

Irrevocabilidad y eficacia *post mortem*. Dos conceptos diferentes

Luis Rogelio Llorens

SUMARIO: I. Introducción. II. La actuación notarial. III. El fallo. IV. Revocación y eficacia post mortem. V. Clases de irrevocabilidad. VI. Eficacia post mortem del mandato y del poder. VII. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

Desde hace mucho tiempo se observa, en especial en la práctica notarial, una cuota importante de imprecisión en oportunidad del otorgamiento de los llamados *poderes irrevocables*, cuando lo que se desea o realmente interesa es su eficacia en caso de fallecimiento del otorgante. Se trata de dos conceptos diferentes (irrevocabilidad y eficacia *post mortem*) que sólo pueden confundirse por la natural reticencia de las personas a llamar por su nombre a cosas, hechos o circunstancias desagradables cuya existencia, si bien reconocen, se niegan a aceptar. El ejemplo típico de esa reticencia es la muerte.

La ocasión para introducirnos en este tema la da un fallo reciente de la justicia de primera instancia de nuestra provincia, que sólo fue apelado en lo atinente a la imposición de costas, y que invita a reflexionar no sólo sobre la distinción de los conceptos de revocación y de eficacia *post mortem*, sino también la vinculación de ambos con las donaciones, los mandatos, los poderes, los testamentos y la oferta de contratar. Además sobre el correcto asesoramiento notarial acerca de la instrumentación de la voluntad de los requirientes dentro de cada uno de esos institutos.

NOTA: Este trabajo fue publicado originalmente en la Revista Notarial N° 910 del año 1991.

Doctrina

Ese caso se origina cuando una persona carente de herederos forzosos se presenta a una notaría. Graves problemas de salud lo obligan a someterse a un tratamiento médico de dudoso resultado fuera de su domicilio. Ante la posibilidad cierta de su fallecimiento desea beneficiar con su vivienda a la concubina de muchos años.

Por la premura del caso y la imposibilidad de obtener a tiempo certificados registrales para donar, la notaria (tal como lo explica en su declaración testimonial) opta por instrumentar un poder “irrevocable para surtir efecto aún en el caso de su desaparición física” para dar forma a esa voluntad de transmitir exclusivamente la nuda propiedad, a favor de la concubina.

El enfermo se somete al tratamiento médico pero fallece al tiempo. Alrededor de un mes después de ese fallecimiento se otorga la donación, constituyéndose usufructo vitalicio y sin cargo a favor del donante ya fallecido...?

Independientemente de la solución (que más adelante comentaremos) que el juez da al asunto cuando los herederos del donante (colaterales) demandan la nulidad de la donación, merece párrafo aparte el análisis de la actuación de la notaria interviniente, a fin de poder compararla con otras posibles y meritar la mejor para los distintos supuestos eventuales.

II. LA ACTUACIÓN NOTARIAL

Reconocemos que cuando en la notaría se presentan casos de urgencia cargados de cuestiones emotivas como el presente no siempre es fácil hallar la mejor instrumentación. Sin embargo creemos que la dada en el caso (el poder irrevocable para donar) es francamente deficiente:

a) Una solución inobjetable a la que el notariado recurre frecuentemente, llamémosla *tradicional*, es la del testamento. Al carecer el requirente de herederos forzosos hubiera sido eficaz que lo otorgara con la premura del caso, para beneficiar a su concubina como heredera o como legataria de la vivienda.

Claro está que luego del fallecimiento habría que haber tramitado el proceso sucesorio y afrontar la heredera sus costos, no siempre accesibles a personas de escasos recursos. Sin embargo, se hubiera evitado el litigio -misión esencial del notario- en el que, al fin, se cayó. Al menos, podría la notaria haber instrumentado además del poder un testamento con la misma declaración de voluntad. Ese testamento habría impedido a los colaterales impugnar la donación por falta de vocación hereditaria para intentarlo, pues la heredera testamentaria sería la propia donataria.

b) Se podría haber recurrido también -para evitar el proceso sucesorio- a una forma bastante olvidada por el notariado, cual es la donación sujeta a pos-

terior aceptación, legislada -entre otros- por los arts. 1811 y 1795 del código civil¹.

Nótese que el art. 1795 citado permite la aceptación de la oferta de donación aun después de fallecido el donante, siempre que el propio donante o sus herederos no la hubiesen revocado. Hay que señalar sobre el punto:

1) Que por esto último también habría sido de buena técnica instrumentar además el testamento; para evitar que los colaterales del donante pudieran evitar la atribución gratuita revocando la oferta luego de fallecido el donante pero antes de la aceptación por la donataria².

2) Que -siguiendo a SPOTA y a GUASTAVINO³- afirmamos que la diferencia fundamental entre la donación y el testamento radica en que la primera importa -luego de la aceptación- una atribución irrevocable por la sola voluntad del donante (salvo los casos expresamente previstos en la ley, como el de ingratitud del donatario y el incumplimiento de los cargos que también suponen una conducta del donatario). Mientras que la voluntad testamentaria es esencialmente revocable mientras dura la vida del testador por su sola voluntad. Esta explicación, que parece obvia hay que tenerla muy clara para solucionar algunos casos sobre los que volveremos. La formulamos para dejar sentado que no se debe recurrir a la donación sujeta a posterior aceptación (o la donación misma) cuando el otorgante desea reservarse la facultad de revocar la atribución mientras dure su vida. En el caso comentado -de haberse instrumentado la oferta de donación- podría haber ocurrido que el enfermo sanara y que al regresar a su lugar de residencia se encontrara con que la beneficiaria había aceptado la donación. En ese supuesto el donante ya no podría recuperar la propiedad de la vivienda salvo que contara con la voluntad de la donataria para ello. Por tanto,

1 Ver del autor: "Errónea instrumentación; poder irrevocable o post mortem para donar" en REVISTA NOTARIAL 874, pág. 765. También: el capítulo VI de la sección segunda de *Usufructo y donaciones como negocios jurídicos familiares*. Ed. Centro Norte, Buenos Aires, 1990.

2 Parece indiscutible, conforme al art. 1795 del código civil que el derecho a revocar la oferta de donación antes de la aceptación pasa a los herederos del ofertante. Lo contrario importaría una asimilación completa entre el instituto del art. 1795 y los testamentos, lo que parece inaceptable. Creemos que para convertirse en irrevocable para los herederos debería tratarse de un testamento. En contra, esto es, por la irrevocabilidad para los herederos ver la opinión del Dr. Eduardo VAZ FERREIRA en su estudio *Mandato para ejecutar después de la muerte* en Enciclopedia Jurídica Omeba, Apéndice, T. III, Driskill S.A., Buenos Aires, 1979. En la pág. 600 afirma: "Entendemos, en resumen, que en el mandato *post mortem*, debe generalmente admitirse que la facultad de revocar queda... reservada por el mandante solamente para sí mismo y negada a sus herederos".

3 SPOTA, Alberto G.; *Instituciones de Derecho Civil*, Contratos, VII, Depalma, Bs. As., 1982, Nro. 1583; GUASTAVINO, Elías P.; *Pactos sobre herencias futuras*, Ed. Ediar, Bs. As., 1968, pág. 480.

el corolario es: que a la donación sujeta a posterior aceptación solo se debe recurrir cuando el donante no tiene objeción a que sea aceptada aún durante su propia vida. Y cuando no existe riesgo de que inmediatamente después de fallecido el donante sus herederos la revoquen antes de su aceptación por el donatario. Excepción hecha para este último si se otorga *además* de la oferta de donación un testamento con idéntica declaración de voluntad.

3) Este *problema* de la curación del donante y de su arrepentimiento de la donación que había ordenado mediante el poder *irrevocable* también se le podría haber planteado a la notaria. ¿Qué habría ocurrido si cuando el donante se cura quiere revocar el poder porque la donataria le fue infiel? ¿Era realmente irrevocable? Habría que buscar la respuesta tanto para el supuesto de que la donación ya se hubiera instrumentado o no. Quisiéramos poder imaginar cuál hubiera sido el fallo si la impugnación hubiera provenido del propio donante: ¿hubiera seguido afirmando el juez que para justificar la irrevocabilidad del mandato a que se refiere el art. 1977⁴ del código civil es suficiente un mero *interés* como es el del donatario o hubiera aceptado -con la generalidad de la doctrina- que la irrevocabilidad exige un negocio base perfeccionado independiente, un acuerdo de voluntades que lo sustente?⁵ Volveremos sobre el tema, pues la contestación exige precisar previamente a qué clase de irrevocabilidad nos referimos en cada caso.

En resumen: con todos los cuidados y aclaraciones hechas precedentemente, la oferta de donación es siempre mejor solución que el poder irrevocable para donar, cuya eficacia y validez son francamente dudosas. Veremos que sólo puede sustentarse la eficacia *post mortem* del poder irrevocable para donar por importar él una oferta de donación subyacente⁶. Por otro lado ninguna ventaja ofrece el poder irrevocable para donar sobre la oferta de donación.

4 Art. 1977 según ley 17.711: “El mandato puede ser irrevocable siempre que sea para negocios especiales, limitado en el tiempo en razón de un interés legítimo de los contratantes o un tercero. Mediando justa causa podrá revocarse. Texto anterior: “El mandato es irrevocable en el caso en que él hubiese sido la condición de un contrato bilateral, o el medio de cumplir una obligación contratada, o cuando un socio fuese administrador de la sociedad, por el contrato social, no habiendo justa causa para privarlo de la administración”.

5 Ver fallo de la CNCiv. Sala I en autos “Aquilina de Fernández Cabrera, Aída T. C. Ramírez María” del 26.6.90, publicado en La Ley del 21 de octubre de 1991, pág. 2: Se trata de un caso de promesa u oferta de constitución de derecho de habitación formulada con carácter de *irrevocable* por escritura pública, promesa que es retractada por los propios ofertantes antes de la aceptación. Dijo la doctora Borda de Radaelli en su voto: “... para que esta promesa tuviera plena eficacia y fuera irrevocable, debió ser hecha a quien estaba dirigida y tenía que aceptarla (arts. 1148 y 1150 del CC)”.

6 En la sentencia comentada el juez expresó que si bien la voluntad de donar no podía ser aceptada conforme a los arts. 1792 y 1811 última parte. “La voluntad de donar existía con anterioridad” a la muerte del otorgante. Como dice el escribano Rubén A. LAMBER en una respuesta a una consulta formulada a nuestro Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires aún no publicada: “La correcta interpretación del juzgador, pone de

c) Si la voluntad del requirente era ciertamente irrevocable y lo que pretendía era efectivamente donar su vivienda, sin posibilidad de arrepentimiento (y no de testar) perdiendo así la posibilidad de revocar, menos censurable -a nuestro especial modo de ver las cosas- hubiera sido la solución de autorizar directamente la escritura de donación sin los certificados registrales. Esto, que suena como una herejía notarial, presenta sus facetas positivas frente al “poder irrevocable para donar” cuando se analiza. Veamos:

Es sabido que el art. 23 de la ley 17.801 exige que el notario tenga a la vista los certificados registrales vigentes para otorgar actos que tengan por objeto la transmisión de la propiedad de inmuebles. Esta donación tenía ese objeto. Por tanto había que cumplir esa norma. La violación al precepto trae consecuencias para el notario de índole civil y disciplinaria. Descartamos las de orden penal dado que ellas sólo nacerán cuando por ese medio se estuviera intentando cometer un delito (p. ej. una estafa) extremo que en el caso se descarta.

Así, si en un negocio de compra y venta inmobiliaria el notario autoriza la escritura careciendo de los certificados necesarios compromete su responsabilidad pecuniaria civil por los daños y perjuicios que el incumplimiento de sus deberes ocasione. Si ocurre que el inmueble estaba embargado o el dominio no constaba, deberá el notario afrontar las consecuencias. También las disciplinarias por haber autorizado un acto sin haber cumplido los recaudos necesarios.

En cambio, en el supuesto de la donación que se planteaba a la escribana, el otorgamiento del acto, al parecer, no podía acarrearle responsabilidades de orden civil aunque careciese de los certificados registrales. Nótese que si el inmueble estaba embargado o hipotecado la donataria podía aceptar, en acto posterior, los gravámenes. Si no lo hacía no se perfeccionaba la adquisición del dominio frente a terceros (art. 2505 CC) pero nada podía reclamar a la notaria (salvo los gastos del otorgamiento del acto que hubiese pagado ella) pues ningún daño habría sufrido. No está peor la donataria luego del acto fallido que si el acto se hubiese otorgado. En materia civil no hay responsabilidad sin daño.

Semejante razonamiento cabría efectuar aún en el caso de que el dominio no constase a nombre del donante.

Quedaría pendiente a la notaria defenderse en el orden disciplinario. Indudablemente existe el incumplimiento de la norma citada (art. 23 de la ley 17.801). Sin embargo estimamos que la falta no es grave atento a que se trataría de un acto a título gratuito celebrado en circunstancias particulares, que a pesar de su eventual ineficacia, no habría producido daño a las partes ni a terceros.

relieve la importancia de encontrar precisado en el instrumento que contiene el poder, el negocio base”.

Doctrina

Demás está reiterar que no creemos que esta sea la solución más aconsejable, ni aclarar que no proponemos por este medio autorizar escrituras de transmisión de dominio de inmuebles careciendo de los certificados registrales. Sólo decimos que quizás esta solución en el especial supuesto planteado hubiera sido preferible al otorgamiento del *poder irrevocable para donar*.

III. EL FALLO

Es difícil la tarea del juez cuando busca aplicar los principios emergentes de la ley -siempre generales- al asunto sometido a litigio. Se requiere el ejercicio de la virtud de la equidad.

Por eso hay que tener especial cuidado en la crítica, pues esas circunstancias particulares de los casos -a veces muy notorias como en el presente- llevan al sentenciante al logro de soluciones equitativas a las que no se puede sacar de su contexto. Por esa causa, también, debe cuidarse mucho no extraer conclusiones generales de razonamientos útiles solo para hallar solución al asunto planteado.

No podemos dejar de citar aquí a Vaz FERREIRA⁷ que hablando del mandato para ejecutar después de la muerte y citando a su vez a BONFANTE, dice: “En la práctica... los motivos idealistas y éticos operan con irresistible seducción, y es probable que por largo tiempo las cortes continúen... admitiendo que un mandato conferido entre vivos no solo continúe en los herederos, sino que se convierta en la persona de los herederos un instituto nuevo, un mandato irrevocable, fijado perpetuamente por el difunto... y acordando a la voluntad de los muertos, fatalmente inmutable, un peso, una extensión y una sanción que la voluntad de los vivos no alcanza”.

Así la sentencia rechaza los argumentos de los herederos del donante que impugnan el acto de la donación por haberse efectuado ésta luego de la muerte del donante, hecho que había -según ellos- extinguido la vigencia del poder por no ser este irrevocable, por no existir el “negocio base” que requiere el art. 1977 del código civil. Invocaron los herederos también que esa irrevocabilidad es incompatible con el negocio de donación por ser esta siempre revocable mientras no es aceptada.

El juez afirma que el planteo de la parte actora “se ajusta a una lógica jurídica, resultante de una interpretación literal y formalista de las normas que rigen el instituto en cuestión”. Explica que no comparte “la postura de la actora

⁷ Ob. cit., pág. 594.

a partir de la necesidad de la existencia de un negocio jurídico del cual deriven prestaciones obligacionales, y en las cuales se sustente la irrevocabilidad del poder. Prestaciones que en su cumplimiento, interesan a los contratantes y/o terceros; y que se configuran en el derecho concreto a exigir el cumplimiento del mandato... sin embargo, y sin poner en duda que la existencia del negocio base es el supuesto ideal previsto, la nueva norma (art. 1977 CC, conf. ley 17.711) en su redacción *no lo exige en cuanto negocio o contrato bilateral*".

Creemos que ni la actora ni el juez atinan a diferenciar irrevocabilidad de eficacia *post mortem*. Por ello esta conclusión a la que arriba el juez no puede ser generalizada y sólo aceptada para el logro de una solución equitativa en el contexto tan especial del caso planteado.

La sentencia cita en apoyo de esta afirmación la siguiente opinión de MASNATTA⁸: "No es suficiente una simple coincidencia de intereses genéricos o económicos, pero puede considerarse que el requisito del interés legítimo existe cuando la ejecución del mandato presenta ventajas patrimoniales para el mandatario o terceros, respecto de cierto negocio". De allí concluye el juez: "No estamos ante un supuesto de simple interés de partes del tercero donatario... sino que su interés es concreto..." que justifica la utilización del poder después de la muerte del mandante.

Creemos que todo este planteo exige mayor precisión acerca de conceptos tales, como irrevocabilidad (y sus distintos tipos y casos), eficacia *post mortem*, voluntad que debe ser cumplida después de la muerte, y su aplicación a los mandatos, los poderes, las donaciones, las ofertas de contratos y los testamentos. Intentaremos por tanto contribuir a clasificar esos conceptos, para luego ejemplificar con casos concretos en qué supuestos se da una situación u otra, no sin señalar que, en general, la doctrina se inclina por exigir el negocio base para sustentar la irrevocabilidad en el sentido de negocio base o contrato celebrado entre varias personas⁹.

IV. REVOCACION Y EFICACIA *POST MORTEM*

MASNATTA¹⁰ entiende, siguiendo a la doctrina italiana, que el término apropiado para la revocación es "desistimiento" y lo define como una aplicación

8 MASNATTA, Héctor. *El mandato irrevocable*. Ed. Abeledo Perrot, Bs. As., pág. 55.

9 BORDA, Guillermo A.; *Tratado de Derecho Civil Argentino*, Contratos, t. II; Buenos Aires, Ed. Perrot, 2da. Edición, Nro. 1774; ETCHEGARAY, Natalio P. *Esquemas de técnica notarial*, t. I, pág. 57, Buenos Aires, 1982; GUERRIERO, Angel H. en *REVISTA NOTARIAL* 878, pág. 179; LAMBER, Rubén Augusto en "Representación, poder y mandato", en *REVISTA NOTARIAL* 898, pág. 629.

10 Ob. cit., pág. 25.

discrecional (libre) de la autonomía privada dirigida a anular la regulación, cuando es unilateral, es un medio de defensa cuya actuación está vinculada o subordinada a una justa causa, salvo que constituya un elemento natural del tipo de negocio, como acaece en el mandato. El desistimiento -agrega- pone fin a la relación obligatoria nacida del contrato, con eficacia *ex nunc* (por oposición a la resolución por incumplimiento: *ex tunc*).

LÓPEZ DE ZAVALÍA, a su vez¹¹ define la revocación en su sentido primordial como la “extinción de un acto unilateral mediante otro acto unilateral”¹². Explica que ese sentido primordial tiene su origen en materia de testamentos (art. 3824 y ccs.) y poderes (art. 1925), que son actos unilaterales. También: que ese concepto se utiliza en forma traslativa en la revocación de los contratos de mandato y de donación (inejecución de los cargos, ingratitud del donatario). Justifica ese uso traslativo, en el primer caso, por el tratamiento común que en muchas oportunidades se hace del mandato y del poder; y en el segundo, por el paralelismo que suele hacerse entre testamentos y donaciones.

Lo que interesa resaltar de esa definición es el concepto de que la revocación es un *acto* jurídico en el sentido que le asigna el art. 944 del código civil; el “negocio jurídico”, en este caso unilateral, conforme a la terminología de la doctrina moderna. O sea: que para que exista revocación tiene que existir una exteriorización de la voluntad llevada a cabo con el fin inmediato de producir el efecto jurídico deseado. En el caso: la revocación.

Esto último por oposición al simple acto lícito o al hecho jurídico hecho sin la intención primaria y fundamental de producir efectos jurídicos. Así, por ejemplo, la muerte de una persona no es un acto jurídico y -aunque evidentemente produzca la extinción del mandato en la generalidad de los casos, en el caso concreto de que el muerto sea el mandante- no es un caso de revocación de él.

Dice así MARTÍNEZ SEGOVIA¹³: “Trataremos paralelamente los casos de irrevocabilidad y los de subsistencia del mandato después de la muerte porque guardan relación entre ellos”. Agregamos nosotros: no porque se confundan.

En resumen: revocar un poder, un testamento, un mandato, una donación no aceptada aún, o con cargas no cumplidas, o *retractar*¹⁴ cualquier oferta,

11 LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando J.; *Teoría de los contratos*, Pte. General, Ed. Zavallía, Buenos Aires, 1984, pág. 357.

12 Coincide, en lo que nos interesa, con la definición del “Diccionario de la Lengua Española”, Espasa Calpe S.A., Madrid, 1984: “acto jurídico que deja sin efecto otro anterior por voluntad del otorgante”.

13 MARTÍNEZ SEGOVIA, Francisco. “Mandatos irrevocables, póstumos y post mortem, teoría y práctica”, en *Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional del Litoral*, Santa Fe, 1961, pág. 140. En las págs. 147 y 149 trae ejemplos de mandatos *post mortem* revocables.

14 Entendemos que el verbo *retractar* usado por los arts. 1150, 1155 y 1156 del código civil es sinónimo de *revocar*. Ver art. 1793.

etc., es el acto jurídico que instrumenta la voluntad unilateral de extinguir la relación jurídica desde ahora en más. No lo es, con relación al poder, el hecho de fallecer el poderdante. Precisamente, en el caso del testamento la muerte del testador es lo que lo torna irrevocable. Y -coherentemente- en el supuesto del art. 1841 del código civil, al morir el donatario antes que el donante, no se habla de revocación de la donación sino de “reversión”.

Discrepamos por tanto con quienes como ETCHEGARAY¹⁵ afirman que existen dos causas fundamentales de revocación subjetiva: la voluntad contraria del poderdante y la muerte de él.

Aceptar que la muerte del mandante es un supuesto de revocación del mandato significa tanto como aceptar que la muerte del mandatario es un supuesto de renuncia a su ejercicio.

Insistimos: “revocar” (p. ej. en el art. 1977 del código civil) es un acto jurídico unilateral, una manifestación contraria de voluntad, en este caso del mandante que desea extinguir la relación jurídica. Ineficacia después de la muerte (art. 1982)¹⁶ no se refiere a la voluntad contraria del mandante exteriorizada en acto jurídico alguno sino al acaecimiento de un hecho (la muerte del mandante), que produce normalmente la extinción del mandato pero que no ocurre con el fin inmediato de producir ese efecto. Ocurre... y produce el efecto. Pero no con ese fin primario. No es un acto jurídico. Por tanto no es revocación. Es, genéricamente, extinción o ineficacia.

De allí que creamos que existen dos categorías jurídicas totalmente diferenciadas en los supuestos descriptos en los arts. 1977 y 1982 del código civil, a pesar de la coincidencia de las citas¹⁷.

Esto es: pueden existir mandatos o poderes que el mandante no pueda revocar por su voluntad. Por otro lado: mandatos y poderes que no se extinguen con la muerte del mandante o del poderdante¹⁸.

Claro que el mandato y el poder irrevocable tienen -según las categorías de irrevocabilidad que veremos- valor *post mortem*. También que -muchas ve-

15 Ob. cit., pág. 57; referida a otra causa subjetiva de revocación: *la muerte del mandante*. Ver también: págs. 56 y 58. También: REVISTA NOTARIAL 870, pág. 1236.

16 Art. 1982: “El mandato continúa subsistiendo aún después de la muerte del mandante, cuando ha sido dado en el interés común de éste y del mandatario, o en el interés de un tercero”.

17 El argumento de la coincidencia de las citas se acaba, además, con la reforma de la ley 17.711 al art. 1977 que a nuestro entender cambia el sentido original. Como enseña CARMINIO CASTAGNO, José Carlos; en REVISTA NOTARIAL 864, pág. 1409: “El art. 1977 del código civil (que siguiendo al 3131 del Esboço de Freitas, mentaba *tres casos*) ha sido sustituido por la ley 17.711, que señala *tres requisitos* para que el mandato pueda ser irrevocable”.

18 Conf. CARMINIO CASTAGNO; ob. cit., pág. 1411, pto. 19.

Doctrina

ces- los requisitos de uno y otro (poder irrevocable y poder *post mortem*) son los mismos. Pero eso no es siempre así. Ninguna norma exige, por ejemplo, limitación en el tiempo para el mandato o el poder *post mortem* como lo exige el art. 1977 para el irrevocable.

Adelantamos aquí -al solo fin de ejemplificar- nuestra conclusión: el único argumento válido que existía para admitir la validez del negocio, en el caso sometido a juicio del poder irrevocable para donar, era que el poder podía ser ejercido después de la muerte del mandante porque el negocio que se ordenaba instrumentar (la donación aún no aceptada) tiene una vigencia extraordinaria en nuestra legislación que se prolonga después de la muerte del ofertante conforme al art. 1795. Aparentemente se encontraba exteriorizada acabadamente en el poder la voluntad de ofertar la donación. Estaba llenada la forma solemne requerida por el art. 1811 del código civil, y estaba también ordenada la instrumentación de la escritura de donación en forma "irrevocable" y con ánimo de que se efectuara aún después de la muerte del otorgante (art. 1795). Así, puede sustentarse la subsistencia del poder conferido a ese fin.

Pero esto no quiere decir que se tratara de un poder realmente irrevocable, en el sentido de que, en vida el mandante no hubiera podido expresar éste válidamente su voluntad contraria para revocar la oferta de donación antes de que fuera aceptada por la donataria¹⁹.

V. CLASES DE IRREVOCABILIDAD

Separado el concepto de revocación (o de "desistimiento", en la terminología que enseña MASNATTA) de la eficacia *post mortem* es necesario intentar clasificar distintos contenidos de revocación (o de irrevocabilidad) en su vinculación con el poder, el mandato, la donación, el testamento y la oferta de contrato.

En primer lugar, en su vinculación con el *poder* y el *mandato*, cabe distinguir dos supuestos de irrevocabilidad: por un lado la que llamaremos absoluta y por el otro la que llamaremos relativa.

La *irrevocabilidad absoluta*, deriva del contenido propio del contrato base²⁰. Se da únicamente en el supuesto de que ese contrato base impida al otorgante extinguir la relación de mandato o de poder por su sola voluntad. Este no puede impedir que los actos celebrados por el mandatario o apoderado continúen siendo eficaces y le resultan oponibles a pesar de la exteriorización de su voluntad en contrario.

¹⁹ Ver fallo citado en la nota 4 de la CNCiv., Sala I.

²⁰ MARTÍNEZ SEGOVIA; ob. cit., pág. 141.

Esto ocurre en máxima medida cuando el otorgante del poder se encuentra totalmente desinteresado²¹. Es el ejemplo típico del boleto de compraventa con el precio totalmente pago. Ya no queda ningún interés del vendedor en que la escritura no se otorgue. Al contrario, su interés radica en el otorgamiento del acto que lo desvinculará de las cargas fiscales del mismo y de la responsabilidad por daños que se puedan ocasionar por el riesgo de la cosa (ej.: caída de una cornisa). Un grado menor de irrevocabilidad absoluta, porque las justas causas de revocación son más fáciles de imaginar, estará dado en el ejemplo de la compraventa en la que el precio no está totalmente saldado y que el apoderado haya sido buscado para ser el encargado de percibir el precio y otorgar la escritura porque es, precisamente, al mismo tiempo, la persona de confianza de ambas partes. O también, cuando varios condóminos confieren un poder irrevocable a uno de ellos o a un tercero con el fin de vender la cosa común en determinadas condiciones y de repartir el producido. Ninguno de ellos podrá impedir por su sola voluntad (salvo la existencia de "justa causa" en los términos del art. 1977 del CC) que el acto que realice el mandatario le resulte oponible.

A contrario, la *irrevocabilidad relativa* es la que tiene sustento en un negocio que el otorgante puede extinguir *ex nunc*. Así por ejemplo, si confiero un mandato para que determinada persona me compre un automóvil de determinadas características y me obligo a pagar una comisión por esa gestión, nace un mandato de irrevocabilidad relativa. El otorgante del ejemplo conserva siempre la facultad de arrepentimiento antes de la celebración del negocio, aunque haya renunciado expresamente a esa facultad. La única consecuencia que tendrá ese pacto de irrevocabilidad será la obligación de resarcir al mandatario los daños que el incumplimiento del mandante le ocasione. Este deberá pagar el precio convenido por la gestión y restituir los gastos al mandatario, pero nunca podrá exigir del mandatario que el mandante lleve a cabo el negocio si éste revocó el mandato antes que el apoderado hubiese concluido el negocio.

Ejemplo similar y cotidiano a los notarios es el de la autorización conferida al martillero para la venta de un inmueble en determinadas condiciones. Autorización que el propietario se obliga a no revocar por un tiempo convenido. Si el propietario revoca la autorización antes del plazo y antes de que el negocio se haya concluido su única obligación será la de pagar la comisión al martillero.

Otros ejemplos surgen a la mente: en un contrato de concesión, independientemente de los términos en que haya sido concluido, quien concede la

21 El total desinterés del otorgante no es requisito, sin embargo, esencial de la irrevocabilidad. Conf. ETCHEGARAY; ob. cit. REVISTA NOTARIAL 841, pág. 1302, *Esquemas*, pág. 56.

concesión puede ponerle fin antes de su vencimiento, aún cuando esté obligado a indemnizar por los daños y perjuicios que se produzcan por su incumplimiento. Si para el ejercicio de esa concesión se confiere un poder *irrevocable* esa irrevocabilidad será siempre relativa.

Igualmente, si para formalizar una donación se confiere un poder *irrevocable*, en la medida en que el donante conserva la facultad de revocar la oferta antes de la aceptación (art. 1793 del CC), su revocación sólo le acarreará la obligación de indemnizar los daños que con su actitud hubiese ocasionado al mandatario o al donatario, tal como pagar los gastos ocasionados en la tramitación de los certificados necesarios para el otorgamiento de la escritura. Pareciera asimilarse la situación a la existencia de lo que la doctrina llama culpa *in contrahendo*.

Es necesario también distinguir la clasificación que efectuamos precedentemente de la que surge de considerar la irrevocabilidad sólo *por naturaleza* de la irrevocabilidad *pactada*. La doctrina confunde esta clasificación con la anterior que creemos son diferentes. Veamos:

Cuando MASNATTA en el capítulo VI de su obra se refiere a “las dos alternativas del artículo 1977” hace referencia a dos posibles interpretaciones de él. Para una primera, para que el mandato sea irrevocable debe estar así convenido²². Para la segunda, “el mandato puede juzgarse que es irrevocable, aún cuando sin pactarse la irrevocabilidad, el juez se halle en presencia de los predichos supuestos enumerados en el artículo 1977”²³. Acertadamente siguiendo la profusa doctrina que cita entiende que el art. 1977 del código civil no exige que el mandato deba decir que es “irrevocable” para que realmente lo sea. Así, será válido el ejercicio de un poder cuando están reunidos los requisitos exigidos por el art. 1977 del código civil aún cuando el poderdante lo hubiere revocado sin justa causa, aunque en el poder no se hubiese hecho mención de esa irrevocabilidad.

Así, *irrevocabilidad por naturaleza* sería la que resulta del negocio base, la absoluta, independientemente de que la haya declarado o no. En este caso último será *sólo por naturaleza*. *Pactada* es la que resulta de un convenio en ese sentido.

MASNATTA explica²⁴ que VÉLEZ SANSFIELD excluyó del viejo art. 1977 el inc. 1 del art. 3031 de FREITAS que establecía la irrevocabilidad “cuando se hubiese convenido que el mandante no puede revocarla”. Agrega que en base a este argumento la doctrina descartó el pacto como causa de irrevocabilidad, pero

22 En esta posición se enrola CARMINIO CASTAGNO; ob. cit. pág. 1410, pto. 6.

23 Ob. cit. pág. 32.

24 Ob. cit. pág. 15 y ss.

que en su opinión “lo cierto es que la exclusión de la irrevocabilidad pactada o convenida no resulta adecuada a las exigencias de la vida negocial. Creemos que con el nuevo texto del art. 1977 (ley 17.711), el argumento precedente tomado de FREITAS deja de tener peso, pues la nueva nota ya no reconoce esa fuente, y que ella al hablar de “negocios especiales” admite al propio mandato como “negocio especial”. Así, en el ejemplo de la persona que encomienda a un martillero la obtención de un comprador para su casa, la irrevocabilidad (por cierto, relativa) surge del propio mandato encomendado, sin que tenga otro sustento. Es más: el texto reformado parece haber sido pensado más para las irrevocabilidades relativas y las pactadas (de allí la exigencia de la limitación en el tiempo), que para la absoluta por naturaleza (en la que la limitación en el tiempo parece un requisito caprichoso, ya que el beneficiario de la relación base tiene siempre la acción para requerir el cumplimiento).

La irrevocabilidad pactada es susceptible de una nueva división, ya que el pacto de irrevocabilidad puede estar contenido en el propio contrato de mandato (o en el apoderamiento), en cuyo caso la llamaremos *manifiesta*; o al contrario puede resultar solamente del contrato base. Por eso la llamaremos *oculta*. Así, por ejemplo, podría otorgarse un *poder* por instrumento público para vender un inmueble en el que no se habla ni de negocio base ni de irrevocabilidad. Sin embargo, en el boleto de compraventa privado se aclara que el poder se ha otorgado a fin de dar cumplimiento a las obligaciones que el vendedor ha asumido en ese contrato, y que se obliga a no revocar. Pues, por ejemplo, ha cobrado la totalidad del precio de venta. En ese caso se trata de una irrevocabilidad *por naturaleza* (el negocio está concluido y no se justificaría la revocación) que además está pactada en el negocio base. Digamos solamente para completar el ejemplo que el supuesto de justa causa de revocación que menciona el art. 1977 del código civil nacería si el precio fue pagado en cheque y éste careciera de fondos. Allí aparecería la justa causa de revocación del poder irrevocable.

Aclaremos finalmente que esta categoría de poder irrevocable por naturaleza y de poder irrevocable pactado no se confunde con la anterior irrevocabilidad absoluta y relativa.

Si bien es cierto que la irrevocabilidad absoluta tiene siempre su origen en una irrevocabilidad por naturaleza; y que una irrevocabilidad que no sea por naturaleza no puede originar otra irrevocabilidad que la relativa también es cierto que la irrevocabilidad absoluta y por naturaleza puede o no *además* estar pactada en el propio apoderamiento o mandato (manifiesta) o en el negocio base (oculta).

En el ejemplo del boleto de compraventa con el precio íntegramente pago puede ocurrir, en primer lugar, que al otorgarse el poder se aluda al contrato base y se establezca la irrevocabilidad. En ese caso, se trata de una irrevocabi-

lidad por naturaleza absoluta, pactada y manifiesta en el apoderamiento. Puede ocurrir, en segundo lugar, que al otorgarse el poder nada se diga, pero se pacte esa irrevocabilidad en el boleto. Será entonces una irrevocabilidad por naturaleza, absoluta y pactada, pero oculta en el apoderamiento. En tercer lugar, puede ocurrir que nada se diga ni en el apoderamiento ni en el boleto de compraventa acerca de la irrevocabilidad. Será también como vimos irrevocabilidad solo por naturaleza absoluta pero no pactada.

En el primer supuesto hay quienes opinan que si el poderdante revoca el poder nada impediría que se continúe con el ejercicio del poder y se otorgue la escritura de venta. Es la opinión de ETCHEGARAY²⁵.

En el segundo, al no surgir la irrevocabilidad de documento auténtico, el notario debería negarse a autorizar la escritura de venta, si conoce la voluntad revocatoria del mandante aún cuando ésta haya sido manifestada sin la expresión de *justa causa*. Sin perjuicio de lo cual, si la escritura es otorgada, por ejemplo, porque el notario desconoce la voluntad revocatoria, el acto probablemente será considerado válido por la justicia si no existía justa causa de revocación, aunque los otorgantes del acto conocieran la voluntad revocatoria del poderdante. La naturaleza del negocio base cuya existencia será acreditada en el juicio constituye en irrevocable por naturaleza al poder que nada decía de su irrevocabilidad. ¿Qué sentido tendría declarar nula una escritura de venta para condenar simultáneamente al vendedor a otorgar la misma escritura? Lo mismo puede llegar a ocurrir en el tercer supuesto²⁶.

Con lo que, si se comparte la tesis que luego expondremos de que existen poderes revocables con eficacia *post mortem*, parece que la única conveniencia de pactar la irrevocabilidad en el propio acto del apoderamiento, cuando ella es absoluta y por naturaleza, consiste en que el notario podrá considerar, si sigue la opinión de ETCHEGARAY, que el acto puede seguir siendo otorgado válidamente aunque conozca la voluntad revocatoria del poderdante.

La contrapartida de esa controvertida conveniencia es la responsabilidad que deberá afrontar el notario de decidir si existe o no *justa causa* de revocación si el mandante le comunica su voluntad revocatoria. Si decide que no la

25 Ob. cit., *Esquemas*, pág. 57: "La irrevocabilidad surgida de la aplicación de los arts. 1977 y su correlativo 1982 hace perder el derecho al poderdante de dejarlo sin efecto por su sola voluntad, debiendo obtener esa medida por vía judicial". En contra: Despacho de la comisión III de la XXII Jornada Notarial Bonaerense, Lomas de Zamora, 1978: "Ante una notificación fehaciente de la revocación efectuada al notario es aconsejable que éste suspenda el otorgamiento del acto escriturario hasta la resolución en sede judicial". También CARMINIO CASTAGNO; ob. cit., pág. 1412: "... el notario -notificado de la revocación de un mandato irrevocable- debe... abstenerse de intervenir en el acto en que se pretende hacer valer dicho poder".

26 Conf. MASNATTA; ob. cit. pág. 70, punto 4.

hay deberá vérselas con el poderdante que le reclamará la nulidad del negocio autorizado y los perjuicios que le pueda haber ocasionado. Si considera que la hay; con la responsabilidad por los perjuicios que la falta de otorgamiento pueda producir al adquirente²⁷.

No es que creamos que el notariado deba negarse a instrumentar poderes irrevocables. Creemos solamente que ha llegado la hora de reflexionar acerca de cuándo es útil seguir llamando irrevocables a los poderes en el propio apoderamiento, ya que lo que primariamente interesa a los requirentes en la enorme mayoría de los casos es su eficacia *post mortem*.

La consideración efectuada precedentemente es útil también para interpretar de una manera novedosa el requisito de la limitación en el tiempo contenido en el art. 1977 del código civil.

En primer lugar señalamos que este artículo habla de mandato y que a la época de su sanción (año 1968) la distinción doctrinaria entre mandato y poder estaba ya definida. No cabe pensar que el legislador de 1968 confundía mandato y poder. Y la voz mandato hace más referencia a la irrevocabilidad relativa que a la absoluta salvo que el mandato sea a la vez la consecuencia o efecto de otro negocio base que justifique la irrevocabilidad absoluta. Ya vimos que el mandato solo no es negocio base suficiente para justificar esta irrevocabilidad absoluta.

Creemos así que el requisito de la limitación en el tiempo expresada en el instrumento es exigible cuando se trata realmente de un mandato (con irrevocabilidad relativa), y no cuando se trata exclusivamente de un poder de representación dado en interés del mandatario o de un tercero, como en el boleto de venta con precio pago.

En este caso el límite del tiempo está dado por la propia naturaleza del negocio base²⁸.

Tiene sentido que si concedo mandato a alguien para que venda mi casa en un precio determinado a quien convenga por el pago de una comisión, la irrevocabilidad que se pacte deba *necesariamente* tener un plazo, vencido el cual nada debo al mandatario y quedo desobligado. Pero ningún sentido tiene que si vendí un inmueble por boleto de compraventa y cobré todo el precio el poder que otorgue para cumplir mis obligaciones tenga una limitación en el tiempo, pues la propia obligación emergente del negocio base hace que la

27 Por la irresponsabilidad del notario en el caso de que no otorgue el acto, ver: CARMINIO CASTAGNO; ob. cit., pág. 1412.

28 LAMBER, ob. cit., pág. 681, dice: "que el poder *irrevocable* (entiendo; absoluto, por naturaleza) no puede ni debe limitarse en el tiempo, porque el derecho adquirido por el beneficiario del mismo, no podrá ser disminuido sin provocar un verdadero despojo de su patrimonio".

Doctrina

irrevocabilidad *por naturaleza* subsista aún vencido el plazo expreso o tácito señalado en el poder.

Por eso creemos también que cuando se vence el plazo señalado en el apoderamiento y la irrevocabilidad por naturaleza está acabadamente probada, el intérprete ha de tratar de entender (cuando la redacción es dudosa) que ese plazo se refiere sólo a la irrevocabilidad pactada, y no a la que emerge del contrato base (por naturaleza) y menos aún al poder mismo.

Por otro lado, MARTÍNEZ SEGOVIA trae ejemplos que extrae de la doctrina francesa de supuestos de irrevocabilidad relativa no pactada²⁹. El más interesante es el que se vincula con la teoría del abuso de derecho “para proteger la situación del mandatario frente al mandante, aún cuando pone el *onus probandi* a cargo del mandatario”.

Cabe también calificar a la irrevocabilidad en el caso de los testamentos y de las donaciones. En este caso hablamos de irrevocabilidad *legal* ya que sus efectos surgen de la ley. Los testamentos son siempre revocables mientras dure la vida del testador (art. 3828) y las donaciones mientras no son aceptadas (art. 1793/5) salvo los supuestos previstos también en la ley de ingratitud del donatario (art. 1858) y de incumplimiento de los cargos (art. 1849 y ccs.).

Finalmente creemos que la irrevocabilidad incluida en la oferta de contratar es siempre relativa. O sea: que si el ofertante “retracta” o revoca la oferta antes de la aceptación debe entenderse que el negocio no se ha formado. Por tanto el ofertante no está obligado a cumplirlo. Sólo deberá indemnizar los daños que su actitud culposa en la negociación ocasionen al ofertado³⁰. Por eso es que la oferta irrevocable no subsiste ante la muerte o incapacidad del ofertante antes de la aceptación por el ofertado: no hay relación jurídica formada que conforme al art. 1195 del código civil se traslade a los herederos (salvo el caso especial del art. 1795).

VI. EFICACIA *POST MORTEM* DEL MANDATO Y DEL PODER

Conforme a los arts. 3606 y 3607 del código civil los actos de disposición para después de la muerte deben ser otorgados por testamento. Disposición que concuerda con otras como el art. 1790 del código civil.

Sin embargo, el principio no es absoluto y tiene sus excepciones: así la donación prevista en el art. 1235 y ss. del código civil no requiere forma testa-

²⁹ Ob. cit., pág. 141.

³⁰ Conf. LÓPEZ DE ZAVALÍA; ob. cit., pág. 106.

mentaria³¹. También: las previsiones de los arts. 1795 y 383 del código civil, y la legislación actual sobre ablación e implantación de órganos (ley 21.541 y ccs.).

La explicación viene al caso para justificar la existencia de disposiciones en materia de poderes y mandatos, que subsisten después de la muerte del otorgante sin que se hayan llenado las formas testamentarias.

El principio más general en la materia es el que surge del art. 1195 del código civil: "Los efectos de los contratos se extienden activa y pasivamente a los herederos y sucesores universales a no ser... que resulte lo contrario de una disposición expresa de la ley". Tal como la que emana del art. 1963: "El mandato se acaba:... 3º. Por el fallecimiento del mandante...".

A su vez, el principio de que el mandato (y el poder, pues el codificador no distingue) se acaba con la muerte del mandante tiene según creemos excepciones en dos normas que son los arts. 1980 y 1982 del código civil: "1980. La muerte del mandante no pone fin al mandato, cuando el negocio que forma el objeto del mandato debe ser cumplido o continuado después de su muerte. El negocio debe ser continuado cuando comenzado hubiese peligro en demorarlo". El más importante: "1982. El mandato continúa subsistiendo aún después de la muerte del mandante, cuando ha sido dado en el interés común de éste y del mandatario o en el interés de un tercero".

El esquema no termina aquí, ya que el art 1981 establece a su vez la excepción de que "aunque el negocio deba continuar después de la muerte del mandante *el contrato* queda resuelto. Si los herederos fuesen menores o hubiese otra incapacidad, y se hallasen bajo la representación de sus tutores o curadores".

De los dos artículos que hablan de la subsistencia del mandato (el 1980 y el 1982) después de la muerte del mandante cabe extraer tres supuestos: a) cuando el negocio debe ser cumplido después de la muerte del mandante; b) cuando el negocio debe ser continuado después de la muerte del mandante cuando *hubiese peligro en demorarlo* y finalmente: c) todos los supuestos de *interés* que son: común del mandante y mandatario, o *interés* del tercero.

El supuesto a) es el de "mandato para ejecutar después de la muerte" o "verdadero y propio mandato *post mortem exequendum*" en la terminología de VAZ FERREIRA a los que MARTÍNEZ SEGOVIA³² ejemplifica con el clásico mandato dado para construir un monumento funerario en memoria del mandante y comprar un fundo para sus herederos, o el de AUBRY ET RAU: el mandato dado al depositario de devolver el depósito a un tercero después de la muerte del

31 Sobre el punto ver la opinión del esc. Rubén A. LAMBER en la tercera edición de la ob. cit. *Usufructo y donaciones como negocios jurídicos familiares*.

32 Ob. cit., pág. 147.

mandante. No son estos los casos que inquietan en la actividad notarial por la escasez con que se presentan. Sólo aclararemos que la doctrina se encuentra dividida en la interpretación del art. 1983 del código civil, que se refiere a este supuesto y que establece: “Aunque el negocio deba continuar después de la muerte del mandante, y aunque se hubiese convenido expresamente que el mandato continuase después de la muerte del mandante o mandatario, el contrato queda resuelto, si los herederos fuesen menores o hubiese otra incapacidad, y se hallasen bajo la representación de sus tutores o curadores”.

Para una primera posición que tiene su origen en los primeros comentaristas de nuestro código civil, este mandato requiere *forma* testamentaria.

Es DÍAZ DE GUIJARRO³³ el que, citando afirmaciones de SALVAT explica que la expresión “disposición de última voluntad” a que se refiere el artículo citado se refiere *no* a la forma del acto, sino a su *contenido intrínseco*. Esto es, el artículo exigiría que la disposición sea válida en cuanto a su contenido por, por ejemplo, no afectar la legítima sin exigirse la forma testamentaria. En igual sentido, VAZ FERREIRA³⁴ dice “que es válido cualquier mandato para ejecutar después de la muerte siempre que tenga por objeto 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”, aunque no reúna la forma testamentaria.

En apoyo de esta tesis argumentamos que el art. 1981 cuando dice “...se hubiese convenido que el mandato continuase después de la muerte...” importa la aceptación de que ese negocio debe instrumentarse en un convenio. Y un testamento es exactamente lo contrario a un convenio.

Finalmente CARMINIO CASTAGNO³⁵ entiende que este mandato debe reunir tanto los requisitos de fondo como de forma del testamento para su validez.

El caso b) se encuentra explicado en el propio artículo y se refiere a todos aquellos en que la demora en la continuación del ejercicio del mandato pueda acarrear perjuicios a los herederos del mandante. El ejemplo clásico es el del mandatario judicial que a pesar de la muerte del mandante debe continuar la defensa urgente de los intereses del mandante hasta tanto sus herederos puedan hacerse cargo del asunto. Son supuestos excepcionales en los que la vigencia del mandato es siempre transitoria y limitada.

Los que resultan del art. 1982 (“c”) son los de mayor importancia en la notaría. La dificultad del intérprete se centra fundamentalmente en saber qué significa *interés* y cuáles de los intereses imaginables son los tutelados por la ley para conferir al poder eficacia *post mortem*.

33 DÍAZ DE GUIJARRO, Enrique; en Jurisprudencia Argentina, 1947-IV, pág. 8 y ss.

34 Ob. cit., pág. 597.

35 Ob. cit., pág. 1412, pto. 22.

Para contestar la pregunta es necesario volver al esquema precedente de las relaciones jurídicas que pasan a los herederos y de las que no pasan.

Así, al no existir en la ley pautas que indiquen cuáles son esos intereses creemos que el mandato y el poder tienen eficacia *post mortem* en todos los supuestos en los que la vinculación de fondo está regida por el principio general del art. 1195 del código civil y no por los principios excepcionales, como el del 1963 del código civil, que impiden el traspaso de la relación jurídica a los herederos.

Si el principio general es que el efecto de los contratos pasa a los herederos, en todos los supuestos en los que la relación base que subyace bajo el poder o el mandato no caduca con la muerte de éste, el poder y el mandato subsistirán aún después de la muerte del otorgante, una vez probada la subsistencia subyacente. Probada esa subsistencia del *negocio base*, por aplicación del art. 1195 del código civil, subsistirán el poder y el mandato, independientemente de su revocabilidad.

De igual manera, si el vínculo entre mandante o poderdante y mandatario o apoderado tiene su base en un contrato (como el de mandato o sea, el mandato sin *negocio base* o cualquier otro que termina con la muerte de las partes) que no subsiste con la muerte del mandante o poderdante, el mandato y el poder caducarán con la muerte del otorgante.

Ejemplos de ineficacia *post mortem* del poder y del mandato serán así: a) Todos los que tienen su origen en un *contrato de mandato* que concluye con la muerte del mandante (art. 1963 del CC); cuando encomiendo a alguien cualquier gestión, aún cuando sea onerosa o sea de irrevocabilidad relativa. b) También todos los casos que si bien tienen su *negocio base* distinto del mandato, ese negocio base concluye con la muerte del mandante. Ejemplos conforme al art. 1195: cuando se trata de obligaciones inherentes a la persona, o cuando así lo determina expresamente la ley o el contrato.

Así un poder aún irrevocable para recibir un inmueble en usufructo vitalicio, o en uso o habitación vitalicio caduca con la muerte del mandante, pues con la muerte de este caduca la relación base (arts. 2920 y 2969 del CC).

También cualquier otro supuesto en el que se otorgue un poder, aun irrevocable, para ejecutar un contrato sujeto a la condición resolutoria de la sobrevivencia del otorgante al acaecimiento de un hecho determinado. Si la muerte ocurre antes del acaecimiento del hecho determinado el poder no tendrá eficacia *post mortem* porque en este supuesto la muerte del otorgante extinguió el negocio base. La condición del negocio base tiene efecto sobre el mandato o el poder que son su consecuencia.

Al contrario, entendemos que subsisten los poderes y los mandatos en todos los supuestos en los que el *negocio base* subsiste aún después de la

muerte del mandante. Así, si para el cumplimiento de un boleto de compraventa determinado se ha otorgado un poder, ese poder tiene eficacia *post mortem* en todos los supuestos en los que el negocio base esté acreditado de modo fehaciente; por la agregación del contrato a la escritura de poder, o por la referencia que a él se haga en el poder, o por haberse otorgado el boleto de compraventa en escritura pública, o por haber sido reconocido en juicio. Independientemente de que se hayan cumplido o no todas las obligaciones del comprador, y de que se hayan cumplido o no todas las condiciones para la irrevocabilidad en los términos del art. 1977 del código civil.

Si en una escritura de apoderamiento el compareciente dice que el poder lo otorga para cumplir un boleto de compraventa y encomienda al apoderado la percepción del precio no se ve por qué motivo ese poder no ha de subsistir luego de la muerte del otorgante, pues están dadas las condiciones del art. 1982 del código civil. Es interés del mandante (y por supuesto, de sus herederos) la percepción del precio; y es interés del tercero adquirente (e inclusive también del poderdante) el otorgamiento de la escritura de venta, la tradición del inmueble y la cancelación del precio.

También en el supuesto de los condóminos que pactan vender la cosa para repartir el precio en determinadas condiciones y modalidades, ese pacto obliga a los herederos. Por tanto, el poder dado con ese fin ha de considerarse que, atento lo dispuesto por el art. 1982 del código civil subsiste después de la muerte del otorgante.

Creemos asimismo que en el supuesto de que el *negocio* base no esté probado fehacientemente el notario debe negarse a utilizar el poder cuando conoce la muerte del otorgante. Sin embargo, ninguna duda cabe de que si se otorgara el acto nadie podría obtener su nulidad si se consigue probar en juicio, por cualquier medio la existencia del negocio base. Ejemplos: si existe un poder simple de venta y un boleto de compraventa privado, si el otorgante del poder falleció, al no estar probada fehacientemente la existencia del negocio base, el notario debe entender que el poder ha caducado por aplicación del art. 1963 del código civil. Sin embargo, si la venta se otorga porque el notario desconoce la muerte del otorgante, si los herederos del fallecido demandan la nulidad de la escritura de venta por aplicación del art. 1963 del código civil, al comprador le bastará acompañar el boleto de compraventa junto con la contestación de la demanda, para que una vez probada su autenticidad la demanda sea rechazada. Ningún sentido tendría declarar la nulidad de la venta para luego condenar a los vendedores al otorgamiento de ella.

Para concluir, cabe referirnos a lo dispuesto por el art. 1981 del código civil, que como resulta de su nota ya provocaba *gran cuestión* entre los jurisconsultos franceses.

De esa *gran cuestión* no han quedado exceptuados los comentaristas posteriores.

Así, VAZ FERREIRA³⁶ entiende superior la norma del código uruguayo con un contenido contrario al nuestro.

Para CARMINIO CASTAGNO³⁷ el art. 1981 sólo se aplica cuando existe *pacto de subsistencia* y siempre que los menores o incapaces no queden bajo patria potestad.

ETCHEGARAY³⁸ afirma que “el art. 1981 del código civil se refiere a las relaciones internas entre principal y mandatario en un contrato común de mandato, y no tiene relevancia ni aplicación en la figura *poder irrevocable*”.

En el mismo sentido la XXII Jornada Notarial Bonaerense celebrada en Lomas de Zamora en el año 1978³⁹ sostuvo en el despacho del tema III que este artículo se refiere al contrato de mandato.

MARTÍNEZ SEGOVIA⁴⁰, siguiendo a MACHADO y con prolija fundamentación, afirma que “el mandato que cesa por muerte del mandante cuando sus herederos son menores o incapaces, es... aquél que debe ser *continuado* después de la muerte. Los otros no se ven afectados por esos acontecimientos”. Entiende también que ese mandato no cesa cuando “los incapaces se hallasen bajo la representación regida por la patria potestad”.

En la misma posición del doctor MARTÍNEZ SEGOVIA -a la que adhiero- RUBÉN A. LAMBER⁴¹ sostuvo que la subsistencia *post mortem* se mantiene “aún frente a lo dispuesto por el art. 1981 del código civil porque este artículo está colocado justamente a continuación del art. 1980 del código civil, que no habla de un negocio ejecutado que da causa a la irrevocabilidad real propiamente dicha, sino a un caso de subsistencia después de la muerte *cuando el negocio deba continuar*”.

Parece así que los únicos casos en los que incide la existencia de incapaces entre los herederos del otorgante a que se refiere el art. 1981 del código civil son aquellos en los que el negocio deba ser continuado pero que todavía no se ha dispuesto en todas sus cláusulas y condiciones.

Obsérvese que en los casos en que se puede imaginar peligro en la demora, ese peligro se produciría porque existen decisiones que hay que tomar. Hay que disponer. Hay que decidir porque hay peligro. Por tanto es lógico que la ley

36 Ob. cit., pág. 600.

37 Ob. cit., pág. 1411 pto. 20.

38 Ob. cit., *Esquemas*, pág. 53.

39 REVISTA NOTARIAL, pág. 1156 y ss.

40 Ob. cit., pág. 160.

41 “Régimen de manifestación de la voluntad en la administración de bienes y personas para supuesto de incapacidad”. Ponencia y fundamentación presentadas a la XXII Jornada Notarial Argentina de Rosario, Santa Fe, año 1991, sin publicar.

procure la defensa del interés de los incapaces a través de sus representantes legales y no a través de los representantes del fallecido. En cambio, en los supuestos de subsistencia del poder o del mandato por interés del mandante y del mandatario, o interés del tercero (art. 1982 código civil), estamos siempre en hipótesis de negocios especiales en los que puede o no haberse concluido el cumplimiento de determinadas obligaciones, pero ellas ya están predeterminadas específicamente en el negocio subyacente. No hay disposiciones que tomar sino solo cumplir las obligaciones que ya se contrajeron.

VII. CONCLUSIONES

El fallo comentado al inicio sirvió de punto de partida para sustentar la revisión de algunos criterios aceptados por la doctrina y la práctica tradicionales en el notariado. Por ello, cabe advertir que las conclusiones resultantes -por su carácter renovador- han de ser aplicadas con la prudencia del caso. Ellas son:

1) Que la revocación de un acto jurídico implica siempre otro acto jurídico que exprese la voluntad contraria del otorgante.

2) Que la muerte del mandante o del poderdante es un hecho jurídico que produce -salvo excepciones- la extinción del mandato y del poder. Ese hecho no es una revocación del poder o del mandato por no tratarse de un acto jurídico. Por tanto, una cosa es que un poder sea irrevocable y otra que tenga la eficacia *post mortem*.

3) En determinadas circunstancias los mandatos y los poderes son irrevocables. Esa irrevocabilidad puede ser absoluta o relativa, por naturaleza o pactada, y ésta última manifiesta u oculta. Según se trate de una u otra serán las consecuencias jurídicas que esta irrevocabilidad produzca.

4) La subsistencia *post mortem* del mandato y del poder -si bien exige la subsistencia del negocio base como en la irrevocabilidad absoluta o por naturaleza- nada tiene que ver con este instituto. Así existen mandatos y poderes que subsisten después de la muerte del mandante (aunque no exista irrevocabilidad) cuando sí se reúnen los requisitos del art. 1982 del código civil.

5) En la mayoría de los supuestos de irrevocabilidad relativa no existe subsistencia *post mortem* del mandato o del poder, aunque ello no es siempre así (ejemplo: el poder para cumplir la oferta de donación del art. 1795 del código civil) lo que demuestra la autonomía de ambos institutos.