

MANDATO POST MORTEM. DONACIÓN. SUCESIONES

Informe: Civil

Resumen

Mandato póstumo: destinado a ejecutarse en vida de los mandantes y que continuará subsistiendo a pesar del fallecimiento de cualquiera de los poderdantes por así haberlo dispuesto los propios contratantes.

Resulta inoperante el mandato póstumo utilizado para representar a JFG (fallecido) en la donación a favor de sus hijas SZG y NBG, por cuanto estas ya eran propietarias de los bienes donados por modo sucesión. Sí sería relevante en caso de que además de las nombradas donatarias existieran otros herederos, que habrían quedado representados por LT en la donación realizada.

Cuando el Código Civil establece que el mandato para después de la muerte será nulo si no puede valer como disposición de última voluntad, no refiere a la forma sino al contenido del mandato.

La apoderada no pudo reservar el usufructo de los bienes donados para un causante que ya se encontraba fallecido al momento de la donación; no obstante, ello no hace observable el título.

Consulta

RELACIÓN DE HECHOS

28.12.1973. Los cónyuges JFG y ZDD adquirieron por título compraventa y modo tradición, la propiedad y posesión de la unidad de propiedad horizontal 301, padrón individual .../301 de la localidad catastral ..., según resulta de la escritura autorizada por el escribano XX.

29.9.1988. Los cónyuges JFG y ZDD otorgaron «poder especial e irrevocable» a favor de LT, en escritura autorizada por el escribano ZZ en la ciudad de ..., República Argentina, el cual fue debidamente legalizado y protocolizado en Uruguay por el escribano AA el 6.12.1988. De este resulta que los cónyuges JFG y ZDD confieren poder a la apoderada para que transfiera a favor de sus dos hijas, SZG y NBG, a título gratuito y sin cargo alguno, en concepto de anticipo de herencia, la nuda propiedad sobre todos y cada uno de los bienes muebles o inmuebles, ya sea que se encuentren a nombre de ambos o exclusivamente a nombre de uno de ellos, en Uruguay o Argentina. Se previó expresamente que dicho poder se mantendría subsistente por el término de dos años, pese al fallecimiento de cualquiera de los poderdantes y hasta tanto no se haya cumplido con su objeto.

19.10.1988. El señor JFG falleció en la República Argentina, en igual estado civil.

18.2.1989. Por escritura autorizada ante el escribano AA, la apoderada LT, en nombre y representación de los cónyuges JFG y ZDD e invocando el poder relacionado, donó a favor de SZG y NBG la nuda propiedad del inmueble relacionado previamente, la cual fue debidamente inscripta en el registro correspondiente. De acuerdo a la cláusula segunda de dicha escritura, los donantes se reservaron el usufructo del inmueble durante toda su vida.

25.4.1994. La señora ZDD, viuda de JFG, falleció en la República Argentina.

OBJETO DE LA CONSULTA Y OPINIÓN DE LA CONSULTANTE

Consulta la validez del poder *post mortem* relacionado.

En el caso de que el poder sea válido y eficaz, ¿se pudo haber transferido la nuda propiedad manteniendo el usufructo del titular del bien señor JFG, quien ya estaba fallecido?

Con relación al poder, la consultante opina sucintamente que, para que este pudiera valer como disposición de última voluntad conforme al artículo 2097 del Código Civil, debió ser otorgado con los mismos requisitos y formalidades exigidos para el otorgamiento del testamento, supuestos que no se cumplieron en el caso.

Por otra parte, si el poder configura un pacto de sucesión futura, estaría viciado de nulidad absoluta por tener objeto ilícito (artículo 1284, 2051, inciso 2.º, y 1560 del Código Civil).

Por otro lado, tampoco fue previsto en forma expresa que el poder se otorgara en interés común del mandante y mandatario, como prevé el artículo 2098 del Código Civil.

En cuanto a la donación realizada, entiende que no es posible la «reserva de usufructo» de una persona fallecida. El poder solo confirió autorización para transmitir «nuda propiedad» y no menciona «propiedad plena», por lo que tampoco habría sido posible transmitirla en su totalidad utilizando este poder.

Entiende, en consecuencia, que corresponde como única solución declarar la nulidad del poder y de la donación, cancelando la inscripción registral de esta última, e iniciar la sucesión de los poderdantes incluyendo en la relación de bienes la propiedad plena del inmueble referido.

Informe de la Comisión de Derecho Civil

1. Como lo ha sostenido reiteradamente esta comisión, el *mandato* es un contrato, un negocio jurídico bilateral por el cual el mandatario se obliga a cumplir una serie de actos jurídicos encargados por el poderdante. Véa-

se que el Código Civil legisla el mandato en el título VIII, «Del mandato», dentro de la segunda parte, «De las obligaciones que nacen de los contratos» (artículos 1613 a 2405), y el propio artículo 2051 lo define como «un contrato». Dicho mandato se diferencia del *negocio de apoderamiento* para otorgar un negocio representativo eficaz en que este, si bien es negocio unilateral, consiste en la autorización que una persona confiere a otra para que esta otorgue determinados actos en nombre de aquella, de manera tal que los efectos recaigan directamente en el patrimonio del representado («poder de representación»).

2. El artículo 2086 del Código Civil establece las causales por las cuales el mandato se extingue, y para este informe interesa la establecida en el numeral 5, esto es, «por la muerte del mandante o del mandatario». En igual sentido, el artículo 2094 establece: «Sabida la muerte del mandante, cesará el mandatario en sus funciones...».

3. Pero este principio de que el mandato se extingue por la muerte del poderdante —porque, como bien lo expresa MINERVINI,¹⁰⁴ estamos naturalmente ante una relación jurídica basada en la confianza—, como contrato consensual que es, puede ser derogado por la voluntad de los contratantes. Y así nuestro Código Civil ha establecido con claridad —como pocos— en qué casos sobrevive el mandato a pesar de la muerte del mandante:

Artículo 2096:

No se extingue por la muerte del mandante el mandato destinado a ejecutarse después de ella. Tendrá lugar esta disposición, aunque los herederos fueren menores o incapaces.

Artículo 2097:

Cualquier mandato destinado a ejecutarse después de la muerte del mandante, será nulo, si no puede valer como disposición de última voluntad.

Artículo 2098:

También continúa subsistiendo el mandato aun después de la muerte del mandante, cuando ha sido dado en el interés común de este y del mandatario o en el interés de un tercero.

Para esta comisión, los artículos 2096 y 2097 refieren al mandato destinado a ejecutarse después de la muerte o mandato *post mortem* en sentido estricto, en tanto el artículo 2098 prevé el mandato con efectos subsistentes aún después del fallecimiento del mandante o mandato póstumo. En el primer caso estamos ante un mandato destinado a ejecutarse una vez producido el deceso del mandante, esto es, que recién nace con el fallecimiento del poderdante, en tanto en el segundo estamos frente al mandato destinado a ejecutarse en vida del mandante, que nace durante

104 MINERVINI, Gustavo, *El mandato: la comisión. El contrato de comisión de transporte*. Barcelona: José M.^a Bosch, 1959.

la vida de este y subsiste aún después de su muerte, esto es, que la muerte del mandante no conlleva su extinción.

Ya NARVAJA, en nota al artículo 2096, expresa que la disposición de la ley que atribuye efecto revocatorio a la muerte del mandante, siendo el resultado de la interpretación hecha por el legislador de la voluntad presunta de las partes, debe ceder cuando aparezca claro que la intención es que el mandato continúe, no obstante la muerte del mandante.

4. En el caso en consulta, los cónyuges JFG y ZDD confirieron poder a la mandataria para que transfiriera la nuda propiedad sobre todos y cada uno de los bienes, muebles o inmuebles. Dicho poder se mantendría subsistente por el término de dos años, pese al fallecimiento de cualquiera de los poderdantes y hasta tanto se hubiera cumplido con su objeto.

Conforme lo expuesto, *estamos ante un mandato destinado a ejecutarse en vida de los mandantes y que continuaría subsistiendo a pesar del fallecimiento de cualquiera de los poderdantes, por así haberlo dispuesto los propios contratantes*. No existe duda alguna de que la voluntad de estos fue que la muerte de cualquiera de ellos no produciría la extinción del poder. El fallecimiento de JFG no produjo la extinción del poder (artículo 2098).

5. En otro orden de cosas, conforme lo establecido en el numeral 1, para que se produzca la eficacia representativa es necesaria una actuación a nombre ajeno, esto es, un «acto representativo», y asimismo un «acto permissivo» de parte del representado, el cual es llamado *apoderamiento* cuando es anterior al acto representativo y *ratificación* en caso de ser posterior.

JFG y ZDD otorgaron un *apoderamiento*, el cual continuó subsistiendo al fallecimiento de JFG, por lo que la apoderada LT mantenía el poder de representación al momento del otorgamiento del negocio representativo, así como respecto de la señora ZDD, quien se encontraba viva al otorgarse la donación encomendada.

Ahora, al haber fallecido el señor JFG, ¿a nombre de quién actuó la apoderada LT?: ¿a nombre del mandante fallecido o a nombre de sus herederos? ¿Quién/es fue/ron el/los destinatario/s de los efectos jurídicos de la donación?: ¿el causante o sus herederos?

Sabido es que la muerte de una persona provoca la extinción de la personalidad y ello conlleva el cese de su capacidad jurídica, como consecuencia de lo cual es imposible que pueda ser el destinatario de los efectos jurídicos del negocio representativo. Conforme lo dispuesto por el artículo 776 del Código Civil:

La sucesión o herencia [...] es la acción de suceder al difunto y representarle en todos sus derechos y obligaciones que no se extinguen por la muerte. Se llama heredero el que sucede en esos derechos y obligaciones.

El artículo 1037 establece:

La sucesión [...] se abre en el momento de la muerte natural de la persona [...]

Y el artículo 1039:

Por el solo hecho de abrirse la sucesión, la propiedad y posesión de la herencia pasa de pleno derecho a los herederos del difunto [...].

Emma CAROZZI¹⁰⁵ expresa que las relaciones jurídicas del causante se mantendrán, dentro de lo posible, inalteradas al colocarse en su lugar el heredero. El heredero ocupa la posición jurídica del causante, por lo que no puede impugnar los actos que aquel no habría podido impugnar, sin perjuicio de los casos en que el heredero actúa ejerciendo un derecho propio en oposición al causante.

En caso de que, como en la consulta que nos convoca, el mandato subsista luego de ocurrida la muerte del mandante, la posición que tenía este es ocupada por sus herederos, y en consecuencia, como hemos sostenido,¹⁰⁶ el mandatario o apoderado debe actuar a nombre de estos herederos. Fernando MIRANDA¹⁰⁷ expresaba que la herencia, por el mecanismo del artículo 776, pasa a los herederos y con ella la relación de mandato, tal cual estaba en el causante. Los herederos desde ese momento tienen la propiedad y posesión de la herencia y los poderes para disponer de ella. El mandatario instituido por el causante dispondrá por ellos, sin perjuicio de la disposición que estos hagan, la que implica revocación expresa o tácita del mandato; pero, mientras no lo revoquen, lo hecho por el mandatario dentro de los límites del mandato los obliga.

De lo dicho se desprende que LT (apoderada) debió actuar en nombre y representación de los herederos del poderdante: que según expresa la consultante son SZG y NBG, o sea, quienes fueron donatarias en la donación realizada el 18.2.1989. Como viene de verse, SZG y NBG ya eran las propietarias de los bienes que componían la herencia de su padre, JFG; por lo tanto, se les donaron bienes que ya tenían en su patrimonio.

Para el caso de que existieran otros herederos además de las donatarias SZG y NBG, el poder sería relevante a los efectos de vincular a los demás herederos en la donación realizada, y deberíamos concluir que la apoderada LT actuó en representación de todos ellos.

En definitiva, resulta inoperante el mandato póstumo utilizado para representar a JFG (fallecido) en la donación a favor de SZG y NBG, por cuanto estas ya eran propietarias de los bienes donados por modo sucesión. Sí sería relevante en caso de que además de las nombradas donatarias existieran otros herederos, quienes habrían quedado representados por LT en la donación realizada.

105 CAROZZI FAILDE, Ema, *Manual de derecho sucesorio*, tomo I, Montevideo: FCU, 2004, pp. 14 ss.

106 VILLAR, Juan Pablo. Comisión de Derecho Civil, expediente 216/13, *Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay*, tomo 99, ene.-dic. 2013, pp. 294-332.

107 MIRANDA, Fernando, *Derecho práctico y teórico*, Montevideo: Asociación de Escribanos del Uruguay, 1973, pp. 66 ss.

Corresponde se efectúe el trámite sucesorio de JFG.

El mandato otorgado por la cónyuge, ZDD, no merecería objeción alguna, dado que, al haberse realizado el negocio de gestión mientras se encontraba aún con vida, no se dio a su respecto el instituto del mandato póstumo relacionado supra.

6. Corresponde también, atento a la opinión vertida por la consultante, aclarar el alcance de lo dispuesto por el artículo 2097, en cuanto dispone que cualquier mandato destinado a ejecutarse después de la muerte del causante *será nulo si no puede valer como disposición de última voluntad*.

Ya BONFANTE¹⁰⁸ plantea la duda respecto a si el mandato para ejecutar después de la muerte debe concebirse como una figura testamentaria o como una figura contractual. En nuestro derecho, y de acuerdo con lo ya expuesto en el numeral 1 de este informe, no cabe ninguna duda de que el mandato es una figura contractual, que —dentro de la sucesión testamentaria— encuentra su equivalente próximo en el albaceazgo. El albacea es designado por testamento y la cuestión de su aceptación o no aceptación recién se plantea después de la muerte del testador. En cambio, el mandato es un contrato y como tal requiere el consentimiento de ambas partes, y si bien dicho consentimiento puede ser expreso o tácito (artículos 2053 y 2058), rigen a su respecto todas las reglas generales del consentimiento.

El problema radica en la interpretación de la mencionada expresión «será nulo si no puede valer como disposición de última voluntad». Por aplicación de esta disposición, el contenido del mandato para ejecutar después de la muerte no tiene límites puramente negativos, sino también todos los límites legales de una disposición testamentaria, y se discute principalmente si esta regla legal se refiere solo al contenido o también a la forma de la disposición testamentaria.

VAZ FERREIRA¹⁰⁹ señala que los estudios doctrinarios sobre este artículo son escasos, y teniendo presente que nuestro artículo 2097 concuerda con el 1983 argentino cita el interesante trabajo de DÍAZ DE GUIJARRO.¹¹⁰ Para este civilista, la duda se centra en si se aplican las formas del mandato o si se requieren las formas de las disposiciones de última voluntad; en si el artículo 1983 argentino impone la forma del testamento o solo alude a la posibilidad jurídica del cumplimiento de la voluntad después de la muerte, de manera que no se proyecte más allá de lo que se puede ordenar testamentariamente. DÍAZ DE GUIJARRO cita a SEGOVIA y MACHADO, quienes entienden que el artículo 1983 requiere forma testamentaria, mientras que SALVAT no alude a la forma sino únicamente al contenido y

108 BONFANTE, Pietro, «Mandato “post mortem”», en *Scritti giuridici varii*, tomo III, Turín, 1921, pp. 262 ss.

109 VAZ FERREIRA, Eduardo, *Tratado de las sucesiones*, tomo III. Montevideo, FCU, 1975, pp. 489 ss.

110 DÍAZ DE GUIJARRO, Enrique, «La forma del mandato “post mortem mandantis”», en *Jurisprudencia Argentina, Doctrina*, IV, 1947, p. 8.

da ejemplos de disposición válida por no afectar las legítimas. SALVAT dice textualmente:

[...] por ejemplo que no afecte la legítima de los herederos forzosos: si así no fuere, el mandante podría realizar por medio de un mandato post mortem actos que personalmente no le serían permitidos.¹¹¹

Finalmente, concluye DÍAZ DE GUIJARRO:

[...] ha quedado anticipada así la valoración autónoma del artículo 1983, cuya frase final *disposición de última voluntad* se aleja de todo lo que sea extrínseco, para sustentarse únicamente en lo intrínseco: el contenido del mandato, la posibilidad jurídica de disponer con efectos después de la muerte, esto es, dentro del campo en que la voluntad actúa sin reatos. Por lo tanto, en el orden de los bienes alcanza hasta donde la legítima impone insalvable valladar y en punto a cuestiones extrapatrimoniales, carece de límites.

El informante participa de la opinión de que, cuando el artículo 2097 establece que el mandato será nulo si no puede valer como disposición de última voluntad, *no se está refiriendo al aspecto formal de la disposición testamentaria, sino a su contenido*, ya que no existe ningún argumento para que la forma del mandato no sea la contractual, como se ha expresado supra. Como afirma VAZ FERREIRA,¹¹² interpretar este artículo en el sentido de que impone las formas de un testamento conduciría a un absurdo mayor, porque un testamento no puede ser aceptado en vida del testador. Además, debe tenerse presente que nuestro artículo 2098 —conforme al cual también continúa subsistiendo aún después de la muerte del mandante, cuando ha sido dado en interés común de este y del mandatario o en el interés de un tercero— refiere sin ninguna clase de dudas a mandatos otorgados siguiendo las formas contractuales, y sin embargo admite que debe ejecutarse después de la muerte con la sola condición de que haya sido dado en interés común de mandante y mandatario o en interés de un tercero, cuando expresamente se dio para ejecutar después de la muerte.

O sea que, si el causante realiza una donación que excede lo disponible, sería sin lugar a dudas reducible cuando la hizo por sí mismo. Lógicamente, lo mismo ocurriría si lo hace a través de un mandatario. También sería nulo un mandato por el cual el mandante tratara de hacer llegar cualquier parte de sus bienes a alguien que es incapaz de adquirir en su sucesión, v.g., por no estar concebido a la apertura de esta.

Téngase presente que en el caso sometido a examen las beneficiarias, SZG y NBG, eran las dos hijas de los poderdantes, y que en el poder conferido se estableció, además, que la transferencia a título gratuito dispuesta lo era «en concepto de anticipo de herencia».

111 SALVAT, citado ibídem.

112 VAZ FERREIRA, o. cit., p. 492.

En consecuencia, entendemos que es válido cualquier mandato para ejecutar después de la muerte del mandante, siempre que su objeto sean actos de los que pueden realizarse por intermedio de un representante y que correspondan al ejercicio de derechos o facultades que no se extinguen por la muerte del representado.

7. Por último, se comparte con la consultante la opinión de que *el apoderado no pudo reservar el usufructo de los bienes donados para un causante que ya se encontraba fallecido al momento de la donación*; no obstante, ello no haría observable el título, ya que deberá tenerse por no puesta dicha reserva.

CONCLUSIONES

Conforme lo expuesto, se concluye:

1. El mandato sometido a consulta encuadra en lo dispuesto por el artículo 2098 del Código Civil, ya que estaba destinado a ejecutarse durante la vida de los mandantes y los propios otorgantes manifestaron expresamente que el objeto debía ser cumplido pese al fallecimiento de cualquiera de ellos («mandato póstumo»). En consecuencia, la apoderada aún tenía poder de representación suficiente para realizar la donación objeto de la consulta al momento de otorgar el negocio representativo.
2. Resulta inoperante el mandato póstumo utilizado para representar a JFG (fallecido) en la donación a favor de sus hijas SZG y NBG, por cuanto estas ya eran propietarias de los bienes donados por modo sucesión. Sí sería relevante en caso de que además de las nombradas donatarias existieran otros herederos, los cuales habrían quedado representados por LT en la donación realizada.
3. El mandato otorgado por la cónyuge ZDD no merecería objeción alguna, dado que, al haberse realizado el negocio de gestión mientras se encontraba aún con vida, no se dio a su respecto el instituto del mandato póstumo relacionado supra.
4. Cuando el artículo 2097 del Código Civil establece que será nulo el mandato destinado a ejecutarse después de la muerte del mandante si no puede valer como disposición de última voluntad, no refiere al aspecto formal —esto es, que deba ser otorgado mediante un testamento—, sino a su contenido. Por ello podrá ser objeto del mandato *post mortem* cualquier acto de los que se pueden encomendar a alguien por acto de última voluntad.
5. La apoderada no pudo reservar el usufructo de los bienes donados para un causante que ya se encontraba fallecido al momento de la donación; no obstante, ello no hace observable el título.

Esc. Gustavo Echavarría Trabadelo
Informante

El 2 de diciembre de 2014 la Comisión de Derecho Civil, integrada por los escribanos María Jesús Almandoz, Américo Bianchi, Sandra Bochar, Miguel Burdín, Mónica Curbelo, Gustavo Echavarría, Alicia González Bilque, Carlos Groisman, María Paola Igoa, Adriana Inciarte, Rossana Ivanier, María del Rosario Marchese, Roque Molla, Javier Parga, Adriana Pereyra, María Alejandra Portillo, María Ritacco, Mildred Secondo, Diego Seré, Adriana Silva, Gonzalo Trobo, María Beatriz Vázquez, Jimena Viana 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 9 de diciembre de 2014, expediente 146/2013.*