

PODER OTORGADO EN EL EXTRANJERO. PROTOCOLIZACIÓN. CONTRATO CONSIGO MISMO

Resumen

Sobre el autonegocio partición con adjudicación de hijuelas distintas para poderdante y apoderado. Si se actúa con poder proveniente del extranjero, este debe ser legalizado o apostillado, traducido y protocolizado; ante la omisión de alguna de estas exigencias —como ser la protocolización—, cumplidas estas formalidades, el negocio obtendrá la eficacia faltante.

Informes: Notarial y Civil

Consulta

I. HECHOS

1. LMaPG confirió a LPG poder general y absoluto de administración, disposición y afectación sin limitación alguna de todos sus bienes y derechos, y poder general para pleitos para que procediera a firmar partición, rescisión de acción por lesión y reglamento de copropiedad, según escritura autorizada el 14.4.2016 en la ciudad de Lanús, Argentina, legalizada y apostillada el 15.4.2016. Este poder *no se encuentra protocolizado* en Uruguay.

2. DPG, EPG, LPG, VPG, MaIPG, JPG y LMaPG otorgaron partición según escritura autorizada el 11.11.2019 en la ciudad de Melo, Uruguay. LPG compareció por sí y como apoderada de LMaPG.

3. Se proyecta enajenar un bien adjudicado a otro copartiente en la partición indicada. El escribano designado para intervenir en tal negocio observa que el poder mencionado no está protocolizado, además de no contener las facultades expresas del artículo 2070 del Código Civil.

II. OPINIÓN DEL CONSULTANTE

1. El poder debe ser protocolizado.
2. Por otro lado, de acuerdo con las consideraciones explicitadas en la consulta, el poder contiene facultades para los actos otorgados.¹

1 *Nota del editor.* Por más detalles sobre la relación de hechos y la opinión del consultante, véase el expediente físico en Biblioteca.

Informe de la Comisión de Derecho Notarial y Técnicas Notariales

El presente informe se referirá al primer punto; la otra cuestión será competencia de la Comisión de Derecho Civil.

Sobre el aspecto de la protocolización, en el estudio de antecedentes dominiales en los que intervinieron mandatarios, es necesario recordar la evolución normativa en materia de poderes provenientes del extranjero, detallada en informe de esta comisión redactado por la Esc. Gabriela BOUVIER, el que seguiremos (ASOCIACIÓN DE ESCRIBANOS DEL URUGUAY, 2011). El objetivo de estas normas siempre fue crear una matriz de tales documentos en nuestro país.

Encontramos los siguientes períodos:

a. ANTES DEL 9 DE FEBRERO DE 1968. Los mandatos otorgados en el extranjero, generales o especiales, legalizados y, en su caso, traducidos debían ser transcriptos —para generar matriz local— en el Registro General de Poderes. Si el poder era especialísimo a utilizar en un solo acto, el escribano interviniente, además, debía incorporarlos a su registro de protocolizaciones.

b. DESDE EL 22 DE FEBRERO DE 1968 (de acuerdo con el decreto 155/968) Y HASTA EL 30 DE ABRIL DE 1998. En los actos otorgados en ese período debía controlarse el testimonio de protocolización —hecho por un escribano del país. en forma preceptiva— de la primera copia traducida y legalizada de poder autorizado en el extranjero —la registración fue eliminada por la ley 13.640, de 26 de diciembre de 1967— y el certificado registral acreditante de la vigencia. El decreto reglamentario de la ley 13.640 y el artículo 90 del reglamento notarial vigente —acordada 4.716— se consideraban de aplicación para los poderes generales, mientras que la protocolización devino preceptiva para los poderes procesales (C. General del Proceso, art. 39.2).

c. DESDE EL 1.º DE MAYO DE 1998 Y HASTA EL 31 DE DICIEMBRE DE 2004. El artículo 42 de la ley 16.871 (Ley de Registros Públicos) no incluyó la exigencia de la protocolización de poderes provenientes del extranjero, lo que dio lugar a criterios de interpretación dispares. Por esta razón, hasta el 1.º de enero de 2005 podemos encontrar situaciones en las que se actuó con el documento extranjero (en su caso, traducido y siempre legalizado) o con un testimonio de protocolización, hecho por un escribano uruguayo, del documento autorizado en el exterior (también traducido, en su caso, y legalizado). Aun cuando la ley no lo exigiera —y, por tanto, no pudiera considerarse preceptivo—, en general, la doctrina notarial aconsejaba crear matriz en nuestro país del mandato otorgado en el extranjero, mediante su protocolización a solicitud del apoderado.

La posición mayoritaria de esta comisión fue siempre la de no admitir la derogación tácita de la obligación de protocolizar los poderes provenientes del extranjero, interpretación a la que podría dar sustento la redacción ambigua del referido artículo 42. Pero aun quienes han sostenido la derogación tácita de la preceptividad de la protocolización han entendido aconsejable y conveniente —siguiendo los principios de matricidad, seguridad y conservación— la protocolización de tales documentos o un testimonio de ellos si el original estuviera destinado a circular por otras jurisdicciones (a solicitud de parte interesada).

d. DESDE EL 1.º DE ENERO DE 2005. El reglamento notarial vigente (acordada 7.533), en su artículo 86, estableció la preceptividad de la protocolización de los poderes provenientes del extranjero:

Deben protocolizarse por mandato de la ley, decreto o reglamento los siguientes documentos y actas: ... J) los poderes otorgados en el extranjero, previa o simultáneamente a su utilización en el país (art. 39.2 del CGP y decreto 175/992, de 5 de mayo de 1992).

e. A PARTIR DEL 1.º DE ENERO DE 2009. La ley 18.362, de 6 de octubre de 2008, en su artículo 291, introdujo modificaciones al régimen de los poderes provenientes del extranjero:

[...] 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 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.

En esta evolución de disposiciones legales se produjeron aparentes contradicciones que dieron lugar a diferentes interpretaciones en cuanto a los efectos de la omisión de las formalidades que se enfocaron en la validez o invalidez de los actos realizados en tales condiciones. En definitiva, la última de las normas citadas vino a solucionar los problemas creados por la existencia de diferentes criterios.

En cuanto al caso concreto a estudio, estamos en ausencia de la protocolización del poder. Debemos ver los efectos y la posible forma de su subsanación.

De acuerdo con el informe de la Comisión de Derecho Civil redactado por el Esc. Gustavo ECHAVARRÍA (ASOCIACIÓN DE ESCRIBANOS DEL URUGUAY, 2020), cuando nos encontramos ante cualquier negocio jurídico, en primera instancia, analizamos los requisitos de existencia: capacidad jurídica y poder normativo negocial. Estos son presupuestos del negocio externos a él (fundamentan su razón de ser). Si ambos suceden, el negocio existe jurídicamente; de lo contrario, la declaración de voluntad será jurídicamente irrelevante, y el negocio, inexistente. En segundo lugar, una vez que el negocio existe, deben analizarse los requisitos de validez, elementos estructurales intrínsecos y extrínsecos contenidos en la declaración de voluntad que integran la trama negocial y son necesarios para que esta sea válida. Y en tercer lugar, los requisitos de eficacia, impuestos por la voluntad de las partes o por la ley. Si concurren todos los presupuestos, el negocio es existente, válido y eficaz.

El informe citado recuerda que a partir de la ley 18.362, ante la ausencia de protocolización de los negocios de apoderamiento en forma previa o simultánea a su utilización en negocios de gestión solemne, la solución legal es que estaremos ante un *negocio de gestión válido pero ineficaz*.

La protocolización del poder debe ser previa o simultánea a su utilización. Existe un íter lógico: documento público o privado con certificación de firmas en el país de origen, legalización o apostilla, traducción —en su caso— y protocolización en Uruguay.

En un trabajo de los escribanos Roque MOLLA y Federico ALBÍN (2009) citado por el informe antedicho se sostiene que si la protocolización no fuera previa o simultánea, el negocio será irregular hasta

que se acredite haberse protocolizado el poder, aun en forma posterior. Este criterio ha sido también recogido en la circular 131/2008 de la Dirección General de Registros.

En el supuesto de actuarse con un poder que omite algún requisito formal, estamos ante un negocio de gestión irregular cuya sanción es que no pueda ser inscripto en forma definitiva en los Registros públicos hasta que se cumplan los requisitos omitidos (de la documentación agregada resulta que, pese a ello, la partición obtuvo la inscripción definitiva).

Por otro lado, corresponde tener en cuenta el artículo 65 del decreto-ley 1.421 (Ley Orgánica Notarial), que dispone:

Es prohibido a los escribanos: [...] 7) Autorizar escrituras en virtud de poder conferido fuera de la República sin que esté debidamente legalizado, traducido en su caso al castellano y repuestos los sellos correspondientes, debiendo agregarlos con la traducción al registro de protocolizaciones.

¿Cuál es el alcance de esta prohibición? ¿Cuál es la sanción para el caso en que se actúe incumpliendo la norma? ¿La nulidad del negocio de gestión? Claramente, la sanción es distinta a la nulidad, ya que la ley 18.362 expresamente determina que dicho negocio es válido pero ineficaz. En esta situación, cumpliendo luego con la protocolización omitida, el negocio obtendrá la eficacia faltante.

CONCLUSIÓN

En el supuesto de actuarse en virtud de un poder proveniente del extranjero, este debe ser legalizado o apostillado, traducido —en su caso— y protocolizado. Si se omite algún requisito, estaremos ante un negocio de gestión irregular; su sanción es no poder inscribirlo en forma definitiva en los Registros públicos hasta que se cumplan las formalidades omitidas. Corresponde, asimismo, una eventual sanción disciplinaria al escribano interviniente, conforme a la Ley Orgánica Notarial.

Escs. Carlos del Campo García
y Susana Chao Peña
Redactores

BIBLIOGRAFÍA REFERIDA

- ASOCIACIÓN DE ESCRIBANOS DEL URUGUAY (2011). «Poder otorgado en el extranjero. Mandato otorgado en el extranjero. Protocolización. Principio de matricidad». Comisión de Derecho Notarial y Técnicas Notariales (informante: Gabriela BOUVIER). En *Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay*, tomo 97, n.º 7-12 (jul.-dic.), pp. 575-579.
- (2020). «Poder otorgado en el extranjero. Protocolización. Traducción de documentos. Validez de los contratos. Cesión de derechos hereditarios. Eficacia». Comisión de Derecho Civil (informante: Gustavo ECHAVARRÍA). En *Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay*, tomo 106, n.º 1-12 (ene.-dic.), pp. 388-397.
- MOLLA, Roque, y ALBÍN, Federico (2009). «Ley 18.362, de rendición de cuentas 2007. Análisis de los artículos 290 y 291». En *La Pluma*, año 12, n.º 31 (may.), pp. 40-43.

Informe aprobado por la Comisión de Derecho Notarial y Técnicas Notariales, con los votos de los Escs. Eliane D'Andrea, Gabriela Di Matteo, Natalia Machín, Valeria Porta, Silvana Rodríguez, Susana Chao Peña y Carlos del Campo.

Escs. Carlos del Campo García
y Susana Chao Peña
Coordinadores

Informe de la Comisión de Derecho Civil

Se consulta sobre:

- 1) las consecuencias de que se haya actuado con un poder proveniente del extranjero sin protocolizar y cómo se soluciona;
- 2) si la partición otorgada, en la que se adjudican hijuelas independientes para poderdante y apoderado, requiere la autorización expresa del poderdante; si esa autorización, en el caso concreto, fue conferida o no, y en caso de que se requiera dicha autorización, cómo puede solucionarse la situación.

I. SOBRE LA PROTOCOLIZACIÓN DEL PODER PROVENIENTE DEL EXTRANJERO CON POSTERIORIDAD A SU UTILIZACIÓN

El artículo 291, inciso 5.º de la ley 18.362 expresa:

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.

En el caso concreto, el poder proveniente de Argentina no estaba protocolizado en Uruguay al momento de celebrarse la partición otorgada en el año 2019. ¿Cuál es la consecuencia de esa falta de protocolización? El negocio de gestión otorgado con la utilización de un poder sin protocolizar ha sido calificado por MOLLA y ALBÍN (2009) como un negocio irregular que será válido y eficaz, aunque adolece de un defecto de forma para tener plena conformidad con el ordenamiento. Con relación a los negocios irregulares en general, los autores señalan que su consecuencia puede ser diferente según el caso, pero —de nuevo, en general— se sanciona con la imposibilidad de acceder a los Registros públicos u otros ámbitos de la Administración.

La protocolización podrá ser cumplida en forma previa o coetánea; pero si ello no acontece, el negocio final será irregular hasta tanto se acredite su protocolización, aun posterior a él.

RODRÍGUEZ RUSSO realiza un análisis similar: la ausencia de protocolización trae como consecuencia que el Registro no inscribirá el negocio de gestión otorgado hasta tanto ella no se acredite notarialmente (2012: 785). Al igual que los dos autores antes mencionados, RODRÍGUEZ RUSSO sostiene que el negocio

ingresa en la categoría de *irregular* porque la discordancia del negocio jurídico de gestión otorgado con el modelo legal atañe a exigencias extrínsecas a sus presupuestos y elementos tipológicos estructurales. La reacción negativa del ordenamiento jurídico consiste en la no inscripción en el Registro y no en la invalidez e ineficacia (2012: 787).

Desde otro punto de vista, BLENGIO (2010: 841 y 842) sostiene que el tipo *poder eficaz* puede formarse progresivamente, y en caso de que se otorgue un negocio de gestión con un poder que cumpla con el requisito de solemnidad pero no con la protocolización, podrá cumplir con este requisito después, sin que sea necesaria una nueva emisión de voluntad del poderdante. Nada impide, según este autor, que el poder se complete ulteriormente; en ese caso, el negocio de gestión que nació válido deviene eficaz sin ninguna ulterior manifestación de voluntad del poderdante.

En similar sentido que BLENGIO, CAFFERA (2018: 385) considera que el requisito de la protocolización no es un requisito de solemnidad, sino un requisito de eficacia del negocio de apoderamiento; y que esto es clave, pues significa que su falta puede subsanarse con posterioridad, sin necesidad de que se tenga que volver a otorgar el negocio de apoderamiento. El poder será válido si se otorgó en documento público o privado, y los requisitos de eficacia podrán cumplirse en cualquier momento posterior, incluso luego de que se otorgue el negocio de gestión (este último, entre tanto, será válido pero ineficaz).

Al comparar ambas posiciones, se aprecia que difieren. Para MOLLA y ALBÍN, así como para RODRÍGUEZ RUSSO, la ausencia de protocolización impide la inscripción del negocio de gestión, por ser irregular, pero el apoderamiento y el negocio de gestión serán válidos y eficaces; para BLENGIO y CAFFERA, en cambio, el apoderamiento será ineficaz y, como consecuencia, también el negocio de gestión.

A entender de esta Comisión, la primera posición, sustentada por MOLLA-ALBÍN y RODRÍGUEZ RUSSO, se ajusta mejor a lo dispuesto por el artículo 291 de la ley 18.362 que la segunda. Las razones se encuentran, por una parte, en que el inciso 3.º del artículo 291 dispuso que el negocio de gestión será ineficaz cuando se omitan los requisitos del inciso primero, esto es, la escritura pública o el documento privado con firmas certificadas; no incluyó la protocolización como requisito de eficacia. Por otra parte, el inciso 4.º del mismo artículo establece como sanción por la falta de protocolización la imposibilidad de acceder al sistema registral, no la ineficacia del poder ni del negocio de gestión.²

Sin perjuicio de la diferencia mencionada, ambas posiciones coinciden en algo muy importante a los efectos de este caso: la protocolización posterior al negocio de gestión es suficiente para cumplir con los requisitos legales, sin que sea necesaria una nueva manifestación de voluntad. Como consecuencia, cualquiera sea la posición que se siga, una vez protocolizado el apoderamiento, la irregularidad se subsana sin necesidad de ratificar el apoderamiento ni el negocio de gestión.

2 El inciso 4.º del artículo 291 de la ley 18.362 dispone: «El registro no inscribirá negocios jurídicos en los que se haya actuado invocando poderes otorgados por documento privado con firmas certificadas hasta tanto no se acredite notarialmente su protocolización».

II. SOBRE LA NECESIDAD DE LA AUTORIZACIÓN EXPRESA PARA OTORGAR UN AUTONEGOCIO PARTICIÓN CON HIJUELAS INDEPENDIENTES PARA PODERDANTE Y APODERADO

La *autorregulación de intereses* es la situación en la que una persona regula por sí mismo sus propios intereses. La *autorregulación de intereses contrapuestos* es la situación en la que una persona regula por sí mismo intereses que se encuentran en oposición; se efectúa a través de *autonegocios*.

La doctrina suele examinar la autonegociación desde la óptica del autocontrato, pero el fenómeno es más amplio: también puede producirse en negocios jurídicos no contractuales, como la partición.³

El autonegocio es un acto de regulación de intereses contrapuestos efectuado por una sola persona; pretende producir los mismos efectos que el tipo negocial produciría si hubiese sido otorgado por los titulares de esos intereses.

La manifestación de voluntad del otorgante es direccionada hacia dos patrimonios distintos, ya sea porque actúa: *a)* por sí y en representación de la contraparte; *b)* en representación de ambas partes, o *c)* solo por sí, pero respecto a dos patrimonios separados de los que es titular.

En caso de autonegocio, con respecto al negocio partición, la profesora Teresa GNAZZO (1988: 215), por un lado, afirma:

La partición otorgada en función de la representación invocada, pese a importar la realización de «negocio consigo mismo» y no contener el poder mención de autorización expresa del 2070 del Código Civil, resultó válida por estar munido el apoderado de la autorización suficiente (ilimitada y absoluta) para tal otorgamiento; coadyuvado con esta afirmación, la aplicación de las normas que sobre interpretación del contrato impone el legislador. Es de recomendar la utilización de términos claros y precisos al momento de otorgarse un poder, de forma tal que su interpretación no lleve a dudar de su alcance; pero cuando la realidad nos impone interpretar un poder ya otorgado y analizar situaciones jurídicas que ya están consumadas, debemos aplicar precisamente las reglas que impone el legislador, así como los principios que informan la materia negocial. La conclusión a la que arriba- mos puede no ser compartida, pero allí aparece el legislador, indicio del camino a seguir, y los prin- cipios rectores en materia de interpretación e integración, primando la conservación del contrato y la voluntad real de las partes, aun cuando esta voluntad deba encontrarse más allá de las palabras ex- presadas.

Además, en el caso de la partición, el representante no está generando una nueva relación pa- trimonial con el representado, sino que, en razón de un vínculo preexistente, realiza un negocio de- clarativo que se ubica en el ámbito de los actos de administración. No hay intereses contrapuestos, no hay conflictos, y la distribución de los bienes que realiza el representante, por sí y por su repre- sentado, obedece a factores objetivos (esto es: la cuota ava parte abstracta que cada uno, como here- dero, tiene en los bienes dejados por el causante) y su cuantificación es también considerada objeti- vamente por el legislador, hasta tal punto que puede cualquiera de los parientes iniciar la acción de rescisión «por causa de lesión en más de la cuarta parte» (C. Civil, art. 1161).

No hay disposición patrimonial, no se da la oposición de intereses propia de un contrato, no rige el principio del artículo 1250 del Código Civil (criterio subjetivo que en los contratos onerosos

3 Sobre el autonegocio partición, vé.: GNAZZO, 1988; MOLLA, 1989.

impone «mirar» como equivalentes las prestaciones de las partes, impidiendo la lesión como vicio del consentimiento [C. Civil, art. 1277]), no se afecta el principio de libertad contractual, no hay vicio de la causa ni objeto ilícito (estos dos últimos aspectos que subraya GAMARRA como determinantes de la nulidad del contrato consigo mismo en *Tratado de derecho civil uruguayo*, tomo XV, p. 194). En consecuencia, la partición otorgada por el representante consigo mismo, en virtud del poder general con las facultades ya referidas, es válida, y el título no merece observación.

En posición contraria a la referida, MOLLA expresa:

a. Con respecto a la naturaleza jurídica del denominado *contrato consigo mismo* o *autocontrato* (1989: 435):

Se pueden señalar dos grandes vertientes. La primera maneja la posibilidad de la existencia de este fenómeno conservando la típica definición de *contrato*: convención en la que intervienen dos partes [...]. Esta primera posición doctrinaria entiende que es perfectamente posible conciliar la definición que de *contrato* dan el Código francés y el Código alemán, con la existencia de dos partes, y el hecho de que ambas partes estén representadas por una misma persona. La otra posición, no de rigor jurídico, sino de algo que está y lo compartimos —con antelación a toda disquisición jurídica— y es la situación de hecho, establece que es imposible que una persona física pueda, al mismo tiempo, tener dos voluntades que, justamente, se contraponen. Se señala —y ha sido la opinión que a nivel de derecho nacional han vertido los profesores CAFARO y CARNELLI— que más allá de toda consideración jurídica, hay un presupuesto que impide la existencia de este fenómeno: hay una razón psicológica y, por ende, una razón lógica por la cual un contrato no puede ser tal cuando hay una sola voluntad.

b. Con relación a la configuración y eventual eficacia del negocio final en la posición que adopta, MOLLA refiere (1989: 440 y 441):

Todo contrato, como dice CAFARO, tiene abstractamente —aunque pueda no tenerlo concretamente—, por definición, un conflicto de intereses. De manera que ya el tema está resuelto al inicio. En un contrato hay conflicto de intereses. Cuando actúa representante y representado pretendiendo con una sola voluntad formar el contrato, el avance es muy corto, porque ya el conflicto le impide la actuación.

En cuanto a la eficacia, creo que interesa resaltar cuál es el punto de vista de la teoría negativista, porque la teoría positivista se va a manejar, evidentemente, con los principios generales. Pero ¿qué hace la teoría negativa? Porque se encuentra, según hemos dicho, con la ausencia de contrato y dice que hay un negocio jurídico unilateral. Pero sucede que si vamos a las causas eficientes de las obligaciones, si vamos a las fuentes de las obligaciones, nos encontramos, en la definición, en principio, con la ausencia de la posibilidad de un negocio jurídico unilateral como fuente de obligaciones. Pero esto no es así. En primer lugar, porque está esa válvula de escape, que es la ley: la ley es fuente de obligaciones. Acá, lo que está sucediendo es algo que entendemos que es perfectamente armonizable con la inexistencia de contrato, y es que la ley y la voluntad están jugando de forma totalmente coherente y permitiendo que un negocio que no es contrato cumpla la función de tal y provoque consecuencias jurídicas iguales a las de un contrato.

Es decir que en la situación final, comparece una persona, manifiesta su voluntad, invoca la representación de otra y realiza un desplazamiento patrimonial a mérito de su declaración por sí y, además, invocando el poder. Acá es donde está el error en el estudio del fenómeno. En realidad, no estamos ante un caso de representación, sino que estamos fuera de la presentación. Acá está

sucediendo que viene una persona, manifiesta su voluntad y el negocio queda absolutamente en ese aspecto. Todavía no ha habido ningún tipo de desplazamiento patrimonial. Él, lo que ha hecho, técnicamente definido, es una propuesta; lo único que ha jugado en esa actuación fue su voluntad, y como tal, propone. Tiene que esperar otra manifestación de voluntad, pero no es la de él, ni tampoco es la del sujeto del interés representado por él, sino que es la del sujeto del interés manifestado por sí, en forma.

Se dice que *aprobar* es un acto de la voluntad que en el plano de los hechos tiene como antecedente otros hechos: el hecho anterior es la propuesta, y el hecho posterior es la aprobación que, además, reitero, debe ser respetando las formas. Y esta aprobación lo que hace, sin más, es formar el consentimiento: propuesta más aceptación.

Por definición, la *propuesta*, en su estado natural, diríamos, es revocable. La propuesta puede ser irrevocable, pero ese no es su carácter natural. De manera que en la enorme mayoría de los casos que estamos manejando, tenemos situaciones de propuestas simples, o sea, con la posibilidad de su revocación. La aprobación, que llamamos *ratificación*, sobreviene perfectamente en estado de vigencia de la propuesta, pero puede sobrevenir cuando ya la propuesta ha sido reiterada. Y el problema en el orden de la prueba es cómo se sabe que esa propuesta no ha sido reiterada.

Esta es la primera situación, entonces. Reiteramos que no es autocontrato, sino que es una manifestación de voluntad; es propuesta, a la cual sigue una aceptación, y estamos dentro del esquema contractual tradicional clásico, sin ningún tipo de diferencia con lo que es nuestro método de investigación.

Pero ¿qué pasa si en lugar de aprobación hubiere una *autorización*? El Código no lo menciona, pero ahí juegan los principios del derecho privado. Esta sí no está prohibida, y al no estar prohibida la autorización, está permitida. En primer lugar, porque en sede de representación voluntaria están en juego intereses privados. El sujeto, al conferir el poder-negocio jurídico, también unilateral, autoriza a su apoderado a que realice determinados negocios en los cuales el apoderado tenga interés.

Esta figura se distingue netamente de lo que se llama el procurador *in rem suam*. O sea, en el caso de un contrato; con dos sujetos de voluntad actuando cada uno en su esfera de interés, es decir, por sí, sin representación ninguna, pueden perfectamente en ese negocio conferir poderes jurídicos de actuación en beneficio exclusivo del apoderado; concretamente, puede establecerse [...] que en virtud de existir determinado embargo, se le confiere poder jurídico al acreedor embargante comprador para que destine parte del precio a satisfacer al acreedor embargante y desinteresado. Esa es una actuación que está realizando el sujeto investido del poder en su beneficio.

De lo que se trata cuando hablamos de autorización es directamente de la posibilidad de que una sola persona, un solo sujeto de la voluntad, despliegue una actividad unilateral por definición, que, sumada aquella autorización, logre los efectos que tiene el contrato. No es tampoco un contrato, pero se consigue, a mérito de la posibilidad que el derecho privado permite, la producción de los efectos jurídicos del contrato. Como decían los romanos, es un equivalente del contrato, pero sigue siendo un negocio jurídico unilateral.

Esta situación, en cambio, a diferencia de la situación anterior que hemos visto, no es una propuesta, y esta es la gran diferencia. Acá sí la autorización no tiene el contenido de una propuesta. El negocio final lo realiza el sujeto de la voluntad, por sí y ante sí, y el conflicto es relevado por la propia voluntad del sujeto del interés al conferir el poder.

c. Con relación a la validez del autocontrato para la posición que lo admite, manifiesta (MOLLA, 1989: 438):

Sucede que el negocio, una vez admitido en su esencia, es inmediatamente invalidado en el sentido técnico de la expresión; es considerado absolutamente nulo, porque —se dice— el sujeto de la voluntad que está actuando en representación del sujeto del interés, de la persona que le confirió poder, al utilizar ese poder para realizar el contrato en el cual también está en juego el propio interés, está determinando la aparición de la causa ilícita del negocio.

Esta es la posición que maneja GAMARRA. Es decir, no tiene inconveniente en admitir la figura, pero sucede que el conflicto de intereses que se plantea entre el sujeto de la voluntad y el representado provoca la nulidad absoluta del negocio por causa ilícita. Causa ilícita porque, justamente, el sujeto de la voluntad está actuando con un instrumento que es el poder del que está investido para un fin ilícito; ilícito porque no es el fin para el cual le fue conferido el poder.

Concluye el profesor MOLLA (1989: 442):

En el caso concreto de la partición, extrajudicial, el negocio jurídico de derecho privado, el apoderado no puede resolver por sí y ante sí el conflicto de intereses[;] necesita de la autorización o aprobación del sujeto del interés. No puede interpretarse como tal el otorgamiento de un poder general amplio y absoluto.

Esta comisión comparte la opinión de MOLLA con relación a que la partición otorgada por el apoderado por sí y en nombre y representación del poderdante en la cual se establecen hijuelas independientes para poderdante y apoderado requiere la autorización expresa del poderdante, a diferencia de lo que ocurriría si poderdante y apoderado formaran una misma parte.

Admitido ello, en esta comisión se debatió sobre si otorgar un poder de representación sin ningún tipo de restricciones, cuando la indivisión entre poderdante y apoderado ya existía al momento de otorgar el apoderamiento, significaba una autorización expresa para celebrar el autonegocio partición. Para algunos integrantes de esta comisión, el hecho de otorgar dicho poder *sí* significa una autorización expresa para celebrar el autonegocio partición; desde esta visión, la partición fue otorgada de manera correcta, y la aprobación del mandante *no* sería necesaria. Para la mayoría de los integrantes de esta comisión, en cambio, otorgar un poder de representación sin restricciones, cuando, como se dijo, la indivisión entre poderdante y apoderado ya existía al otorgarse el apoderamiento, *no* significa una autorización expresa para celebrar el autonegocio partición, por lo que la partición *sí* requiere de la aprobación del mandante; ubicados en esta postura es que se analiza el ítem siguiente.

III. SOBRE EL PODER *POST MORTEM*

Dada la carencia en nuestro ordenamiento de una regulación general sobre el negocio de apoderamiento, las disposiciones que se señalarán referentes al *mandato* son aplicables vía analógica al *negocio de apoderamiento*.

Las causales por las que se extingue el mandato están dispuestas en el artículo 2086 del Código Civil; entre ellas, «la muerte del mandante o del mandatario» (num. 5). Al respecto, PEIRANO (1968: 139) ha escrito:

¿Se podría pactar en un contrato de mandato otras consecuencias para el caso de muerte del mandante? ¿Esta causa de extinción es de la naturaleza o de la esencia del contrato? La respuesta es clara: en principio, no habría dificultad en pactar un contrato de mandato que no se extinga por la muerte del mandante.

En similar sentido, nos dice GAMARRA (1995: 53): «El principio de que el mandato se extingue por la muerte es derogable por la voluntad de los contrayentes, y el propio derecho prevé casos de supervivencia del mandato a la muerte del mandante». La jurisprudencia también se ha manifestado a favor de la posibilidad de que un mandato subsista aún después de la muerte del mandante.⁴

Una persona puede tener facultades para actuar después de la muerte del mandante porque así lo dispuso este o porque la ley lo dispuso ante el silencio del poderdante. El poderdante puede disponer que el apoderado tendrá poder: *a*) recién a partir de su muerte (C. Civil, arts. 2096 y 2097), o *b*) de manera inmediata, y que este subsistirá luego de su muerte (C. Civil, arts. 2096 a 2098).

De la cláusula novena del referido apoderamiento surge que «el presente poder se otorga en interés común de mandante y mandatarios»; es decir que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 2098 del Código Civil, continúa subsistiendo aun después de la muerte del mandante.

El poder *post mortem* ofrece una solución para resolver el caso planteado, de la siguiente manera: el apoderado puede sustituir el poder que se le confirió —no se ingresa en el tema de si la sustitución requiere o no autorización expresa del poderdante porque, en este caso, dicha autorización resulta a texto expreso de la cláusula quinta—, y que el apoderado sustituto, en ejercicio de las facultades *post mortem* conferidas, apruebe la partición otorgada.

IV. CONCLUSIONES

1. Con relación a la falta de protocolización del poder proveniente del extranjero utilizado, corresponde su protocolización. Una vez protocolizado dicho poder, la irregularidad se subsana sin necesidad de ratificar el apoderamiento ni el negocio de gestión.
2. En términos generales, a entender de esta comisión, la partición en la que un apoderado actúa por sí y en representación del poderdante, y en la que se adjudican hijuelas independientes a cada uno de ellos, requiere de la autorización expresa del poderdante.

En el caso concreto, las circunstancias en que fue otorgado el poder y las facultades conferidas pueden hacer dudar sobre si esa autorización fue conferida o no. Para la mayoría de la Comisión, aun en este caso, es necesario obtener la aprobación expresa del poderdante; a tales efectos, el apoderado puede sustituir

4 Al respecto, vé.: TRIBUNAL DE APELACIONES EN LO CIVIL DE 4.º TURNO, 2001; TRIBUNAL DE APELACIONES EN LO CIVIL DE 7.º TURNO, 2009.

el poder que se le confirió, y el apoderado sustituto, en ejercicio de las facultades *post mortem* conferidas, aprobar la partición otorgada.

Comisión de Derecho Civil

BIBLIOGRAFÍA REFERIDA

- BLENGIO, Juan E. (2010). «El poder para otorgar un negocio solemne. La solución del artículo 291 de la ley 18.362». En *Anuario de Derecho Civil Uruguayo*, tomo XL, pp. 835-844.
- CAFFERA, Gerardo (2018). *Obligaciones: teoría de la obligación del contrato y el cuasicontrato*, 1.ª ed. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.
- GAMARRA, Jorge (1995). *Tratado de derecho civil uruguayo*, tomo I, 4.ª ed. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.
- GNAZZO, Teresa G. (1988). «Partición realizada por el mandatario consigo mismo careciendo de la aprobación del artículo 2070 del Código Civil». En *Anuario de Derecho Civil Uruguayo*, tomo XIX, pp. 213-216.
- MOLLA, Roque (1989). «La partición otorgada por el apoderado consigo mismo sin autorización o aprobación del poderdante». En *Anuario de Derecho Civil Uruguayo*, tomo XX, pp. 435-442.
- MOLLA, Roque, y ALBÍN, Federico (2009). «Ley 18.362, de rendición de cuentas 2007. Análisis de los artículos 290 y 291». En *La Pluma*, año 12, n.º 31 (may.), pp. 40-43.
- PEIRANO FACIO, Jorge (1968). *Curso de contratos*, tomo III. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.
- RODRÍGUEZ RUSSO, Jorge (2012). «La forma del apoderamiento para negocio de gestión solemne. Coincidencias y divergencias en torno a la interpretación del artículo 291 de la ley 18.362». En *Anuario de Derecho Civil Uruguayo*, tomo XLIII, pp. 777-787.
- TRIBUNAL DE APELACIONES EN LO CIVIL DE 4.º TURNO (2001). Sentencia 64/2000, de 12.4.2000. Larrieux (r), Turell, Tobía. En *Anuario de Derecho Civil Uruguayo*, tomo XXXI, p. 234.
- TRIBUNAL DE APELACIONES EN LO CIVIL DE 7.º TURNO (2009). Sentencia 232/2008, de 13.10.2008. López Ubeda (r), Bello, Couto. En *Anuario de Derecho Civil Uruguayo*, tomo XXXIX, p. 235.

Nota del Esc. Juan Pablo Villar

Coincido con la Comisión en cuanto a que la partición en la que se adjudican hijuelas independientes para poderdante y apoderado requiere la autorización expresa del poderdante. En este caso, el poder comprende, a texto expreso, la facultad de «otorgar particiones que hagan cesar el condominio y/o indivisión derivado de cualquier origen»; además, de la cláusula sexta resulta que la apoderada podrá otorgar todos los actos, con la misma amplitud de facultades con que podría hacerlo el propio poderdante, sin imponerse restricción de especie alguna. Dichas expresiones, en el contexto de que la indivisión ya existía entre poderdante y apoderado al momento de otorgar el apoderamiento, me conducen a concluir que fue concedida la autorización expresa para celebrar la partición otorgada.

Esc. Juan Pablo Villar

La Comisión de Derecho Civil, integrada por los Escs. Juan Pablo Alonso, Adriana Amado, Karen Bonner, Miguel Burdín, Analía Cánepa, Mariana Capel, Javier Carneiro, M.^a Inés Casastroja, Daniella Cianciarulo, Priscila Ferreira, Agustina Ferreira, Nicolás García Rodríguez, Carlos Groisman, José Illia, Ana Irabedra, M.^a del Rosario Marchese, M.^a Valentina Martínez, Francisco Mastropiero, Roque Molla, Margarita Puertollano, M.^a del Pilar Ramírez, Ana Realini, Patricia Rivas, Diego Séré, M.^a Beatriz Vázquez y Juan Pablo Villar, aprueba el informe que antecede. Los Escs. Mariana Capel, Nicolás García Rodríguez, Ana Realini y Diego Séré adhieren a la nota del Esc. Juan Pablo Villar. La Esc. Laura Parnás entiende que la partición no requiere autorización expresa del poderdante —no está previsto legalmente—, por lo que discuerda con la opinión de la Comisión de Derecho Civil.

Escs. Roque Molla y Juan Pablo Villar
Coordinadores

*Informes aprobados por la Comisión Directiva Nacional
de la AEU el 19.4.2023, expediente 2735/2022.*