

“XXIX° CONGRESO NACIONAL DE DERECHO PROCESAL”

“El conflicto jurídico y sus soluciones en el siglo XXI”

(Termas de Rio Hondo – Santiago del Estero -Argentina)

Septiembre de 2017

Tema:

“EL PODER PARA JUICIOS”

TEMA 1. (Proceso civil) Incidencia del Código Civil y Comercial en los Códigos Procesales Civiles y Comerciales de la República. • Personería y representación.

Autor: Julia Elena Gómez Saravia

Dirección postal: 25 de Mayo N° 640 – 4to Piso Dpto. A – Salta – C.P. 4400

Correo electrónico: juliagom77@hotmail.com jgomezsaravia@publico.gov.ar

Teléfonos: 0387 152132005– 0387 4219449

Síntesis de la Propuesta: En la presente ponencia se desarrolla la incertidumbre jurisprudencial y doctrinaria existente sobre la acreditación del mandato voluntario contractual del abogado para que lo represente en juicio. Se analiza en el trabajo, la normativa del Código Civil y Comercial, el Código Civil derogado, las normas procesales, la doctrina civilista y procesalista y los fallos dictados luego de la entrada en vigencia del Código de fondo sobre la materia, para luego dar nuestra opinión en la conclusión.

Se inscribe para los Premios.

I.- INTRODUCCIÓN:

La unificación del Código Civil y el Código Comercial revoluciona a la doctrina y a la judicatura por los cambios, que en materia sustancial o de fondo, trae aparejada.

Este acontecimiento también influye en materia procesal, pues son muchas las normas de forma que el Código Civil y Comercial instaure expresamente.

Ahora bien, hay otras modificaciones o supresiones del código de fondo que, aunque no son procesales, tienen gran incidencia en los procesos judiciales.

Entre estas últimas encontramos la supresión expresa y tajante de los poderes para juicios de la enumeración de los actos jurídicos que deben ser realizados por escritura pública.

Como sucede con otros institutos jurídicos, la modificación del Código Civil y Comercial causa una discordancia con las normas procesales referidas a ellos. La solución en algunos casos está contemplada en el mismo código, y en otros casos están siendo construidos por la doctrina o la jurisprudencia, a veces en forma pacífica y otras veces controversial como en el caso.

Sobre el tema que nos ocupa, el planteo más profundo es la inclusión, en la generalidad de los códigos procesales de todo el país y que siguieron los lineamientos en forma idéntica al Código Procesal de la Nación, de la acreditación de la personería por medio de la "escritura de poder".¹

Ello trae el gran debate sobre este tema simple, pero a la vez tangencial, de la representación en juicio de las partes.

Aunque lo que se discute es si el poder para juicios debe ser confeccionado en escritura pública o en instrumento privado y su validez en juicio, primeramente en este trabajo se va a analizar los institutos sustanciales, como actos jurídicos, en el Código derogado y en el Código vigente, y luego

¹ Art. 46 C.P.C.C.Salta, art. 47 C.P.C.C. de la Nación.

el análisis de la normativa procesal, para luego de su estudio llegar a una conclusión.

II.-REPRESENTACIÓN, MANDATO Y PODER:

a) Representación: En el código Velezano no existía una teoría especial de la representación y se la legislaba conjuntamente con el contrato de mandato, y las normas de este contrato se aplicaban analógicamente a las representaciones legales y voluntarias (art. 1870).

En el Código Civil y Comercial se incluye ahora a la representación en el capítulo 8, de los actos y hechos jurídicos, tratándola sistemáticamente y en forma independiente del contrato de mandato.

Del nuevo articulado se puede conceptualizar que hay representación voluntaria cuando los actos jurídicos entre vivos son celebrados por una persona distinta del titular, llamada representante, resultante de un acto jurídico otorgado por el representado, y que tiene como efecto que estos actos celebrados por el representado en nombre del representado, dentro de los límites del acto de apoderamiento, producen efectos directamente para el representado.²

Siguiendo estos lineamientos, el abogado que represente a una parte en juicio ejerce la representación, instituto sustancial, que compete ser regulado por la Nación en el Código de Fondo (art. 75, inc. 12 C.N.).

b) Mandato: La relación entre representación y mandato es una relación de género a especie. Uno de los modelos de representación es el mandato, acto jurídico bilateral recepticio, contrato. Se da mandato en las procuraciones judiciales.

El mandato es un contrato. Como tal fue regulado por el artículo 1869 del Código Civil y actualmente se lo regula entre los contratos en particular del Código Civil y Comercial. De igual modo que la representación, la regulación del contrato es materia reservada al Congreso de la Nación.

² Arts. 358, 359 del C.C.C.

c) Poder: Los contratos bilaterales, como lo es el mandato, tienen dos fases: oferta y aceptación. El poder es la oferta y los límites son los dados por el mandante al mandatario conforme lo volcado en un documento, pues, “el poder que el mandato confiere está circunscripto a lo que el mandante podía hacer si el tratara u obrara personalmente”³. En este sentido se trata de un acto jurídico unilateral que recién por su aceptación expresa o tácita aparece como mandato o representación general si este hubiera sido el caso. “Este acto jurídico unilateral se transforma en contrato de mandato con su aceptación, (...) que puede ser tácita, que es lo corriente, y que se opera por hechos positivos de cumplimiento de poder. Desde la mirada de la representación en general, y desde el punto de vista del mandante o representante se entiende además al poder como la facultad de representación o de celebrar negocios jurídicos para otro”.

El artículo 363 del C.C.C establece que el apoderamiento debe ser otorgado en la forma prescripta para el acto que el representante debe realizar.

Con este artículo se aclara un tópico que en los hechos podía dar lugar a algunas desinteligencias. La regla es que la forma requerida para otorgar válidamente representación voluntaria a otro sigue la suerte del acto jurídico que se encomienda y el representante debe celebrar. Así, el art. 1017 CCyC contiene una nómina de actos que requieren escritura pública.

Ahora bien, el escrito que presenta el abogado en el expediente ¿es escritura pública?, ¿tiene naturaleza jurídica de acto jurídico público? La respuesta a estos interrogantes es simplemente negativa, por lo cual el apoderamiento, conforme este artículo no debe ser realizado en escritura pública.

III.- LOS ACTOS JURÍDICOS QUE DEBEN SER REALIZADOS EN ESCRITURA PÚBLICA:

El artículo 1184 inc. 7 del Código Civil establecía que debían ser hechos por escrituras públicas Los poderes generales o especiales que deban presentarse en juicio,...”. Parte de la doctrina del Código Civil consideraba

³ Falcón, Enrique M. “Tratado de Derecho Procesal Civil y Comercial” Tomo I, Parte General. Demanda, Edit. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2006, pág.

que “otro de los casos interesantes es respecto de la exigencia de escritura pública de los poderes para estar en juicios; en tal sentido en aquellas provincias donde se autorizan los poderes especiales para estar en juicios por parte de secretarios y jueces, se suprime la exigencia de la escritura pública.”⁴

Para Falcón, conforme un doctrina procesal anterior a la reforma, “la expresión *escritura de poder*, es simplemente ejemplificativa, pues puede tratarse de otro documento público, como un testimonio expedido por un funcionario del Poder Judicial de la Provincia de Buenos Aires, (...), o bien constancias públicas, como resultan ser los actos emitidos por el estado apoderando a determinadas personas que actúan en su representación”.⁵

Apoderado: es el abogado que está investido de un poder para juicios y coincide con el mandatario. Y es “la persona que revistiendo la personalidad externa de otra en virtud de un mandato subyacente, ejerce la actuación en el proceso”

El Código Civil y Comercial directamente suprime la forma de escritura pública para los poderes para juicios en la redacción del art. 1017.

El artículo trae en el inc. c una clausula no se encontraba en el código de Vélez y se refiere a los demás contratos que por acuerdo de las partes o disposiciones de la ley deben ser hechas en escritura pública. “Constituye una especie de clausula residual que otorga carácter obligatorio a otras disposiciones del Código Civil que requieran escritura pública como medio de instrumentación o bien a la voluntad de las partes.”⁶ Alterini trae como ejemplos de la forma de estos contratos que deben ser realizados en escritura pública a los estipulados por el Art. 1552 del C.C.C. sobre donaciones de cosas inmuebles, muebles registrables y de prestaciones periódicas y rentas vitalicias, (art. 1601), sobre el contrato de fideicomiso (art. 1669), sobre Partición extrajudicial de bienes (art. 2369) y la Cesión de derechos (art. 1618).

⁴ Mosset Iturraspe Jorge – Piedecosas Miguel Directores “Código Civil Comentado – Contratos – Parte General” Edit. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2008, pág. 302.

⁵ Falcón, Enrique, ob. Cit. Pág. 389.

⁶ Jorge H. Alterini “Código Civil y Comercial Comentado Tratado Exegético” – 2ª edición actualizada y aumentada, Tomo V, Edit. La Ley 2016, pág. 420.

Cabe destacar que como clausula residual hace referencia de “los demás contratos”. Los contratos, como materia sustancial, se encuentran regulados en el Código Civil y Comercial, y entre sus regulaciones principales se encuentra la determinación de cuál es la forma de los mismos.

El principio general es la libertad de formas, como consecuencia del principio de la libertad de contratar y cuando establece una forma determinada lo explicita en una norma específica.

El mandato, en el caso que nos ocupa es un contrato celebrado entre el titular de la acción, parte de un juicio y el abogado que lo representa en la causa judicial. Conforme el articulado que regula al contrato, no se encuentra referencia alguna sobre la forma, por lo que se debe aplicar el principio general del art. 1015 del C.C.C. que establece: Libertad de formas: Solo son formales los contratos a los cuales la ley les impone una forma determinada. A ello hay que agregar el principio de libertad de forma de los actos jurídicos establecido por el art. 284 del C.C.C.

Se concluye así que al suprimirse la obligatoriedad de realizar los poderes para juicios en escritura pública se ha suprimido la exigencia de una forma especial para confeccionar el contrato de mandato.

IV.- SANCIÓN DEL INCUMPLIMIENTO DE LA FORMA

El código Civil original establecía que la omisión de cumplir con la forma de los actos jurídicos estipulados por el art. 1184 traía aparejada la nulidad absoluta.

La reforma del artículo por la Ley 17.711 suprimió la sanción de nulidad absoluta y la doctrina posterior fue uniforme en considerar que la nulidad por el incumplimiento de la forma establecida por el art. 1184 era relativa.

El art. 1018 establece que la omisión de la forma constituye una obligación de hacer “La falta de cumplimiento de la forma prevista - otorgar escritura pública en los supuestos del art. 1017- provoca la conversión del contrato

en una obligación de hacer, salvo que se haya previsto la sanción de nulidad por incumplimiento de la forma prevista legal”⁷.

Las consecuencias de no otorgar el acto, al ser actos de formalidad solemnes relativa, están plasmados en los artículos 285 y 969 del C.C.C.

Cuando analizamos el art. 969 del C.C.C., ¿cuál es la consecuencia de incumplir la forma? No por ello se acarrea la nulidad del acto sino que el ordenamiento le reconoce la eficacia de otro negocio jurídico con requisitos formales menores.

Los actos de solemnidad relativa son los mencionados en el art. 1017 del Código Civil y Comercial, y conforme el art. 285 “La omisión de la solemnidad no priva de efectos a las declaraciones de los sujetos negociales. No generan el efecto propio del acto pero genera la obligación de efectuarlo cumpliendo las formalidades impuestas”.⁸

El art. 386, como dijimos, intenta superar las discrepancias existentes en la doctrina y establece como criterio legal que la nulidad absoluta es aquella que se dispone en función de intereses protegidos por el orden público, la moral o las buenas costumbres, y la nulidad relativa es aquella que resulta sólo de la protección a los intereses de determinadas personas.

La nulidad relativa sólo puede declararse a instancia de las personas en cuyo beneficio se establece. Excepcionalmente puede invocarla la otra parte, si es de buena fe y ha experimentado un perjuicio importante. Puede sanearse por la confirmación del acto y por la prescripción de la acción.⁹

Como toda nulidad relativa, al estar instituida en protección de las partes, solo puede decretarse su nulidad por el juez a petición de alguna de estas partes y no procede de oficio, en consecuencia en ningún caso, de mutuo propio, puede declarar que el poder, si no se realizó en escritura pública es inválido, y en caso de proceder de oficio estamos en presencia de un exceso en sus facultades.

⁷ Alterini, ob. Cit. Pág. 425.

⁸ Jorge H. Alterini “Código Civil y Comercial Comentado Tratado Exegético” – 2ª edición actualizada y aumentada, Tomo II, Edit. La Ley 2016, pág. 402.

⁹ Art. 388 del Código Civil y Comercial.

A su vez, la falta de instrumentación en escritura, traería aparejada la obligación de hacer la escritura respectiva y volveríamos a estar en un entuerto si se solicita que el juez ordene escriturar.

Por ello, considero que, luego de la modificación de la ley 17.711, la exigencia de la escritura pública, en cuanto a su aplicación como invalidez de oficio, ha quedado sin contenido.

V.- DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA – PODER PARA JUICIOS EN ESCRITURA PÚBLICA O EN INSTRUMENTO PRIVADO

Con fecha 4/2/2016, la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial del Depto. Judicial de Dolores, provincia de Buenos Aires, consideró que con la reforma del Código Civil y Comercial ya no era obligatoria la exigencia de presentar el poder realizado mediante escritura pública, siendo válida la representación mediante instrumento privado, pero consideró que esa libre voluntad expresada entre mandante y mandatario, requiere de modo necesario y por razones de seguridad, seguridad jurídica, la intervención del Actuario del Juzgado que ha de conocer. Ello a fin de resguardar el acto como tal, evitando futuros planteos —por ejemplo, nulitivos— por parte de la contraria respecto de la existencia o autenticidad de las grafías y/o contenido del instrumento.

A su vez, la Cámara De Apelaciones En Lo C. y C. De San Isidro, Sala III, en autos Oropel c. Gómez, s/ acción declarativa del 25/02/2016 se resolvió que el poder para actuar en un proceso judicial en el fuero Civil Y Comercial de la provincia de Buenos Aires debe instrumentarse y acreditarse mediante escritura pública, pues el art. 47 del Cód. Proc. Civil y Comercial provincial refiere a una “escritura poder” y ese uso del concepto inequívocamente remite a un documento público labrado con intervención del notario que la firme y de fe del acto, a la vez que considera que queda comprendido en el inc. 3 del art. 1017.¹⁰ La Cámara Nacional Civil Sala H, consideró que no hay una libertad absoluta de formas para el otorgamiento de poderes judiciales, en la medida que distintas normas procesales o de fondo, regulan la cuestión.

¹⁰ AR/JUR/1532/2016

La Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo C y C de Mar del Plata, ha dictado el 31/5/2016, in re "Grippaldi, c. Cons. Prop. Edificio Santa Lucía, consideró que el Código Civil y Comercial no era incompatible con el Código de Procedimiento, pues la exigencia de la escritura estaría comprendida en el inc. 3 del art 1.017, y que el ordenamiento procesal no podía ser derogado porque las normas adjetivas son de competencia exclusiva y no delegada por las provincias.

En el mismo sentido, en la Provincia de Salta, La Cámara de Apelaciones Sala II confirmó el fallo del Juzgado de Personas y Familia 6ª Nominación en el cual consideraron que el poder especial para juicios realizado en instrumento privado no era válido para acreditar la representación pues debía ser realizado en escritura pública. Para fundamentarlo refieren que está comprendida esta forma en el inc d del art. 1071 pues es una cláusula residual. Que cuando la norma dice escritura de poder remite sin lugar a dudas a la escritura pública, y que existen razones que hacen a la seguridad jurídicas y a la certeza que debe reinar en los actos del proceso que dan sustento a la exigencia legal de forma.

Al contrario, la Cámara de Apelaciones de San Isidro, considero que existe libertad de forma para los poderes.

A nivel doctrinario las posturas también son opuestas y controvertidas, ejemplo de ello podemos citar a los siguientes autores:

Berizonce considera que al suprimirse la exigencia de la escritura pública puede darse el posible otorgamiento por instrumento privado, y que queda pendiente la regulación de los ordenamientos procesales que han de proveer algún modo de otorgamiento de los poderes para intervenir en juicio.¹¹ En el mismo orden de ideas, Américo Cornejo considera que la voluntad supresora es clara y los poderes para juicios pueden ser en actos públicos y privados y que el abogado debe procurar certificar las firmas para evitar nulidades.

¹¹ Revista de Derecho Procesal 2016-1 Capacidad, Representación legitimación" Rubinzal CULzoni, Santa Fe 2016, ág. 37-38.

En cambio para Gozaini, el acto que el representante legal debe realizar (art. 363, CCyC) es acreditar la personería que invoca, siendo éste un presupuesto procesal ineludible para acreditar la posibilidad de estar en juicio, y no quedar expuesto a un defecto de personería. El poder sigue siendo un instrumento público, de comisión amplia o particular, general o especial, emitido por escribano autorizado dentro de la jurisdicción donde interviene, y legalizado en el caso de aplicarse en jurisdicción territorial diferente.¹²

VI.- ARGUMENTACIÓN:

Por la argumentación sistemática, a la totalidad de las normas jurídicas y los institutos jurídicos que le sirven de base hay que comprenderlos como un todo coherente. Luego de la sustitución de los códigos de fondo, la abrogación de la norma específica sobre la forma del poder significaría la modificación de la acreditación de la personería, pues mantener que sí y solo si se puede acreditar la representación con escritura pública, dicha la afirmación quedaría desvirtuada con otras normas que permiten otras formas para los poderes, por ejemplo, los poderes especiales permitidos para los beneficios de litigar sin gastos, actas poderes para juicios de menor cuantía, actas poderes suficientes para los juicios laborales, de consumidores y usuarios, los poderes autorizados a los Defensores Oficiales etc. En estos casos, había normas procesales que contravenían la forma establecida por el Código Civil.

Siguiendo un argumento principia lista, dejar de lado la exigencia de escritura pública significa la no vulneración de los principios de igualdad ante la ley, acceso a justicia y el de legalidad entre otros.

Exigir la escritura pública significa discriminar, por cuanto se permite el acta poder para los casos nombrados anteriormente a los cuales se suma la representación en causas penales que procede con una simple designación por escrito. Aunque la justificación de ello es el estado de vulneración de los sujetos comprendidos y en la mayoría de los casos la justificación a la necesidad de la escritura es la seguridad jurídica, nos encontramos que

¹² Gozaini, Osvaldo A. "formas de acreditar la personería en juicio (sobre el art. 1017 del código civil y comercial)" LA LEY 27/06/2016, 5 • LA LEY 2016-D, 118.

quedan de lado casos de familia u otras materias jurídicas que no cuentan con esta posibilidad.

El derecho a la Jurisdicción o tutela jurisdiccional efectiva comprende el derecho a acceder al proceso y al debido proceso. La limitación al acceso, por cuestiones ritualistas atenta contra el derecho de los justiciables pues estos derechos funcionan como garantías y su quebrantamiento frustran los fines del proceso.

Entre los derechos vulnerados encontramos además el principio de reserva o legalidad, reconocido por el art. 19 de la CN. Ambos principios configuraban manifestaciones de la misma garantía de legalidad, que responde al requerimiento de racionalidad, en el ejercicio del poder, emergente del principio republicano de gobierno.

Desde un punto de vista literal, el uso de la expresión escritura de poder, no corresponde a un concepto jurídico determinado, pues una cosa es poder para juicios y otra cosa es escritura pública.

Cuando las normas hablan de carta poder, acta poder, poder especial, generalmente vienen acompañados de los requisitos para su validez. Cuando se habla de escritura de poder, sin especificar requisitos especiales, en realidad no está creando una forma especial requerida, sino que, como la forma exigida en el Código Civil era la escritura, quedaba sobreentendida con "escritura de poder", pues se hacía mención a los poderes para juicios que debían ser realizados por escritura.

Justificar la necesidad de la escritura pública por seguridad jurídica conforma una Falacia de atinencia accidente inverso o generalización apresurada. No en todos los casos el abogado se va a aprovechar del cliente o del proceso, no siempre el justiciable va a estar asesorado por el escribano, y va a tener pleno conocimiento de las facultades que está confiriendo al abogado. En general, el lenguaje utilizado en las cláusulas, casi sacramentales, son específicas de la disciplina jurídica, y suenan para la persona como un lenguaje esotérico. La escritura pública generalmente es un formulario con cláusulas predispuestas, de las cuales nadie negocia, o

cuestiona por desconocimiento y en algunos casos son firmados frente al secretario del escribano interviniente.

Se apela a la seguridad jurídica por la posible conducta del abogado, perdiendo de vista que este principio, introducido por la Declaración de los Derechos del Hombre se circunscribía a que el Juez sea la boca de la ley pues existía el riesgo de que no se limite a ejecutar la ley o lo dispuesto por las partes; de ahí que su poder se pretendía “nulo” y debía ser rigurosamente controlado.

VII.- CONCLUSIÓN:

Con la supresión de la forma escritura pública para la realización de los poderes para juicios, la acreditación de la personería y representación para juicios se puede realizar por instrumentos privados, y considero que proliferarán los poderes especiales sobre los generales, lo que si traerán seguridad jurídica para los justiciables.

Los Códigos procesales se deberán adecuar para exigir ciertos recaudos para actos de trascendencias, como la entrega de sumas de dinero, porque hay casos actualmente como en procesos de familia, sobre aspectos no dinerarios donde no rigen las posibilidades de hacer poderes por baja cuantía como en otras jurisdicciones, en los cuales la exigencia del poder en escritura pública trae aparejada una formalidad que atenta contra el acceso a justicia.

Se puede propiciar, como Salta¹³ la creación de un registro de mandatos en el cual se anota todo acto público o privado, que atribuya a una o varias personas la representación de otros o la administración de dichos actos. En la práctica falta que el mismo se tecnifique y se organice de una manera ágil y ordenada, pues su buen desempeño servirá para evitar los posibles problemas que se puedan presentar con respecto a la seguridad jurídica.

¹³ Ley Provincial Nº 758. ARTÍCULO 2°.- Sin perjuicio de lo dispuesto en el Inciso 7° del artículo 1134 del Código Civil de los otros medios de prueba autorizados por las leyes, el registro bastará para justificar el contrato de mandato y sus modificaciones posteriores. ARTÍCULO 3°.- Los actos serán transcritos íntegramente en el registro, excepción hecha de las modificaciones que en ellos se introdujeran, las que bastará expresar con exactitud en notas marginales. ARTÍCULO 4°.- La anotación de la fecha del registro se hará en el documento original que se presente. ARTÍCULO 5°.- Si el documento de poder fuere privado, tendrá que ser reconocido por el mandante ante el Jefe de la oficina y dos testigos hábiles para que pueda hacerse su inscripción en el registro.