

NEGOCIO DE APODERAMIENTO PARA NEGOCIO DE GESTIÓN SOLEMNE Y GESTIÓN SIN PODER DE REPRESENTACIÓN: LAS SOLUCIONES QUE INCORPORA LA LEY N° 18.362

*Jorge Rodríguez Russo**

I. INTRODUCCIÓN

La Ley de Rendición de Cuentas y Balance de Ejecución Presupuestal N° 18.362, de 6 de octubre de 2008, vigente desde el 1° de enero del corriente año (artículo 2), vino a poner término a los debates doctrinarios que en el pasado se habían registrado en torno a dos cuestiones de enorme trascendencia jurídica: la forma del negocio de apoderamiento otorgado para negocio de gestión solemne y las consecuencias del negocio concluido sin poder de representación.

El artículo 291 del citado texto normativo¹ establece concretamente la *solemnidad alternativa* del negocio de apoderamiento para tal supuesto, disponiendo además que el negocio de gestión otorgado sin observar la forma preceptiva impuesta al negocio de apoderamiento será *ineficaz*, solución ésta que puede aplicarse con carácter general a toda actuación sin poder de representación.

Más allá de su constitucionalidad² y de compartirse o no intrínsecamente la opción efectuada por una de las tesis que se habían sustentado respecto a estos dos tópicos, la decisión legislativa merece plena aprobación puesto que viene a clausurar las controversias exis-

*Prof. Adj. de Derecho Privado II-III en la Regional Norte de la Universidad de la República

¹ "El negocio de apoderamiento para negocio de gestión solemne deberá otorgarse *indistintamente* por escritura pública o por documento privado con firmas certificadas notarialmente.

Aquellos poderes que confieren facultades para otorgar negocios jurídicos solemnes y los registrables, que se otorguen por documento privado con firmas certificadas deberán ser protocolizados en forma previa o simultánea a su utilización.

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

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.

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*".

² El artículo 216 inciso 2° de la Constitución de la República establece una doble limitación a este tipo de normas.

tentes, contribuyendo a la certeza y seguridad de las relaciones jurídicas. Las controversias que puedan existir en la materia se desplazan ahora a la interpretación del nuevo texto legal.

II. LA FORMA DEL NEGOCIO DE APODERAMIENTO PARA NEGOCIO DE GESTIÓN SOLEMNE: LA OPCIÓN LEGISLATIVA DEL ARTÍCULO 291 DE LA LEY 18.362

El Negocio Jurídico, en tanto “*acto vinculante de reglamentación de los intereses que asume positiva relevancia para el ordenamiento estatal cuando los valores de los cuales es portador sean compatibles con los valores que expresa el ordenamiento*”³, requiere inexorablemente de una forma para que la voluntad que lo anima y constituye su esencia se exteriorice, tornándose, como dice Betti⁴, expresión objetiva, dotada de vida propia, perceptible y apreciable en el mundo social.

Señala Cariota Ferrara⁵ que voluntad y manifestación se combinan en una unidad, la *manifestación de voluntad*, manifestación que de por sí es la exteriorización de la voluntad, que se vuelve reconocible para los demás. Sin forma no puede existir negocio jurídico, porque éste es por definición voluntad exteriorizada⁶ a través de declaraciones o comportamientos.

Pero una cosa es la *forma* como requisito lógico y elemento estructural que hace a la propia existencia de todo negocio jurídico y otra distinta es la *forma preceptiva* (solemnidad)⁷ que el legislador exige en cada caso para la validez de algunos negocios, llamados precisamente negocios solemnes.

En lo que respecta a este último punto, antes de la entrada en vigencia de la nueva Ley, en materia de forma del negocio de apoderamiento otorgado para negocio de gestión solemne existían a nivel de régimen del Código Civil posiciones antagónicas en la civilística nacional, pues mientras un sector postulaba la necesidad de observar la misma forma del negocio jurídico de gestión⁸, otra parte de la doctrina se pronunciaba por la consensualidad o libertad de forma del negocio⁹.

³ Ferri, Giovanni B., *Il Negozio Giuridico*, Ed. Cedam, Padova, 2001, p. 69.

⁴ Betti, Emilio, *Teoría General del Negocio Jurídico*, traducción de A. Martín Pérez, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1959, p. 99.

⁵ Cariota Ferrara, Luigi, *El Negocio Jurídico*, traducción de Manuel Albaladejo García, Ed. Aguilar, Madrid, 1956, p. 58.

⁶ Cafaro, Eugenio-Carnelli, Santiago, *Eficacia Contractual*, 3ª edición, Ed. Fcu, Montevideo, julio 2007, p. 10.

⁷ Cafaro-Carnelli, *Eficacia Contractual*, p. 10, nota 1, con su habitual agudeza así lo señalan: “*La forma de la declaración de voluntad, como requisito lógico para la verificabilidad de la existencia de un negocio jurídico, no debe confundirse con la forma preceptiva que pueda exigir el legislador para que la declaración merezca tutela*”.

⁸ Entre otros doctrinarios, Gamarra, Jorge, *Tratado de Derecho Civil Uruguayo*, T. I, 4ª edición, Fcu, Montevideo 1995, p. 24; T. VIII, 4ª edición, Montevideo 1979, N° 9, ps. 226-227; T. XV, 3ª edición, Fcu, Montevideo 1994, ps. 149-151; “*Poder para celebrar un contrato solemne*”, Anuario de Derecho Civil Uruguayo, T. XVII, Fcu, Montevideo, 1987, p. 237 y ss. Miranda, Fernando, Informe publicado en Revista AEU, T. 56, Ns. 11-12, Montevideo, noviembre-diciembre 1970, ps. 484 y 485.

⁹ Aguirre González, Adolfo, “*Consideraciones sobre las formas solemnes en los contratos*”, Revista del Centro Estudiantes de Derecho, T. XVIII, N° 83, Montevideo, 1953, p. 531 y ss. Caumont, Arturo- Mariño, Andrés, “*Consensualidad del mandato con representación para celebrar negocio jurídico solemne. Inviabilidad del trasvasamiento intercontractual de la solemnidad en razón de su función*”, Anuario de Derecho Civil Uruguayo, T. XV, Fcu, Montevideo 1985, p. 95 y ss; “*Inexistencia de norma expresa que imponga forma especial de emisión del consentimiento en el mandato con representación para celebrar negocio jurídico solemne*”, Anuario de Derecho Civil Uruguayo, T. XVI, Fcu, Montevideo 1986, p. 229 y ss. Gnazzo, Teresa G.,

Según Hupka¹⁰, la cuestión de si el negocio de apoderamiento debe observar la misma forma que la del negocio de gestión –negocio principal según el autor– no podría ser resuelta uniformemente con un sí o con un no general, puesto que constituye factor decisivo la finalidad del precepto formal de que se trate, vale decir, si lo que se propone la forma es garantizar la autenticidad o la seriedad de la voluntad del sujeto o si, por el contrario, sirve simplemente para fijar la conclusión del negocio o para que conste documentalmente el contenido del mismo.

La Ley 18.362 viene a zanjar el debate en ese sentido, haciendo una clara opción¹¹ por la solemnidad del negocio de apoderamiento para *negocio de gestión* de naturaleza solemne.

Sin embargo, no siguió estrictamente el principio de la congruencia de la forma, disponiendo que el negocio de apoderamiento debiera adoptar la misma forma preceptiva que tiene el negocio de gestión¹², como lo establecen otras legislaciones¹³ y lo patrocina Gamarra en nuestra doctrina, sino que consagra una solemnidad *alternativa* (escritura pública o documento privado con firmas certificadas notarialmente) que puede o no coincidir con la del negocio final.

La naturaleza *ad solemnitatem* de la forma impuesta por el artículo 291 de la citada Ley puede fundarse en tres argumentos: 1º) El giro preceptivo empleado por el inciso primero: “*deberá otorgarse*”, expresión indicativa del carácter imperativo y necesario de la forma, aunque es dable reconocer, como enseña Gamarra¹⁴, que el mismo por sí solo resulta equívoco, dado que también para las formas *ad probationem* el Código Civil utiliza términos similares (por ejemplo, artículo 1595: “*deberá consignarse por escrito*”); 2º) Las consecuencias que asigna el inciso tercero para el caso de inobservancia de la forma, pues al establecer que el negocio de gestión en tal caso será válido pero *ineficaz* está demostrando que se está en presencia de un caso de actuación sin poder de representación, producto de la nulidad absoluta (artículo 1560 del Código Civil) del negocio de apoderamiento por ausencia de solemnidad; 3º) El inciso final de la norma, que de manera expresa e inequívoca refiere a la falta de la “*solemnidad requerida*”.

“*Dos reflexiones acerca del mandato en el Derecho Positivo Uruguayo*”. Anuario de Derecho Civil Uruguayo, T. XVI, p. 259 y ss. Molla, Roque, “*Negocio de apoderamiento. Negocio de gestión relativo a inmueble. La escritura pública como medio de prueba excluyente del poder de disposición*”. Anuario de Derecho Civil Uruguayo, T. XVII, p. 387 y ss., para quien la escritura pública sería prueba solemne excluyente. En trabajo posterior (Consulta Rev. AEU, T. 90, Ns.7-12, 2004, p. 226) señala Molla que en virtud de las modificaciones introducidas por la Ley 16603 (que adecuó las normas del Código Civil a las del Código General del Proceso) la prueba solemne exigida para negocio de gestión relativo a inmueble puede ser cumplida por un poder otorgado en documento privado con firmas certificadas y fecha cierta respecto a terceros.

¹⁰ Hupka, Josef, *La representación voluntaria en los Negocios Jurídicos*, traducción de Luis Sancho Seral, Librería General de Victoriano Suárez, Madrid, 1930, p. 118.

¹¹ Como señala Betti, *Teoría General del Negocio Jurídico*, ps. 98 y 202, el tema de la determinación de la forma del negocio jurídico es un problema de política legislativa.

¹² Emilio Betti, *Teoría General del Negocio Jurídico*, ps. 221 y 439, dice que el poder integra con el negocio previsto una unidad de formación continuada, que encuentra su origen en el negocio de apoderamiento y su término final en el negocio que se ejecuta.

¹³ Por ejemplo, Código Civil italiano: **Art. 1392. “Forma della procura. La procura non ha effetto se non è conferita con le forme prescritte per il contratto che il rappresentante deve concludere”. Código Civil portugués: **Art. 262-2. “Procuração. Salvo disposição legal em contrário, a procuração revestirá a forma exigida para o negócio que o procurador deva realizar”.****

¹⁴ Gamarra, *Tratado de Derecho Civil Uruguayo*, T. VIII, ps. 209 y 210.

III. NEGOCIO DE GESTIÓN SIN PODER DE REPRESENTACIÓN

La trascendencia del texto legal a examen no se agota en la imposición de la solemnidad del negocio de apoderamiento para negocio de gestión solemne, sino que se extiende a las consecuencias de la gestión sin poder de representación, consagrando una de las tantas soluciones (*ineficacia*) que doctrinariamente han sido elaboradas para explicar el instituto, con expresa referencia además a la *validez* del negocio.

En efecto, el artículo 1255 del Código Civil uruguayo, al establecer la nulidad del negocio que otorgue una persona a nombre de otra sin estar facultada para ello legal o voluntariamente, ha dado lugar a diferentes interpretaciones doctrinarias¹⁵, que intentan superar las notorias incorrecciones técnicas del precepto en la medida que la salvedad realizada en cuanto a la posibilidad de dotar de eficacia al negocio a través de la ulterior ratificación del titular de la esfera jurídico patrimonial que pretendió afectarse es incompatible con la nulidad, tanto absoluta como relativa, máxime en esta última donde hay eficacia *ab initio* a pesar de la invalidez.

El inciso 3º del artículo 291 de la Ley 18.362, en cambio, se pronuncia por la validez del negocio de gestión, disponiendo que será *ineficaz*, con lo cual viene a consagrar legalmente una de las tesis en juego, pues la *ineficacia* en tal caso proviene de la falta de poder de representación, debido a la nulidad absoluta del negocio de apoderamiento que no observó la solemnidad alternativa exigida cuando el negocio de gestión es solemne. En consecuencia, la actuación a nombre ajeno sin poder de representación trae aparejada la *ineficacia* del negocio de gestión, tal como señalan Cafaro-Carnelli, al estar ausente un requisito legal de eficacia como lo es el poder de disposición, del cual el poder de representación no es sino una subespecie¹⁶.

La mentada *ineficacia* de por sí sería también susceptible de explicarse según la tesis del negocio incompleto, puesto que hasta tanto no sobrevenga el elemento esencial que falta, que pertenece al “consentimiento” y que el artículo 1255 del Código Civil llama “ratificación”, el negocio de gestión no se forma¹⁷.

Sin embargo a ello se opone el propio texto legal al establecer que el negocio de gestión será *válido*, lo cual es indicativo de que se parte de la base de un negocio jurídico ya perfecto, cuya *ineficacia* proviene de la falta de poder de representación. Por otra parte, a la tesis del negocio incompleto puede objetarse el llevar la voluntad del representado a la formación del negocio final de gestión, cuando en rigor éste, como señalan Cafaro-Carnelli¹⁸, “*de por sí, ya existe y está formado por las declaraciones de voluntad del representante y el tercero*”.

¹⁵ Así por ejemplo, Gamarra se afilia a la tesis del *negocio incompleto* (*Tratado de Derecho Civil Uruguayo*, T. XV, 3ª edición, Fcu, Montevideo 1993, ps. 182-184). Miranda, Ob. Cit., ps. 469-470, Sánchez Fontáns, “*Capacidad y legitimación en el Derecho Contractual*”, Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Año IV, Nº 2, Abril-junio, 1953, p. 502. “*Enajenación de la cosa embargada*”, Estudios Jurídicos en Memoria de Eduardo J. Couture, Montevideo, 1957, p. 716, y Cafaro-Carnelli, *Eficacia Contractual*, ps. 109-111, se pronuncian por la tesis de la *ineficacia* del negocio jurídico.

¹⁶ Cafaro-Carnelli, *Eficacia Contractual*, p. 114.

¹⁷ Gamarra, *Tratado de Derecho Civil Uruguayo*, T. XV, Nº 7, p. 182.

¹⁸ Cafaro-Carnelli, *Eficacia Contractual*, p. 108. Añaden de inmediato los destacados civilistas compatriotas que “*de sostenerse que la voluntad del representado conjuntamente con la del representante confluyen en la formación de una voluntad única del negocio final, exigiría redefinir el concepto de negocio jurídico porque éste supone siempre declaración de voluntad con determinado contenido, independientemente de constatar si se dan o no los efectos inherentes al tipo negocial deducido de aquel contenido*”.

La ineficacia del negocio de gestión otorgado sin poder de representación no es definitiva en la medida que la ratificación de la persona a cuyo nombre se actuó (artículo 1255 del Código Civil) o de sus herederos provee de efectos al negocio originariamente ineficaz, “*al permitir el ingreso de ellos en su patrimonio*”¹⁹. Según Coviello²⁰ el negocio jurídico se encuentra en un estado de pendencia mientras no sobrevenga la ratificación del interesado.

La ratificación es un negocio jurídico unilateral recepticio, que produce efectos en cuanto llega a conocimiento del tercero contratante²¹; obra retroactivamente y suple la falta o insuficiencia del poder, en virtud del principio *ratihabitio mandato aequiparatur*²².

Tal retroactividad, dice Coviello²³, no encuentra su fundamento en la norma, que nada dice al respecto²⁴, sino en la índole misma del acto de ratificación, pues comportando una aprobación de lo realizado, implica un reconocimiento del estado de hecho cual es en realidad, y por consiguiente, un reconocimiento del negocio no sólo en el modo, sino también en el tiempo en que realmente se otorgó. Pero no puede afectar los derechos adquiridos por terceros entre el otorgamiento del negocio de gestión y la ulterior ratificación del titular²⁵, tal como lo establecen los Códigos italiano (artículo 1399) y portugués (artículo 268). Para otra situación distinta -compraventa de cosa ajena- el Código Civil uruguayo (artículo 1681) asigna efecto “retroactivo” a la ratificación, pero ni aún allí, como dice Molla²⁶, dicho efecto es oponible al tercero.

En estricto rigor no se trata de una verdadera y propia *retroactividad*, que constituye una desviación del principio de causalidad jurídica, en tanto en virtud de la misma el efecto viene a ser anterior a la causa²⁷. Por el contrario, comportando la ratificación la aprobación del negocio otorgado, la incertidumbre sobre su eventual eficacia viene a resultar eliminada, por lo cual, acertada la situación, es natural que el efecto se conecte inmediatamente a la causa anterior que lo genera, sin importar para nada la destrucción de un hecho realizado²⁸. Simplemente se asumen las consecuencias jurídicas immanentes al tipo negocial otorgado sin poder de representación.

¹⁹ Cafaro-Carnelli, *Eficacia Contractual*, p. 109.

²⁰ Coviello, Nicolás, *Doctrina General del Derecho Civil*, traducción de Felipe de J. Tena, Ed. Uteha, México, 1938, p. 439.

²¹ Galgano, Francesco, *El Negocio Jurídico*, traducción de Blasco Gascó y Prats Albentosa, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1992, p. 368. Para Cariota Ferrara, Luigi, *El Negocio Jurídico*, p. 600, debe llevarse a conocimiento del tercero y del representante sin poder.

²² Ospina Fernández, Guillermo-Ospina Acosta, Eduardo, *Teoría General del Contrato y del Negocio Jurídico*, 5ª edición, Ed. Temis, Bogotá, 1998, N° 414, p. 348.

²³ Coviello, Nicolás, *Doctrina General del Derecho Civil*, p. 440. Según Gamarra, *Tratado de Derecho Civil Uruguayo*, T. XV, p. 183, la retroactividad está consagrada por razones prácticas, con la finalidad de satisfacer una necesidad de certeza y de estabilidad de las situaciones jurídicas.

²⁴ Si lo hace el artículo 1681 del Código Civil.

²⁵ Por ejemplo, embargo regularmente trabado por un acreedor antes que el titular del patrimonio afectado ratifique el negocio de gestión que otro sujeto otorgó a su nombre sin contar con poder de representación. Sánchez Fontáns, “*Capacidad y legitimación en el Derecho Contractual*”, p. 502, señala que es sin perjuicio de los derechos adquiridos por terceros de buena fe.

²⁶ Molla, Roque, “*Negocio de apoderamiento. Negocio de gestión relativo a inmueble. La escritura pública como medio de prueba excluyente del poder de disposición*”, p. 392.

²⁷ Cfme. Messineo, Francesco, *Manual de Derecho Civil y Comercial*, T. II, traducción de Santiago Sentis Melendo, Ed. Ejea, Buenos Aires, 1979, p. 324.

²⁸ Esta misma idea es la que maneja Coviello en su *Doctrina General del Derecho Civil*, p. 475, para la pretendida “retroactividad” del cumplimiento de la condición suspensiva.

La solución legal –validez e ineficacia del negocio de gestión- a pesar de haber sido dispuesta para el caso de nulidad del negocio de apoderamiento por ausencia de la solemnidad requerida, por una razón de coherencia e identidad de fundamento resulta extensible también a cualquier supuesto de actuación sin poder de representación (sea por haber traspasado los límites del poder o porque directamente no fue otorgado negocio de apoderamiento, etc.).

El inciso final del precepto viene a dotar eficacia a los negocios de gestión otorgados antes de su vigencia, aunque el negocio de apoderamiento no observare la solemnidad ahora exigida. La solución responde a la no retroactividad de las leyes (artículo 7 del Código Civil), que es un principio de ética y política jurídica²⁹: no pueden considerarse absolutamente nulos por falta de solemnidad negocios jurídicos otorgados antes de que esta solemnidad fuera impuesta por la Ley.

Se exceptúan los casos en que hubiere recaído sentencia ejecutoriada pronunciando la ineficacia del negocio, pues aquí la cosa juzgada impide la atribución de efectos en contra de lo ya resuelto.

IV. CONCLUSIONES

1. La Ley 18.362 viene a solucionar por la vía correspondiente un tema que dio lugar a importantes controversias doctrinarias, con posiciones antagónicas al respecto: la forma de emisión de la voluntad en el negocio jurídico de apoderamiento para negocio de gestión solemne.

2. El legislador no se ciñó estrictamente al principio de congruencia de la forma entre ambos negocios, en la medida que consagra una solemnidad de tipo alternativo: escritura pública o documento privado con firmas certificadas notarialmente.

3. Se incursiona también en materia de gestión sin poder de representación, realizando un correcto encuadramiento técnico de la situación, al calificar al negocio jurídico otorgado como válido pero ineficaz, superando así la errónea calificación practicada por el artículo 1255 del Código Civil.

4. La mentada ineficacia proviene en tal caso de la ausencia de poder de disposición, requisito legal de eficacia del cual el poder de representación es una subespecie.

5. La solución del inciso tercero del artículo 291, prevista para el supuesto de nulidad absoluta del negocio de apoderamiento por omisión de la forma *ad solemnitatem* requerida, es aplicable a toda gestión sin poder de representación.

6. La decisión legislativa de estos dos tópicos resulta altamente positiva y oportuna, puesto que contribuye a la seguridad y certeza de las relaciones jurídicas, sin perjuicio de las posibles objeciones que puedan realizarse desde el punto de vista de la constitucionalidad de

²⁹ Oertmann, Paul, *Introducción al Derecho Civil*, traducción de Luis Sancho Seral, Ed. Labor, Barcelona, 1933, p. 38.

la norma, dadas las limitaciones dispuestas por la Constitución de la República para esta clase de leyes.

