entre otras cosas, lo siguiente:

- El Sr. GT falleció en 1982, lo cual se demuestra con un testimonio de la partida de defunción.
- Se solicitó al Colegio de Escribanos de Chubut que informara si GT otorgó el referido poder y el Colegio informó que, verificado el protocolo, no existía ningún poder otorgado por GT.
- Se trató de una maniobra para apropiarse ilegalmente del patrimonio de una persona fallecida.
- Entre las compraventas objeto del juicio no se encontró la que generó esta consulta, pero indirectamente está vinculada porque también se otorgó con base en el mismo apoderamiento.

Año 2013. Se inscribe en el RNAP, sección Mandatos y Poderes, un oficio expedido por el juzgado competente en el cual se comunica que el Colegio de Escribanos de Chubut ha informado que, inspeccionado el protocolo del Esc. CHM, no existe ningún poder de fecha 2.6.1981. Y luego dice: «Téngase presente a los efectos que puedan corresponder».

Del certificado registral surge que el Registro informa la situación como «limitación» y adjunta fotocopia del oficio judicial.

Año 2016. JACR proyecta enajenar el bien y la escribana requerida para actuar observa la titulación debido a lo que resulta de la información registral.

CONSULTA

Se consulta si la situación planteada por el poder afecta la titulación del bien en cuanto refiere a una escritura judicial autorizada con información registral que no arrojaba la información sobre el poder, y si quien compre hoy el bien, conociendo la inscripción registral de 2013, tiene el título saneado.

OPINIÓN DE LA CONSULTANTE

El Sr. JACR adquirió el bien el 6.12.2007, en virtud de resultar mejor postor en un remate. En oportunidad de la compra se solicitaron los certificados

registrales, los que fueron controlados y aprobados por la suscripta escribana y por la Oficina Actuarial, en virtud de ser compraventa judicial en cumplimiento de remate.

Con posterioridad, el 20.12.2013, se inscribió el oficio comunicando que «el Colegio de Escribanos de Chubut, República Argentina, ha informado que inspeccionado el Protocolo del Esc. CHM, no existe ningún poder otorgado por el Sr. GT (Documento de Identidad DNIG ...) en fecha 2.6.1981». Obviamente es una situación nueva, desconocida al momento de comprar el bien el Sr. JACR.

El Sr. JACR es comprador de buena fe. Conforme al art. 1207 del CC:

La buena fe consiste en creer que aquel de quien se recibe la cosa es dueño y puede enajenarla con arreglo a lo dispuesto en el art. 693. La buena fe se presume, mientras no se pruebe lo contrario y basta que haya existido al tiempo de la adquisición.

Por tanto, no puede resultar perjudicado el comprador de buena fe, por la seguridad en la negociación. El comprador de buena fe no puede verse afectado en sus derechos.¹³⁶

Por otro lado, «las escrituras y sus primeras copias hacen plena fe en cuanto al hecho de haberse otorgado y su fecha, mientras no se demuestre lo contrario mediante tacha de falsedad» (arts. 1574 y 1575 CC). No se puede rechazar un título por indicios de su falsedad cuando no existe sentencia judicial en tal sentido. Esta ha sido la posición de la AEU.¹³⁷

Debe considerarse muy especialmente que la irregularidad que se está refiriendo recae sobre el poder, lo que produciría, en el peor de los casos, la ineficacia, pero nunca la nulidad de la escritura de compraventa de 10.11.1998. Hay que tener presente que a la fecha del otorgamiento de esa escritura (1998) existían múltiples opiniones sobre la solemnidad del mandato destinado a la realización de negocios jurídicos solemnes, y en este caso lo que aparece como primera copia es un documento que fue firmado por el mandante, ya que la firma aparece en la reproducción mediante fotocopia del documento, y por tanto, si no se hubiera otorgado en escritura pública, se debe rescatar como documento privado.

Al respecto, el art. 291 de la ley 18262 establece:

El negocio de apoderamiento para negocio de gestión solemne deberá otorgarse indistintamente por escritura pública o por documento privado con firmas certificadas notarialmente [...] Para los poderes provenientes del extranjero, de tratarse de documento privado, se exigirá la doble formalidad de certificación notarial de firmas en origen y posterior protocolización en nuestro país, y de tratarse de documento público, se exigirá esta última sin perjuicio, en ambos casos, de su previa legalización y traducción en legal forma, de corresponder. Los actos celebrados con anterioridad a la entrada

136 *Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay*, tomo 77, n.º 1-6 (ene.-jun.), 1991, p. 49 y ss.

137 *Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay*, tomo 100, n.º 1-12 (ene.-dic.), 2014, pp. 390-393; tomo 98, n.º 1-12 (ene.-dic.), 2012, pp. 223-225.

en vigencia de este artículo son eficaces aunque el poder utilizado, incluyendo los verbales, no se hubiere otorgado con la solemnidad requerida. Se exceptúan aquellos casos en los cuales haya recaído sentencia firme.

El artículo citado da eficacia a los negocios otorgados en virtud de mandato verbal, y a los otorgados en virtud de mandatos que no hayan cumplido con la solemnidad requerida.¹³⁸

Por otro lado, en sede de mandato hay normativa expresa y es aplicable el art. 2101 del CC, sea directamente o por medio de aplicación extensiva por identidad de fundamentos.

Cabe agregar que en este caso, además, hay publicidad de la sustitución del mandato, que se inscribió en el Registro de Poderes el 2.6.1981.

En definitiva, la opinión de la consultante es que el comprador de buena fe no puede ver afectados sus derechos y que el título no es observable.

Informe de la Comisión de Derecho Civil

Dividiré el informe en seis partes que son: 1) El valor del documento público y la incidencia de la información registral. 2) Naturaleza de la compraventa otorgada en 1988. 3) La situación del tercero de buena fe en caso de que se compruebe la inexistencia del apoderamiento. 4) ¿Es justificada la observación de la titulación? 5) Conclusiones. 6) Respuesta a las preguntas planteadas.

1. EL VALOR DEL DOCUMENTO PÚBLICO Y LA INCIDENCIA DE LA INFORMACIÓN REGISTRAL

El art. 1574 CC¹³⁹ dispone que las escrituras públicas autorizadas por los escribanos son instrumentos públicos y por tanto títulos auténticos, y como tales hacen plena fe mientras no se demuestre lo contrario mediante tacha de falsedad.

¿Qué significa que es un título auténtico y como tal hace plena fe?

138 Informe AEU, exp. n.º 659/2014, rep. n.º 109/2914.

139 Artículo 1574 CC: «Instrumentos públicos son todos aquellos que, revestidos de un carácter oficial, han sido redactados o extendidos por funcionarios competentes, según las formas requeridas y dentro del límite de sus atribuciones. Todo instrumento público es un título auténtico y como tal hace plena fe, mientras no se demuestre lo contrario mediante tacha de falsedad.

»Otorgado ante escribano e incorporado en un protocolo o registro público, se llama escritura pública.

»Se tiene también por escritura pública la otorgada ante funcionario autorizado al efecto por las leyes y con los requisitos que ellas prescriban». Por su parte, el artículo 172 del CGP expresa: «El documento público se presume auténtico mientras no se demuestre lo contrario mediante tacha de falsedad [...]».

Título auténtico es aquel que tiene un autor cierto y, como expresa YGLESIAS:¹⁴⁰

[...] cuando se dice que un documento hace plena fe respecto a un dato que contiene significa que, por sí solo, sin necesidad de ningún otro medio de prueba que lo acompañe, basta para probar el dato. Su verdad, solo puede negarse haciendo caer el documento.

El autor cierto de la escritura pública es el escribano y ello se tiene por probado por sí solo, mientras no se demuestre lo contrario mediante tacha de falsedad.

Pero además, de acuerdo con el art. 1575 del CC,¹⁴¹ el instrumento público hace plena fe en cuanto al hecho de haberse otorgado y su fecha, y en ese sentido la fuerza probatoria de la escritura pública es la misma para todos; asimismo, según el art. 1576 CC, prueba plenamente las obligaciones y descargos en él contenidos respecto de los otorgantes y de las personas a quienes dichas obligaciones y descargos se transfieren por título universal o singular.

Así, si de una escritura pública surge que una persona otorgó un apoderamiento en determinada fecha, se tiene por probado que ello aconteció. El fundamento se encuentra en que el escribano tiene la potestad concedida por el Estado de realizar actos de dación de fe pública, y esta, como calidad jurídica, tiene fuerza de verdad impuesta para todos, mientras no se demuestre lo contrario en un juicio de falsedad.¹⁴²

En una escritura pública de apoderamiento, el escribano, a través de su narración, da fe de que una persona compareció en tal fecha, otorgó ese acto y suscribió la escritura, previa lectura del autorizante. Esa fuerza probatoria es la misma para todos, incluidos los jueces, abogados y escribanos, es decir que todos deben considerarlo como verdadero.

¿Hasta cuándo? De acuerdo con el art. 1574 del CC, hasta que se demuestre lo contrario en un juicio de falsedad. Esto es, hasta que se demuestre

140 YGLESIAS, Arturo: «La prueba internacional del divorcio», en *ADCU*, tomo XXII, Montevideo: FCU, p. 524.

141 Artículo 1575 CC: «El instrumento público hace plena fe en cuanto al hecho de haberse otorgado y su fecha. En este sentido, la fuerza probatoria del instrumento público es la misma para todos».

Artículo 1576 CC: «El instrumento público produce el efecto de probar plenamente las obligaciones y descargos en él contenidos respecto de los otorgantes y de las personas a quienes dichas obligaciones y descargos se transfieran por título universal o singular».

142 ZINNY, Mario Antonio: «Nulidades. Instrumentos Públicos. Mandato, apoderamiento y poder de representación», 1.^a ed., Buenos Aires: Ad-Hoc, 2010, p. 52, dice: «[...] fe pública es sencillamente, creencia legalmente impuesta y referida: 1) a la autoría, el lugar y la fecha de ciertos objetos (instrumentos públicos, monedas, sellos oficiales); 2) a la autoría, el lugar y fecha de los actos públicos (acto notarial, administrativo, judicial, legislativo); 3) y a la existencia material del acto o hecho narrados por el escribano, juez de paz, secretario del juzgado o funcionario a cargo del Registro Civil».

que el documento no es obra del escribano, o ha sido adulterado, o ha sido realizado por el escribano pero no coincide con la realidad.¹⁴³

A su vez, el art. 1591 del CC establece: «Las copias en debida forma, sacadas de la matriz, hacen plena fe de su contenido, en juicio y fuera de él». En el ámbito notarial, en virtud de esta disposición, las copias sacadas en debida forma de la matriz hacen plena fe de que lo que expresan coincide con el contenido de la escritura pública.

El fundamento lo apreciamos en la fe pública notarial derivada, que, según explica SIERZ,¹⁴⁴ se desarrolla cuando el escribano tiene frente a sí dos instrumentos, uno original y otro copiado o reproducido, y certifica la autenticidad de un documento con el otro, por ser copia fiel de su original.

En el caso planteado, se presentó una copia fiel expedida por el Esc. NEC de un primer testimonio de una escritura pública de apoderamiento autorizada por el Esc. CHM, la cual fue legalizada (y luego protocolizada en Uruguay) y como tal hace plena fe de que lo que expresa coincide con el texto de la escritura pública, y esta hace plena fe, mientras no se pruebe lo contrario judicialmente, de que el Sr. GT otorgó el apoderamiento en esa fecha.

Hasta el día de hoy no se ha demostrado en juicio la falsedad del documento público¹⁴⁵ mencionado y, por tanto, este sigue haciendo plena fe de lo expresado. La demanda por sí sola no altera la eficacia probatoria del documento.¹⁴⁶

Sin embargo, la información registral que se concreta en un certificado, que también es un instrumento público, alerta a los terceros de que la escritura de la cual surge el poder utilizado en el caso de marras es

143 ZINNY, Mario Antonio: «Conocimientos útiles para la práctica del Derecho», 1.ª ed., Buenos Aires: Ad-Hoc, 2007, p. 155, dice: «¿Hasta cuándo estamos sujetos, incluido el Juez si llega el caso, a creer que el instrumento público es auténtico y que su autor es veraz? Hasta que en sede judicial se pruebe lo contrario, vale decir, que el documento no es su obra, o que lo es y ha sido adulterado, o que es su obra pero él miente o se equivoca».

144 SIERZ, Susana Violeta: *Derecho notarial*, Buenos Aires: D. H. Di Lalla Editor, 2006, p. 294: «Fe pública notarial derivada. La misma se desarrolla cuando el escribano tiene frente a sí dos instrumentos, uno original y otro copiado o reproducido. En este caso, la fe mencionada cobra esencia cuando el notario certifica la autenticidad de un documento con otro, por ser copia fiel de su original».

145 Art. 172.1 del CGP: «La parte que impugnare de falsedad material de un documento público o un documento privado auténtico o tenido por auténtico, presentado por su adversario, deberá hacerlo en las oportunidades a que alude el artículo anterior, promoviendo demanda incidental con la que se formará pieza por separado, en cuyo procedimiento, además de la parte contraria, será oído el Ministerio Público.

»La falsedad ideológica o la nulidad del documento se argüirá como defensa en el propio proceso».

146 Expresa ANIDO BONILLA, Raúl: «La eficacia del documento notarial», *Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay*, tomo 89, n.º 1-12 (ene.-dic.), 2003, p. 203: «NÚÑEZ LAGOS ha escrito que hay que distinguir los efectos de la sentencia declarando la falsedad de los efectos de la impugnación por sí misma, la que por sí sola, no altera la eficacia del documento notarial».

actualmente investigada por falsedad en un procedimiento judicial, en el cual se presentó como prueba la afirmación del Colegio de Escribanos de Chubut de que, verificado el protocolo del Esc. CHM, no surge que GT haya otorgado ningún poder.

Como se puede apreciar, no se trata de un mero indicio subjetivo de falsedad, sino de una prueba presentada en un proceso judicial en desarrollo, de tal importancia que el juez competente decidió que se enviara un oficio al Registro para que informara en forma pública la situación a los terceros.

La toma de conocimiento de esa situación conduce a que nos preguntemos: ¿Qué sucede si se sentencia que la escritura de apoderamiento no existió? ¿En qué situación quedaría un eventual comprador del bien? ¿Cómo se debe actuar mientras transcurre el proceso?

Intentaremos responder esas preguntas a través del desarrollo del informe.

2. NATURALEZA DE LA COMPRAVENTA OTORGADA EN 1998

Antes de que se dictara la Ley de Rendición de Cuentas y Balance de Ejecución Presupuestal, la 18362, vigente a partir del 1.1.2009, la doctrina nacional discutía cuál era la naturaleza jurídica del negocio representativo sin poder.

A pesar de que el art. 1255 del CC expresaba «será nulo», la doctrina descartaba que se estuviera ante un supuesto de nulidad. No podía tratarse de un supuesto de nulidad absoluta porque esta no admite ratificación, ni de nulidad relativa porque, en tal caso, produciría efectos hasta que la nulidad fuera judicialmente declarada.¹⁴⁷

Descartada la nulidad, la doctrina uruguaya discutía si estábamos ante un supuesto de negocio incompleto que se completaba con la sucesiva ratificación del representado —posición con la cual simpatizaba GAMARRA¹⁴⁸— o ante un negocio perfeccionado, válido pero ineficaz, sometido a una condición legal de eficacia: la ratificación del representado —posición sostenida por CAFARO y CARNELLI—. ¹⁴⁹

La ley 18362 finalizó con la discusión al disponer, en los incs. 1 y 3 del art. 291:

147 SÁNCHEZ FONTANS, José: *Capacidad y legitimación en derecho contractual*. Montevideo: Universidad de la República, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, 1953, p. 502: «Antes de la ratificación, el contrato es ineficaz pero no inválido. Evidentemente no se trata de una nulidad absoluta, porque esta no es susceptible de ratificación, ni de una nulidad relativa o anulabilidad, porque el contrato anulable produce efectos, hasta tanto la nulidad sea judicialmente declarada».

148 GAMARRA, Jorge: *Tratado de derecho civil uruguayo*, tomo XV, Montevideo: FCU, 3.^a ed., 1990, p. 182.

149 CAFARO, Eugenio; CARNELLI, Santiago: *Eficacia contractual*, 2.^a ed., Montevideo: FCU, 2003, p. 108 y ss.

El negocio de apoderamiento para negocio de gestión solemne deberá otorgarse indistintamente por escritura pública o por documento privado con firmas certificadas notarialmente [...].

Si se omiten los requisitos a que refiere el inciso primero, el negocio de gestión será válido pero ineficaz.

Si se omiten los requisitos a que refiere el inciso primero, el poder no nace, y si, a pesar de ello, se otorga el negocio de gestión (por ejemplo, una compraventa), este será válido pero ineficaz.

Por tratarse de un negocio válido no puede ser incompleto, ya que la calificación de válido o nulo presupone que el negocio se ha perfeccionado,¹⁵⁰ y en el caso la ley ha determinado que es válido.

De esta manera, nuestra ley recepciona la teoría que en doctrina extranjera sostenía HUPKA¹⁵¹ y en doctrina nacional CAFARO y CARNELLI.¹⁵² Así lo han entendido MOLLA, ALBÍN¹⁵³ y RODRÍGUEZ RUSSO,¹⁵⁴ a cuya postura también he adherido.¹⁵⁵

Pero, como he expresado en otra ocasión,¹⁵⁶ esto no significa que todo negocio representativo sin poder sea válido pero ineficaz, porque pueden existir otras causas de nulidad. Significa que la ausencia de poder de representación no impide el perfeccionamiento del negocio ni provoca su nulidad; solo provoca ineficacia, sin perjuicio de que el negocio pueda ser nulo por otra razón. Dicho en otros términos, la falta de poder de representación no provoca la nulidad, pero el negocio puede ser nulo por otra razón.

Es lo que sucede, por ejemplo, en caso de que se falsifique un documento de apoderamiento y luego el pseudoapoderado acuerde con otra persona otorgar una compraventa simulada con la finalidad de quitar fraudulentamente los bienes del patrimonio del representado. En ese caso no hay poder de representación, pero estaríamos ante una simulación absoluta y por tanto el negocio sería nulo por falta de causa.

150 GAMARRA, Jorge: *Tratado de derecho civil uruguayo*, tomo XVI, Montevideo: FCU, 3.^a ed., 1990, p. 44: «El contrato puede formarse progresivamente; en tanto que el proceso de formación no esté cumplido totalmente son improcedentes las calificaciones de validez o nulidad».

151 HUPKA, Josef: *La representación voluntaria en los negocios jurídicos*, Madrid: Victoriano Suárez, 1930.

152 CAFARO, Eugenio; CARNELLI, Santiago: *Eficacia contractual*, 2.^a ed., Montevideo: FCU, 2003, p. 108 y ss.

153 MOLLA CAMACHO, Roque; ALBÍN, Federico: «Ley 18362 de Rendición de Cuentas 2007: Análisis de los artículos 290 y 291», en *La Pluma*, año 12, n.º 31 (may. 2009), pp. 40-43.

154 RODRÍGUEZ RUSSO, Jorge: «El apoderamiento para negocio de gestión solemne en la Ley 18362», en *Universidad de la República (Uruguay). Facultad de Derecho. Instituto de Técnica Notarial* [trabajos presentados], Montevideo: FCU, 2011. p. 289.

155 VILLAR, Juan Pablo: *Una nueva visión sobre el apoderamiento y la ratificación de un negocio representativo*, Montevideo: AEU, 2016, p. 25.

156 VILLAR, Juan Pablo: *Una nueva visión sobre el apoderamiento y la ratificación de un negocio representativo*, Montevideo: AEU, 2016, p. 26.

Por tales razones, la situación de la compraventa de 1998 dependerá de lo que haya sucedido en el caso concreto:

- a. Si el apoderamiento existió y la compraventa de 1988 fue verdadera, esta es válida y eficaz. Mientras no se demuestre lo contrario, se presume que esta es la situación del negocio.
- b. Si el apoderamiento no existió pero la compraventa fue verdadera, será un negocio representativo sin poder, válido pero ineficaz.
- c. Si el apoderamiento no existió y la compraventa fue simulada en forma absoluta, esta es nula por falta de causa.

3. LA SITUACIÓN DEL TERCERO QUE CONFÍÓ LEGÍTIMAMENTE EN LA APARIENCIA DE PODER, EN CASO DE QUE SE DECRETE LA INEXISTENCIA DEL APODERAMIENTO POR FALSIFICACIÓN DOCUMENTAL

a. El principio de autonomía privada y la protección del tercero que confía en la apariencia de subsistencia de poder de representación

El principio de autonomía privada consiste en el reconocimiento que hace el ordenamiento jurídico a los particulares de la potestad que estos tienen de autorregular sus propios intereses, dentro del límite de libertad admitido.¹⁵⁷

En el ámbito patrimonial, implica que cada persona tiene la potestad de disponer por sí misma de sus bienes, así como de permitir que otra persona produzca efectos en su patrimonio. Al mismo tiempo, implica la imposibilidad de que los terceros produzcan efectos en su esfera jurídica salvo que él o la ley lo permitan.

De ello se desprende un principio muy importante en derecho privado: todo acto sobre patrimonio ajeno es ineficaz, salvo que la eficacia sea permitida por la voluntad del titular del patrimonio o por la ley prescindiendo de esa voluntad.

Esto último es lo que sucede en determinadas situaciones de apariencia de poder de disposición, en las cuales actos que serían ineficaces por falta de dicho poder son eficaces porque la ley lo permite.¹⁵⁸

157 SAYAGUÉS ARECO, Enrique: «El contrato de remate», en *La Justicia Uruguaya*, 1967, t. 55, p. 92, sección Doctrina: «El fenómeno de la recepción de la autonomía privada consiste en la potestad que el ordenamiento jurídico reconoce a los particulares para autorregular sus intereses y relaciones recíprocas con eficacia jurídicamente vinculante, dentro del ámbito de libertad admitido». Conforme, ORDOQUI: *Lecciones de derecho de las obligaciones: Doctrina general del contrato; sus efectos*, Montevideo: Del Foro, 1999, tomo 3, v. 1, p. 141.

158 RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco: *Representación sin poder y ratificación*. Pamplona: Aranzadi, 2013, p. 112. Refiriéndose a la representación aparente escribe: «Se da eficacia a un acto, a una adquisición que, en otro caso (de no ser por la apariencia y la buena fe), serían ineficaces».

En el art. 2101 del CC encontramos un ejemplo. De acuerdo a esta norma, en aquellas situaciones en las cuales un poder que existía se extingue, pero un tercero de buena fe confía en la apariencia de subsistencia del poder, la ley permite la eficacia del acto a pesar de no contar con la voluntad del titular del patrimonio.

Esto es lo que sucede en el supuesto en que una persona confiere poder, luego lo revoca y no inscribe la revocación. Si el apoderado actúa, el tercero que de buena fe confía en la apariencia de subsistencia del poder estará protegido con la eficacia del acto en desmedro del representado.

Pero ¿qué sucede en los casos en que el apoderamiento no existió y un tercero de buena fe confía en la apariencia de existencia del poder creado por un documento falsificado? ¿El conflicto se dirime a favor del falsamente representado o del tercero de buena fe? ¿Cuál es la razón que justifica la protección de uno en desmedro del otro?

b. En caso de falsificación documental no procede la integración analógica a través del art. 2101 del CC

El supuesto de hecho en el cual un tercero de buena fe contrata confiando legítimamente en la apariencia de un poder de representación que surge de un documento falsificado no está previsto en forma expresa por la ley.

De acuerdo al art. 16 CC, cuando un negocio no pueda resolverse por las palabras ni por el espíritu de la ley en la materia, se acudirá a los fundamentos de las leyes análogas, y si todavía subsistiere la duda, a los principios generales de derecho y a las doctrinas más recibidas.

Ante dicha situación cabe preguntarse: ¿es posible aplicar el art. 2101 del CC por analogía?

Para que proceda la analogía se deben producir tres presupuestos: a) que exista un caso no previsto; b) que sea similar a otro previsto (esto es, que no sea idéntico ni totalmente diferente); c) que el fundamento por el cual el ordenamiento regula de determinada manera el caso previsto también se presente en el caso no previsto.

En la situación que analizamos tenemos un caso regulado y otro similar no regulado, pero ¿existe la misma razón?

LARENZ¹⁵⁹ ha enseñado que la *aplicación analógica* solo está justificada cuando existe coincidencia en la valoración jurídica. Se requiere un juicio

159 LARENZ, Karl: *Metodología de la ciencia del Derecho*, Ariel, Barcelona, 1966, pp. 300 y 301: «Que dos supuestos de hecho son “similares” entre sí quiere decir que coinciden entre sí en ciertos aspectos y en otros no. La “aplicación analógica” solo está justificada cuando existe coincidencia precisamente en aquellos aspectos regulativos para la valoración jurídica. Por consiguiente, la analogía exige, en primer lugar, una comparación del supuesto de hecho no regulado con uno o varios supuestos de hecho regulados en la ley, que conduzca a la constatación de un carácter común; exige, además, un juicio de valor que diga precisamente [que] aquello en lo que coinciden los supuestos de hecho comparados es “esencial” para su valoración jurídica y que aquello en lo que se diferencian es “inesencial”. En el enjuiciamiento valorativo hay que partir —igual que en la interpretación— del fin y de la “idea fundamental” de la regulación legal y, además, de criterios “teleológico-objetivos”».

de valor que diga que aquello en lo que coinciden los supuestos de hecho comparados es «esencial» para su valoración jurídica y que aquello en lo que se diferencian es «inesencial». En el enjuiciamiento valorativo hay que partir del fin y de la «idea fundamental» de la regulación legal y, además, de criterios «teleológico-objetivos».

Por eso, para analizar la procedencia de la integración analógica del art. 2101 del CC debemos partir de conocer cuál es su fundamento, para comprender cuál es la valoración jurídica que lo sustenta y si ella se encuentra en el caso no regulado.

La situación se plantea en el ámbito de la apariencia de poder de representación.

El autor español GORDILLO CAÑAS¹⁶⁰ ha señalado que la protección de la apariencia de representación es una medida de prudencia legislativa inspirada por la equidad, que supone una valoración comparada de los intereses del tercero y del representado.

Comparto ese pensamiento, y por eso entiendo que la equidad que inspira a la protección de la apariencia requiere que se valore el interés del tercero, pero también el del representado.

En ese sentido LARENZ,¹⁶¹ refiriéndose a diversas situaciones de protección del tercero que confía en una apariencia, ha enseñado que el principio de la confianza se sustenta en dos componentes que no se pueden separar: uno es el ético-jurídico y consiste en que la apariencia sea imputable a quien se desprotege; el otro radica en la seguridad del tráfico.

De este modo, apreciamos que un elemento componente de la fundamentación de la teoría de la apariencia es el hecho de que ella sea imputable a quien se desprotege. En el caso de la representación, ese elemento consiste en que la apariencia sea imputable al representado.

La cuestión es: ¿cuándo la apariencia es imputable al representado?

Al respecto, sostiene el autor español RIVERO HERNÁNDEZ¹⁶² que entre los elementos del concepto jurídico-técnico de representación aparente se encuentra un determinado comportamiento del representado y que no basta una declaración o actitud concreta del representante. La participación indirecta del representado es la que suscita una confianza en el tercero de la legitimación del representante y la que permite imputar al primero la vinculación negocial con el tercero.

Entiende dicho autor que la representación aparente se basa fundamentalmente en criterios razonables de imputación de la apariencia creada al representado. Se trata de ver si el comportamiento del representado, obje-

160 Citado por RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco: *Representación sin poder y ratificación*, Pamplona: Aranzadi, 2013, p. 113.

161 LARENZ, Karl: *Derecho justo: Fundamentos de ética jurídica*, Madrid: Civitas, 1985, p. 95.

162 RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco: *Representación sin poder y ratificación*, Pamplona: Aranzadi, 2013, p. 114 y ss.

tivamente valorado, es de tal naturaleza que induzca a cualquier persona que actúa con la diligencia debida a confiar razonablemente en él.¹⁶³

Por el mismo sendero, en doctrina nacional, ORDOQUI,¹⁶⁴ al estudiar la representación aparente, ha señalado que no alcanza con analizar la buena fe del tercero, sino que es necesario considerar también la conducta del representado y analizar si este permitió que ocurriera, o pudo y debió evitar el exceso del representante.

Como uno de los fundamentos de la eficacia de la representación aparente, este autor destaca el principio de autorresponsabilidad y explica que la apariencia del representante debió haber supuesto culpa¹⁶⁵ del representado, y si el representado no hizo nada de lo cual pueda derivar, presumir o deducir que el que actuaba era su representante, los actos de este no pueden imputársele a aquel.

Comparto los fundamentos expresados por los autores citados y considero que, para que el tercero de buena fe se vea protegido por una situación de apariencia de poder de representación, ella debe ser imputable al representado, por haber participado aunque sea de manera indirecta en su creación.

Es en ese fundamento axiológico, de corte ético-jurídico, que podemos encontrar respuesta a las preguntas planteadas.

Tanto en los supuestos regulados por el art. 2101 del CC como en el caso del documento falsificado, existe apariencia de poder de representación.

Sin embargo, en los supuestos del art. 2101 del CC el representado colabora en la creación de la apariencia, ya que fue él quien otorgó el apoderamiento y sabe que si se extingue sin que el tercero pueda conocerlo existirá una apariencia de subsistencia del poder. En cambio, en caso de falsificación de apoderamiento el representado jamás participa en la creación de la apariencia.

Esa diferencia es esencial en la valoración jurídica de ambos casos y provoca que el fundamento que sustenta el art. 2101 del CC no se presente en el caso no previsto.

163 En doctrina chilena, ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo: *De los contratos*, Bogotá: Temis; Jurídica de Chile, 1990, p. 133: «[En la representación aparente] por hecho o culpa del representado se ha producido una situación tal que permite a los terceros suponer que la persona con quien contratan inviste realmente la representación de aquel [...] y quien crea una apariencia debe soportar las consecuencias que de ella resulten».

164 ORDOQUI CASTILLA, Gustavo; SALVO, Nilza (colab.): «Efectos del contrato», en ORDOQUI CASTILLA, Gustavo: *Tratado de derecho de los contratos*, Montevideo: Amalio M. Fernández, 2016, tomo 5, p. 266.

165 Se ha discutido en la doctrina si para que la apariencia le sea imputable al representado es necesario que su creación haya nacido por su culpa, o basta con su sola participación aunque sean hechos no culpables. No ingresaremos en esa discusión porque, en el caso de marras, si se comprueba que GT jamás otorgó el apoderamiento, no tendrá culpa ni participación no culpable en la creación de la apariencia y por tanto no le será imputable, cualquiera sea la posición que se siga.

Como consecuencia, la integración analógica no procede porque el fundamento por el cual el ordenamiento regula el caso previsto (art. 2101 del CC) de una determinada manera no se presenta en el caso no previsto.

c. La función integradora de los principios jurídicos y la regulación del caso

¿Qué sucede entonces en la situación de falsificación?

DIEZ PICAZO,¹⁶⁶ luego de referir a la apariencia de poder de representación cuando el representado ha contribuido a crearla dice:

[...] la situación es distinta cuando la apariencia ha sido creada exclusivamente por el representante. Por ejemplo: ha falsificado el documento que le acredita como representante o ha llevado a cabo cualquier otra actuación culpable o fraudulenta. La apariencia creada por el representante no cambia el esquema de la cuestión del falso procurador. Hay únicamente inexistencia de poder de representación.

Se aprecia que el autor, al analizar esa situación, descarta la eficacia basada en la apariencia y vuelve a los criterios generales.

En mi opinión, los principios jurídicos, cuya función integradora es reconocida por la Constitución en el art. 332 y por el Código Civil en el art. 16, regulan el caso planteado. Esa función integradora consiste¹⁶⁷ en proporcionar criterios conforme a los cuales resolver un problema jurídico que no tiene regulación expresa.

En este caso, la integración se produce a través del principio derivado de la autonomía privada, consistente en que nadie puede producir efectos sobre patrimonio ajeno sin que el titular o la ley lo permitan.

En el caso del documento falsificado, ni el propietario ni la ley permiten la eficacia; por lo tanto, el acto no produce efectos en el patrimonio del representado. El principio mencionado se concreta en una norma específica, el art. 489 CC, según el cual el dominio no se pierde sin un hecho del propietario y, por tanto, este podrá reivindicar el bien.

Habrà habido una apariencia de existencia de poder creada por elementos objetivos (documento falsificado) que generaron en el tercero de buena fe el error excusable de creer que el poder existía, pero al no haber participado el representado en la creación de la apariencia, falta un elemento valorativo fundamental para que el ordenamiento proteja al tercero en desmedro del representado.

Como argumento adicional, el Esc. Carlos GROISMAN ha comentado, con acierto, que el caso de falsificación de un documento de apoderamiento tiene similitud con la situación de hecho prevista en el art. 1734 del CC.

166 Citado por RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco: *Representación sin poder y ratificación*, Pamplona: Aranzadi, 2013.

167 VIGO, Rodolfo: *Los principios jurídicos: Perspectiva jurisprudencia*, Buenos Aires: Depalma, 2000, p. 17: «Bobbio reconoce a los principios hasta cuatro funciones: [...] c) integradora: proporcionan criterios conforme a los cuales resolver un problema jurídico que no tiene regulación normativa (es decir, en caso de laguna jurídica)».

Este artículo, luego de referir a que la resolución de un contrato de compraventa por no haberse pagado el precio no da derechos contra terceros de buena fe, dispone:

Si en la escritura de venta de un inmueble aparece haberse pagado el precio, no se admitirá prueba en contrario, sino la de nulidad o falsificación de la escritura y solo en virtud de esa prueba, habrá acción contra terceros poseedores.

Se aprecia que en esa situación la protección del tercero de buena fe cesa frente al caso de falsificación, igual criterio que el que sustentamos en este informe.

La coincidencia valorativa entre ambos casos se encuentra, en opinión del informante, en que, ante la falsificación de una escritura, la apariencia de pago del precio no es imputable al vendedor, al igual que la apariencia de existencia del poder no es imputable al poderdante. En los dos casos, el criterio para resolver el problema es proporcionado por el principio de legitimidad, y puede observarse en ello la coherencia sistemática.

Por lo tanto, si se comprueba la inexistencia del apoderamiento por falsificación documental, al mismo tiempo se comprobará que el titular actual o quien lo suceda no es el dueño del bien, porque no lo ha adquirido de forma derivada del propietario ni en forma originaria por prescripción.¹⁶⁸

4. ¿ES JUSTIFICADA LA OBSERVACIÓN DE LA TITULACIÓN?

Desde el punto de vista de la actuación notarial con relación al estudio de títulos se plantea el problema de si se justifica o no, en este caso, la observación de la titulación.

El conflicto se plantea porque existe un documento público que hace plena fe de que el apoderamiento fue otorgado hasta que se demuestre judicialmente lo contrario, pero, al mismo tiempo, el Registro Nacional de Actos Personales informa, a través de otro instrumento público, como lo es el certificado registral, que hay un juicio pendiente en el cual se alega la inexistencia de la escritura con base en una prueba importante: la afirmación de la institución encargada de su archivo de que, revisado el protocolo, no surge el apoderamiento referido.

Obvio es decir que la escribana que intervino en la compraventa judicial en la cual compró el tercero de buena fe está exenta de responsabilidad ante el legítimo desconocimiento de la situación, la cual fue planteada judicialmente con posterioridad a su actuación. Pero ello es independiente

168 No lo adquirió en forma derivada del verdadero dueño por su propia voluntad (art. 489 CC) ni por disposición legal que prescindiera de la voluntad del dueño (el caso no está previsto en el artículo 2101 del CC ni sería aplicable por analogía, por falta de imputabilidad de la apariencia al representado). Tampoco lo adquirió en forma originaria, por no haber operado aún el tiempo necesario para prescribir.

de si hoy, con un panorama distinto, se justifica o no la observación de la titulación.

En la actualidad todavía debemos creer que el apoderamiento existió, porque ello surge de un documento público y aún no hay sentencia en contrario. Pero no podemos ser indiferentes a que la información registral nos está alertando de que ya se encuentra en trámite un juicio con una prueba muy importante a favor de la falsedad del documento. Y si al culminar ese juicio se decreta la falsedad, en virtud de lo explicado en el apartado anterior, se demostrará que el titular actual no es propietario y tampoco lo será quien a él le compre.

Ante dicha situación, considero que existen razones suficientes para que el escribano, con la prudencia racional con que debe ejercer la profesión, pueda justificar la no aceptación de la titulación hasta que se resuelva el litigio judicial planteado.

5. CONCLUSIONES

Si bien existe un documento público que hace plena fe de que GT otorgó el apoderamiento hasta que se demuestre judicialmente lo contrario, también se debe considerar que el Registro Nacional de Actos Personales informa que ya hay un juicio pendiente en el cual se alega la inexistencia de la escritura con base en una importante prueba.

Si al culminar el proceso se decreta la inexistencia de la escritura de apoderamiento, se demostrará que la compraventa de 1998 fue ineficaz, sin perjuicio de la validez o nulidad del acto, que dependerá de cuál fue la causa de la ineficacia.

En ese caso, el tercero de buena fe no estará protegido en desmedro del falsamente representado, en virtud de que la apariencia no le es imputable al último por no haber participado en su creación.

Existen razones suficientes para que el escribano, con la prudencia racional con que debe ejercer la profesión, pueda justificar la no aceptación de la titulación hasta que se resuelva el litigio judicial planteado.

6. RESPUESTAS A LAS PREGUNTAS FORMULADAS

a. ¿La situación planteada por el poder afecta la titulación del bien en cuanto refiere a una escritura judicial autorizada con información registral que no arrojaba la información sobre el poder?

La afectación o no de la titulación dependerá del resultado del juicio. En caso de decretarse la inexistencia de la escritura, sí se verá afectada la titulación por los fundamentos expuestos.

b. Quien compre hoy el bien, conociendo la inscripción registral de 2013, ¿tiene el título saneado?

La afectación o no de la titulación dependerá del resultado del juicio. En caso de decretarse la inexistencia de la escritura, no lo tendrá saneado.

Esc. Juan Pablo Villar
Informante

La Comisión de Derecho Civil, integrada por los Escs. Fernando Alonso, Américo Bianchi, Analía Cánepa, Nicolás García Rodríguez, Alicia González Bilche, Carlos Groisman, Adriana Inciarte, Mónica Jover, Maximiliano Mauri, Ana Lía Méndez, Roque Molla, Laura Parnás, Diego Séré, Adriana Silva, Gonzalo Trobo, Verónica Ubillos, Horacio Varoli y Juan Pablo Villar, aprueba el informe que antecede.

Escs. Roque Molla y Juan Pablo Villar
Coordinadores

*Aprobado por la Comisión Directiva Nacional de la AEU
el 12.12.2016, expediente 1188/2016.*

SUCESIONES. PORCIÓN CONYUGAL. COMPRAVENTA.
PODER OTORGADO EN EL EXTRANJERO

Resumen

Se realizaron dos procesos sucesorios de un mismo causante y prevalece la última declaratoria. La porción conyugal tiene naturaleza de legado legal de eficacia personal. Interpretación de la compraventa otorgada. Comentarios sobre el apoderamiento.

Informe: Civil

Consulta

RELACIÓN DE HECHOS

En 1955, EMB y JAM, cónyuges en únicas nupcias, enajenaron, por título compraventa y modo tradición, a JET, soltero, el inmueble padrón ...1

JET falleció intestado en Canadá, el 9.8.1975, siendo divorciado de sus primeras nupcias con MJR. En la relación de bienes se incluye el padrón ...1. Se declaró única y universal heredera a su hija legítima MTR. La sucesión se tramitó en el Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Civil.

Apertura judicial de la sucesión el 31.12.1982. Declaratoria de herederos el 20.6.1983. CRA inscripto en el Registro el 22.6.1983.

En 1985 se tramitó nuevamente la sucesión en el Juzgado Letrado de Familia. Se expresó que el causante era de estado civil casado, sin expresar las nupcias (se presume que en segundas).