# EL CONTRATO DE MANDATO EN EL NUEVO CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL. LA REPRESENTACIÓN JURÍDICA. ALGUNAS CONSIDERACIONES.

Mario Alberto De Antoni

S U M A R I O

1.Introducción

2. Interpretación. Algunas consideraciones.

2.1 La diligencia exigible a los terceros en los distintos tipos de representación.

2.2 La representación aparente.

2.3 El silencio como manifestación de voluntad. La regla general en materia de obligaciones.

2.4 El mandato tácito

## 1 – Introducción.

Con buena técnica legislativa , el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, (Ley 26.994) siguiendo precedentes de proyectos anteriores, legisla por un lado sobre la representación en general (artículos 358 a 361) y la representación voluntaria (artículos 362 a 381) , en la parte general (Libro Primero, Titulo IV, Capítulo 8, Secciones 1era y 2da.) . Luego , específicamente al regular los contratos en particular, establece las normas relativas al mandato (Libro Tercero, Tìtulo IV, Capítulo 8, artículos 1319 a 1334).

Considero acertada esta distinción, pues la representación jurídica, como lo establece con precisión el artículo 358, puede ser voluntaria, legal u orgánica.

El mismo artículo da una definición de cada uno de estos supuestos en su segundo apartado.

A su vez, en virtud de la norma de remisión del artículo 1320 se aplican al contrato de mandato con representación, las normas de la parte general relativas a la representación voluntaria (artículos 362 a 381) , las que inclusive se aplican a las relaciones entre mandante y mandatario aunque no exista representación, en lo que no fueren modificadas en ese capítulo. (ver artículo 1320, segundo apartado).

Los principios generales mencionados penetran toda la teoría de los actos jurídicos otorgados en interés de otra persona, y definen adecuadamente sus principales efectos y limitaciones (artículos 359 a 361) y cumplen una triple función, a saber, fundamentadora (pues cimentan las reglas particulares que después se establecen), interpretativa (son de suma utilidad para dar el marco conceptual de las reglas específicas en el momento de la aplicación de la ley) , e integradora (pues están llamadas a suplir eventuales lagunas, o casos que pudieran presentarse en el futuro en circunstancias que cambian aceleradamente al compás de las nuevas tecnologías en materia de expresión de la voluntad).

Realizaré, a continuación, comentarios puntuales respecto de algunas de las disposiciones del nuevo Código en la materia.

## 2 – Interpretación. Algunas consideraciones.

### 2.1 La diligencia exigible a los terceros en los distintos tipos de representación.

En primer lugar señalaré algunas consideraciones de tipo semántico, pero por ello no de menor importancia: el artículo 361, en relación a las limitaciones del poder, preceptúa que estas "son oponibles a terceros si estos las conocen o pudieron conocerlas actuando con la debida diligencia". Por su lado el artículo 362 en cuanto a la representación voluntaria señala que dichas limitaciones " son oponibles a terceros si éstos han tomado conocimiento de tales circunstancias, o debieron conocerlas obrando con cuidado y previsión". (el subrayado es propio).

Mientras en la regla general se emplea el verbo poder (pudieron conocerlas), en el 362 se emplea el verbo deber (debieron conocerlas), se advierte aquí un tratamiento más amplio para la representación en general, y más estricto para la representación voluntaria, en cuanto a la precaución y diligencia de los terceros que contratan con un representante.

Ello se explica, en mi opinión, en razón de la diferente fuente de cada una de ellas, pues las normas de la representación legal (padres, tutores, curadores, etc.) están especificadas por ley, con claridad al regular cada instituto, las relativas a la representación orgánica surgirán de los respectivos estatutos en el caso de las personas jurídicas; mientras que en la representación voluntaria, si bien adecuadas a las exigencias legales, surgen esencialmente del acto jurídico celebrado previamente entre mandante y mandatario, normalmente instrumentado en un poder, por lo que entiendo que el uso del mencionado verbo, reconoce la existencia de un deber , además de la facultad de solicitar la entrega de la copia del instrumento como indica el artículo 374, que consiste para quien contrata con un representante voluntario, en requerir la exhibición en cada caso, del documento que instrumente el apoderamiento para conocer con precisión sus alcances y limitaciones.

### 2.2 La representación aparente.

El artículo 367 introduce en la ley positiva vigente, el instituto de la representación aparente, vigente ya en muchos códigos civiles de otros países , y receptado por nuestra Doctrina y Jurisprudencia en múltiples casos.
En nuestro Código se ha optado por una fórmula legal cercana a la definición del dolo, es decir que exige en el representado aparente un obrar que consiste en "...

inducir a un tercero a celebrar un acto jurídico, dejándolo creer razonablemente que negocia con su representante…"

El giro verbal y el adverbio empleados al definir la conducta del eventual representado resultan conceptualmente amplios y podrían generar algún tipo de aplicación disfuncional no querida por el legislador, en razón de esa amplitud. En que consiste ***dejar creer razonablemente***? Es tan vasta hoy día la cantidad de medios de comunicación escrita, telefónica, y sobre todo electrónica, que la formula empleada (dejar creer), puede generar una exigencia más severa en el obrar libre de cada persona, respecto de la cual un tercero invoque una representación aparente para sujetarla a una obligación. También puede ser que alguien naturalmente tímido o excesivamente respetuoso, o poco avezado en números y leyes, (pienso en nuestra población rural, por ejemplo), pueda ser enredado por algún seudocomisionista o falso gestor, como hubo sucedido en algunas oportunidades en pueblos del interior, en donde se otorgan contratos civiles como los arrendamientos o aparcerías rurales que importan cifras de dinero considerables, entre pequeños propietarios y personas que comercializan cereales, ganados o frutos.

Entiendo cómo pauta interpretativa , que la representación aparente se considera tal cuando alguien ha obrado de manera objetivamente idónea para llevar al tercero a engaño, en cuanto a que negociaba con un representante suyo, siempre que el tercero actuara de buena fe. La fórmula citada corresponde al Dr. Ricardo Lorenzetti en su obra "Tratado de los Contratos", Ed. Rubinzal Culzoni, tomo II, pag. 162, edición año 2000. (el subrayado es propio).

Algunos ejemplos de derecho comparado: Sobre este particular el artículo 670 del Código de Comercio de Guatemala dice: "Quien haya dado lugar, con actos positivos u omisiones graves a que se crea, conforme a los usos del comercio, que alguna persona está facultada para actuar como su representante, no podrá invocar la falta de representación respecto a terceros de buena fe. ", a su vez el artículo 842 del Código de Colombia establece: "Quien dé motivo a que se crea, conforme a las costumbres comerciales o por su culpa, que una persona está facultada para celebrar un negocio jurídico, quedará obligado en los términos pactados ante terceros de buena fe, exenta de culpa".

En ambos casos se puede advertir la existencia de estos dos elementos que recoge la definición que proponemos como interpretativa, para dinamizar una representación aparente, esto es una conducta objetivamente idónea para engañar, por parte del representado aparente, y la buena fe del tercero.

**2.3 El silencio como manifestación de voluntad. La regla general en materia de obligaciones.**

El nuevo Código, al unificar legislación civil y comercial, ha introducido estándares interpretativos provenientes de ambos ordenamientos en materia de manifestaciones tácitas de la voluntad o la valoración jurídica del silencio, amalgamándolos. En efecto, sustituyendo la regla del artículo 919 del Código de Vélez Sarsfield, el nuevo artículo 263 si bien mantiene como precepto general que el silencio no es considerado como una manifestación de voluntad, luego agrega que ello reconoce como excepción los casos en que "haya un deber de expedirse que puede resultar de la ley , de la voluntad de las partes, de los usos y prácticas o de una relación entre el silencio actual y las declaraciones precedentes" (el subrayado es propio).

Se ha adicionado a las excepciones, el hecho de que un deber de expedirse pueda resultar de los "usos y prácticas". En la realidad y en la vida, los usos y prácticas negociales cambian vertiginosamente. Los modos de manifestación de la voluntad, y el uso de la electrónica pueden imponer deberes de expedirse nuevos? Los "usos y prácticas" podrían llevar a casos donde alguien obrando de mala fe quiera obligar a otro que frente a una oferta, por ejemplo, guarda silencio?

Debemos aquí hacer mención a las reglas contempladas en los artículos 726 y 727 del nuevo Código, que emplean formulas que establecen la interpretación restrictiva de la existencia de una obligación jurídica. Concordándolas con las anteriores, colegimos que se mantienen la libertad y autonomía personales, pues la primera parte del artículo 726 establece que la existencia de la obligación no se presume, y que la interpretación respecto de la existencia y extensión de la obligación es restrictiva.

¿En virtud de lo dispuesto por el último párrafo del premencionado artículo 727 el cual establece que "probada la obligación, se presume que nace de fuente legítima mientras no se acredite lo contrario", podría inferirse que se permitiera a algún tercero prevalerse de esa inversión de la carga de la prueba en perjuicio del presunto obligado, quien en consecuencia se vería en la necesidad de demostrar la inexistencia de la representación aparente?

Entiendo que, salvo los especiales casos previstos en los incisos a, b y c del artículo 367, y aquellos que se desprenden de las regulaciones especiales (contratos de consumo por ejemplo), donde se trata de presunciones ***iuris tantum*** concretas; por lo contrario en el caso genérico previsto en la primera parte de

dicho artículo es aplicable en toda su extensión el principio que surge de los artículos 726 y los dos primeros párrafos del artículo 727, pues es el tercero quien debe probar los extremos allí previstos para dinamizar una tal representación y la consiguiente existencia y límites de la obligación.

Lo que está en juego es la existencia misma de la obligación, por eventual falta de autoría, y no su legitimidad. Conviene recordar al respecto las sabias enseñanzas del maestro López Olaciregui, en su trabajo sobre nulidades publicado hace ya más de cincuenta años en la revista "Lecciones y Ensayos", en orden en que respecto de un acto jurídico cuando no existe autoría, hay inexistencia del mismo.

**2.4 El mandato tácito.**

Abordando el análisis de la manifestaciones tácitas o presuntas de la voluntad en el mandato, nos presenta el nuevo Código la regla del artículo 1319 que establece " que si una persona sabe que alguien está haciendo algo en su interés , y no lo impide, pudiendo hacerlo, se entiende que ha conferido tácitamente mandato"

Al sustituir la palabra "nombre" que contiene el artículo 1874 del Código de Velez Sarsfield, por la palabra "interés" podría entenderse, en general, que se aumentan los riesgos de que alguien pueda generar obligaciones a otro, invocando que ha actuado en su interés, término más abarcativo que el de "nombre". ¿Se debería estar así en perpetua vigilia sobre quienes en general actúan como administradores, encargados, etc?.

Volvemos entonces a la concordancia con los principios previstos en general para las obligaciones en los precitados artículos 726 y 727, protectorias del principio de autonomía de la voluntad, y que se corresponde con el principio general que señala que si no hay autoría no hay obligación. Idéntico principio surge del artículo 1025 que establece que a falta de representación suficiente el contrato es ineficaz.

Debe tenerse presente además que el artículo 264 establece que la manifestación tácita resulta de los actos por la cual se la puede conocer ***con certidumbre***.

Y no es menor, para complementar este esquema abarcativo del tópico en tratamiento, que se haya incorporado como pauta interpretativa la doctrina de los actos propios (nemo venire contra proprium factum non valet), en el

artículo 1067 al establecer no es admisible la contradicción con una conducta jurídicamente relevante, previa y propia del mismo sujeto. Si no hay una conducta jurídicamente relevante previa, que permita conocer con certidumbre la existencia de la representación, no habrá pues mandato tácito alguno.

No se nos pasa por alto la necesidad de proteger a los terceros de buena fe, pero siendo ella (la buena fe) un bien escaso en general en el mundo que nos toca vivir, y más bien por el contrario, ante la proliferación de actos de tentativa de apropiación de bienes de otras personas – sobre todo si se trata de personas de indudable solvencia - mediante artificios instrumentados inclusive utilizando acciones judiciales, e invocando que se actúa en interés de ellas, debe ajustarse la cincha y adoptar una interpretación restrictiva en grado sumo del mandato tácito. Ello además es conforme a la Constitución Nacional que resguarda la libertad, (artículo 14 y concordantes) y los tratados internacionales, tal y como lo reglamenta la norma general interpretativa contenida en el artículo 1ero del nuevo Código Civil y Comercial.

Tampoco debe soslayarse que teniendo en cuenta la larga duración de los procesos judiciales, así como la atadura que suponen las medidas cautelares que pueden trabar el patrimonio, exponer a una persona a un largo litigio, luego de haber sido objeto de una maniobra tentativamente expoliatoria , por alguien que actúe invocando una representación aparente o un mandato tácito, es contrario a esos principios constitucionales que resguardan la libertad; y ese daño causado por la incertidumbre, aunque finalmente se pueda obtener una sentencia favorable, queda causado irremisiblemente. La seguridad jurídica comporta pues, una interpretación como la que aquí proponemos, respecto a estos institutos.

Este punto de vista resulta conforme, además, con la regla general establecida para los poderes, por la que, en el caso de manifestación de voluntad expresa, las facultades contenidas en el poder son de interpretación restrictiva. (artículo 375).

A fortiori, si existiendo documento escrito y firmado (poder), las facultades del mandatario se observan estrictamente, más aún entonces cuando se considera existente una representación aparente o se invoca un mandato tácito, la restricción en la interpretación, debe ser aún mayor, ya no en cuanto al eventual límite de las facultades, sino a su verdadera existencia.

**2.5 La presunción de onerosidad. Concordancia con el Código Civil Italiano.**

A diferencia del artículo 1871 del Código de Vélez, que establecía una distinción entre el mandato en general, al que presumía gratuito si no se pactaba una remuneración, u oneroso cuando emanara de la ley, o cuando consistiera en los trabajos propios de la profesión lucrativa del mandatario, o su modo de vivir; el actual artículo 1322 del nuevo Código, presume la onerosidad, concordantemente con el principio general ya contenido en el Código de Comercio actual, en orden a que la gratuidad no se presume.

La redacción del artículo 1322 coincide, a la letra, con el artículo 1709 del Código Civil italiano, que establece que son las partes quienes establecen la remuneración, y que, a falta de acuerdo se determina por las disposiciones legales o reglamentarias aplicable, o el uso. A falta de ambos, la determina el Juez.

Esta norma viene a suplir el texto del Código actual, que ha dado lugar a contenciosos, sobre todo cuando el mandatario tenía algún vínculo familiar, o amical, con el mandante. Recoge asimismo las observaciones que la Doctrina formulara desde fines del siglo XIX (José Olegario Machado, por ejemplo) y reafirma el carácter esencialmente bilateral y oneroso del contrato.

**2.6 Importancia de las modificaciones en la reglamentación de la representación voluntaria.**

- Artículo 375 inciso b). Aunque no haga específicamente al mandato, sino en este caso al asentimiento conyugal, considero de importancia destacar que deben mencionarse en el poder especial en que se otorga el asentimiento conyugal para actos de disposición que así lo requieran, la identificación de los bienes a que dicho asentimiento se refiere. Se pone así fin a asentimientos genéricos que en muchos casos podían utilizarse como vehículo de fraudes, y por ende que no fueran seguros jurídicamente para quien, de buena fe, celebra un contrato que reconoce como antecedente un poder genérico.

- También considero relevante, sin perjuicio de otras modificaciones cuya consideración excedería el tamaño de este trabajo, que en el inciso k, se haya acortado el plazo de la locación para lo que se necesitan facultades expresas, de seis a tres años, y se haya incluido la necesidad de tales facultades expresas cuando se trata de cobrar alquileres anticipados por más de un año.

- Asimismo resulta apropiada y expresa una síntesis normativa que

abarca supuestos de importancia, la enumeración del inciso m, en especial la necesidad de facultades especiales para comprometer servicios personales, pues esto fortalece la autonomía del mandante que resultare prestador de tales servicios, y en definitiva a su mayor libertad individual.

-Artículo 377. Sustitución. El artículo 1924 del Código de Vélez Sarsfield hace responsable al mandatario de la persona que ha sustituido cuando no recibió el poder de hacerlo, o cuando ha recibido este poder , sin designación de la persona en quien podía sustituir, y hubiese elegido un individuo notoriamente incapaz o insolvente.

La redacción no era en realidad clara, puesto que la elección del sustituto puede no recaer en una persona notoriamente incapaz o insolvente, pero aún no reuniendo esas cualidades negativas en forma ostensible, esa persona puede desempeñarse de manera negligente o perjudicial para el mandante, por múltiples motivos que le sean imputables, sin que el mandatario hubiera adoptado medidas de examen previo, vigilancia y control de lo que actúa. La nueva redacción señala asertivamente: "Responde por el sustituto si incurre en culpa al elegir" Esta redacción refuerza el carácter subjetivo de la responsabilidad del mandatario por el sustituto. Deberá acreditarse que obró con culpa al elegir, si la sustitución le estaba permitida. Nos evoca un principio general que el Código nuevo mantiene, pues, a pesar de que ha extendido pautas objetivas en algunos aspectos del responder, ha señalado en el artículo 1721 que en ausencia de normativa, el factor de atribución es la culpa.

En particular evoca toda la construcción doctrinaria de la "culpa in eligendo", que será de utilidad para la aplicación de la norma por la Jurisprudencia.

**2.7. El mandato post-mortem. Una importante modificación de la Comisión Bicameral.**

En el artículo 380, inciso b) del Proyecto enviado al Congreso d e la Nación, se establecía que el poder se extingue por la muerte del representado, sin otra consideración, pero a su vez el artículo 1330, manteniendo la disposición ya existente en el Código de Velez Sarsfield (artículo 1983) establecía en su segundo apartado que "El mandato destinado a ejecutarse después de la muerte del mandante es nulo si no puede valer como disposición de última voluntad"

Entiendo que ello había sido así dispuesto pues, este segundo apartado sucedía al primero que establecía que "el mandato puede convenirse expresamente como irrevocable en los casos del inciso c) del artículo 380. Es

decir que en el proyecto se preveía la existencia de la posibilidad de otorgar un mandato irrevocable, y que en ese caso , al igual que lo dispone el artículo 1723 del Código Civil Italiano, tendría validez post mortem.
Pero, la redacción del segundo apartado empleaba el adjetivo "destinado", esto es que allí se trataba más de un mandato post mortem (in dies mortem dilati), que de la sola irrevocabilidad.

Cuáles eran los requisitos para la irrevocabilidad, el inciso c) del mencionado artículo 380 establece…"sin embargo, un poder puede ser conferido de modo irrevocable, siempre que lo sea para actos especialmente determinados, limitado por un plazo cierto, y en razón de un interés legítimo que puede ser solamente del representante, de un tercero, o común a representante y representado, o a representante y un tercero, o a representado y tercero; se extingue llegado el transcurso del plazo fijado y puede revocarse si media justa causa"

Una lectura integradora de lo dispuesto por los artículos 380 incisos b) y c), y 1330 del Proyecto parecía señalar que el mandato sólo podía tener validez post mortem si había sido otorgado como irrevocable. Pero lo que dificultaba esta interpretación era el segundo apartado del artículo 1330, pues allí se mencionaba al poder "destinado" a ejecutarse después de la muerte del causante" (el subrayado es propio), con lo que o estábamos en presencia de una oposición normativa, o se preveía la existencia del mandato post mortem, aún cuando se hubiere previsto que el contrato se extinguía con la muerte del causante.

En la Comisión Parlamentaria Bicameral que analizó el proyecto, a propuesta del Sr. senador Guinle y del Sr. diputado Cigogna, se sugirió introducir la subsistencia del poder post mortem, y también del mandato post mortem, más allá de haberse o no establecido su irrevocabilidad, y sin la exigencia de un plazo limitado.

Así en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, se adicionó en el artículo 380 el actual inciso b) que establece que el poder se extingue "por la muerte del representante o del representado, sin embargo subsiste en caso de muerte del representado siempre que haya sido conferido para actos especialmente determinados y en razón de un interés legítimo que puede ser solamente del representante, de un tercero, o común a representante y representado, o a representante y un tercero, o a representado y tercero".

A su vez se modificó el artículo 1330 estableciendo en su primer

apartado que "El mandato puede convenirse expresamente como irrevocable en los casos de los incisos b) y c) del artículo 380."

Es decir que con la redacción sugerida por el Dictamen de Mayoría de la Comisión Bicameral, que resultara aprobado en ambas cámaras, se ha incorporado la ultra actividad del poder y del mandato en su caso, más allá de la muerte del representado, siempre y cuando se den los recaudos previstos en el inciso b) del mencionado artículo 380, aunque no se hubiera pactado la irrevocabilidad, la que de todos modos puede ser igualmente convenida conjuntamente con la validez post mortem.

Claro está que en lo sustancial, y no en lo formal (tal como lo explicara lúcidamente Enrique Díaz de Guijarro en su artículo "La Forma del Mandato "Post Mortem Mandantis", JA, 1947, IV, Secc. Doctrina, página 8 y ss.) deberá ajustar su contenido a lo que está permitido en materia de disposiciones de última voluntad.

Como señalaba el jurista al referirse al artículo 1983 del Código de Vélez, podemos mencionar que la actual regla de los artículos 380 inciso b y 1330 segundo apartado del Nuevo Código Civil y Comercial, "asume entidad propia, y no admite correlación con preceptos destinados a regir situaciones dispares". "El contenido del mandato: la posibilidad jurídica de disponer con efectos después de la muerte, esto es, dentro del campo en que la voluntad actúa sin reatos. Por lo tanto, en el orden de los bienes alcanza hasta donde la legítima pone insalvable valladar, y en punto a cuestiones extrapatrimoniales carece de límites"

Creo de singular importancia haber mantenido la institución del mandato con validez post-mortem, cuando se den los recaudos previstos en las normas citadas precedentemente, pues se refuerza así la autonomía de la voluntad, la libertad personal y se consagra la protección de los intereses legítimos con relación a actos especialmente determinados, más allá de la muerte, dando seguridad jurídica a los terceros, al mandante y al mandatario, pues esa contingencia (la muerte) es la más de las veces imprevisible, y siempre inevitable.