

Mandatos Irrevocables, Póstumos y "Post Mortem"

por *Francisco MARTINEZ SEGOVIA.*

Hemos tratado muy brevemente en otra oportunidad acerca del mandato irrevocable y del efecto de la muerte en la cesación o subsistencia del mandato y consideramos, ahora, con mayor detenimiento estos dos aspectos que tienen entre sí muchas relaciones, como veremos, y que ofrecen aspectos prácticos que no han sido debidamente aprovechados por el notariado en su misión de dar seguridad, permanencia y ejecutoriedad extraprocésal a los contratos.

Sobre los conceptos de seguridad y permanencia remitimos a nuestro breviario sobre "Función Notarial", y con referencia al concepto de ejecutoriedad extraprocésal enviamos al lector a la publicación "Ejecutoriedad del documento notarial perfecto" (Revista del Colegio de Escribanos de Entre Ríos, año 1957, ps. 273 a 293 y 1958, ps. 21 a 46).

I. UNILATERALIDAD Y BILATERALIDAD DEL MANDATO

El mandato se da, por lo general, en interés del mandante. Esto es ya un lugar común, un axioma. Cuando así sucede el mandato es gratuito y estamos en presencia de un contrato unilateral. Este es el caso típico del mandato revocable. (Salvat, *Contratos*, parágr. 1745).

Anteriormente hemos dicho con error —que hoy rectificamos ("Mandatos", parágr. 51 y 56)— que la revocabilidad es de la *esencia* del mandato. Debimos decir, en cambio, que ser revocable es de su *naturaleza* pero no de su *esencia*, porque si fuera en esta última forma no podríamos hablar nunca de su *irrevocabilidad*.

El interés del mandante debe existir siempre, aun cuando, como veremos, nuestro código contiene una excepción (art. 1982, última parte). Además puede existir interés del mandatario, por ejemplo en el mandato oneroso y especialmente el que se da para juicios. También puede haber interés de un tercero.

Aquí, en estos dos casos, ya podemos encontrarnos frente a mandatos irrevocables, puesto que el mandato adquiere carácter sinalagmático y bilateral, crea derechos y obligaciones para el mandante y el

mandatario o para el mandante y un tercero. "Los contratos se denominan en este código unilaterales o bilaterales... Los segundos cuando las partes se obligan recíprocamente la una hacia la otra" (art. 1138 cód. civil). "Cuando los contratos impusieren a las dos partes obligaciones recíprocas, tendrán la denominación de bilaterales o sinalagmáticos", dice el art. Nº 441 de Freitas.

Aubry y Rau (p. 185) piensan, sin embargo, que la sola estipulación de una retribución no basta para convertir al mandato en bilateral ni irrevocable, ya que el interés del mandatario se satisface con dejar a salvo el derecho al cobro de dicha retribución y los daños que ocasionare a dicho mandatario la revocación intempestiva, para volver al principio de la revocabilidad. *Lafaille* (p. 90), en cambio, pone como ejemplo de mandato excepcionalmente bilateral aquél en que se ha pactado una retribución al mandatario, y en el mismo sentido se decide *Salvat* en su parágrafo 1746.

Machado, al comentar el art. 1982, critica que el mandato subsista después de la muerte cuando ha sido dado sólo en interés de un tercero. Cree que siempre debe existir el interés del mandante, pero ante el texto claro del artículo comentado "*debe estarse —dice— al texto de la ley*" (Ver nuestro caso 6º).

El tema que tratamos encara el mandato como contrato y no las otras representaciones. Es decir, que nos ajustamos a las normas especiales previstas por el *Codificador* a partir del art. 1869. Por eso dejamos de lado en el comentario el caso de la irrevocabilidad o subsistencia del mandato para después de la muerte, dado al socio administrador, del art. 1977, última parte.

Casi todos los tratadistas que se ocupan de este asunto hacen notar que el mandato tiene características propias dentro de la generalidad de los contratos. Esas características son, precisamente, estos aspectos de la *revocabilidad* y la *cesación por muerte* de las partes, y encuentran lógica esa diferencia:

1º. — *Porque el mandato es un acto de confianza*: "El mandato, dice *Ortolán* (p. 385), toma su origen de la religión y de los buenos oficios de la amistad... Tomando la mano del amigo en quien uno deposita su confianza, en su mano se recibía la fe prometida, se le encomendaba el cuidado de sus intereses y él aceptaba ese encargo", agregando más adelante que el propio nombre "mandatum" significaba mano dada y recibida. En concreto, acto de confianza.

2º. — *Porque el mandato, en el derecho civil, es comúnmente gratuito y unilateral* y esas dos características autorizan a disolver el contrato por una sola de las partes.

3º. — *Porque casi siempre es un contrato en que se ha tenido muy en cuenta la persona (intuitu personæ)*. *Planiol* (parágr. 2261) se explica que así sea, y con mucha justicia, cuando se trata del mandatario, pero no encuentra muy justificada la diferencia con los otros contratos cuando lo que está en juego es la persona del mandante. Para él no debiera disolverse el contrato —por razón de la persona— en caso de muerte de éste, mientras que *Colin* y *Capitant* (p. 6871) lo encuentran natural.

La confianza, la experiencia, la competencia del mandatario no pueden presumirse en sus herederos, como lo expresa, entre otros, *Pont* (parágrafo 1133).

4º. — *Porque el mandante da el poder para hacer por medio de otro lo que él mismo puede hacer* y tal como lo señala, también, *Pont* en el mismo parágrafo 1133, su muerte impide que él mismo siga actuando y menos puede hacerlo su mandatario.

“El mandato no se parece en esto a los otros contratos que no se disuelven sino por la voluntad común de las partes y a los cuales la muerte no aporta ningún cambio”, dice *Troplong* en el parágrafo 721.

En resumen: a) *Naturalmente* el mandato es un acto de confianza, un contrato unilateral, gratuito, dado *intuitu personæ* y un acto personal del mandante y, por eso, revocable a voluntad de éste; b) *Excepcionalmente*: es bilateral y, en esos supuestos, puede ser tácita o expresamente irrevocable.

Además, en el caso de bilateralidad, la muerte del mandante puede no hacerlo cesar, ya sea: a) Por la necesidad tácita de su contenido u objeto; b) Por convenio expreso.

Jurisprudencia

Se ha resuelto que la estipulación de una remuneración (LL-V-99), o la circunstancia de tratarse de un mandato oneroso (DJBA-943-6-941), ni la promesa del mandatario de adelantar fondos al mandante (DJBA-943-6-941), tornan irrevocable el mandato y que la revocabilidad no necesita estipularse cuando sólo hay interés del mandante (LL-XI-262).

II. CASOS

Trataremos paralelamente los casos de irrevocabilidad y los de subsistencia del mandato después de la muerte del mandante porque guardan relación entre ellos. Acerca de la muerte del mandatario, que no ofrece problemas de mayor monto, haremos una breve referencia final.

A. IRREVOCABILIDAD

Este tema admite una subdivisión en dos partes: a) La irrevocabilidad del mandato en vida del mandante; b) La irrevocabilidad del mandato después de la muerte del mandante.

a) *Irrevocabilidad en vida del mandante*

I. — *Doctrina uruguaya y francesa*. El código civil uruguayo no contiene una disposición expresa acerca de la irrevocabilidad, como la de nuestro art. 1977.

Por eso será útil hacer una digresión extraída de lo que ocurre en el derecho francés:

Colombo (Leonardo A.) en su colaboración publicada en *La Ley* (tomo 78, pág. 707) bajo el título de “El mandato irrevocable” infor-

ma, a través de la opinión del profesor Perrot, emitida en Jornadas de Derecho Comparado realizadas en Montevideo en 1954, que el derecho francés carece de disposiciones precisas en materia de irrevocabilidad, pero la jurisprudencia ha elaborado allí, una teoría de la irrevocabilidad, distinguiendo una absoluta y otra relativa.

1. — La irrevocabilidad absoluta tiene origen en la voluntad de los contratantes (no afectando al orden público) y en la naturaleza misma del mandato (cuando integre un complejo de relaciones que sean irrevocables).

Se asienta en la teoría de la causa - fin. El intérprete se pregunta cuál fué la intención final de las partes y la irrevocabilidad del complejo se comunica o trasmite al mandato. (La irrevocabilidad del contrato al cual accede el mandato "lo avasalla" y somete a tal condición).

2. — La irrevocabilidad relativa, no expresa, ha sido creada también por la jurisprudencia francesa aplicando las siguientes teorías:

a) La teoría del abuso del derecho para proteger la situación del mandatario frente al mandante, aun cuando pone el *onus probandi* a cargo del mandatario.

Todo se resuelve, sin embargo, en el pago de daños.

b) La teoría de la apariencia (aplicada en el derecho en otros casos como en el del heredero aparente, que aquí sería el mandato aparente) para proteger a los terceros de buena fe, que ignorasen la revocación. Esta interpretación se basa en los artículos 2005 y 2009 del código francés.

Con motivo de nuestra intervención en el curso sobre "El documento notarial y su eficacia", organizado por la Facultad de Derecho de Montevideo, hemos podido conocer en extenso el debate mantenido el 1º de octubre de 1954, sobre el tema "Mandato irrevocable" (Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de Montevideo, año VI, Enero-Junio 1955, Nros. 1 y 2, ps. 355 a 396), y transcribimos en un anexo final las referencias más directas sobre este tema, principalmente en cuanto interesan a la vinculación con el derecho uruguayo, al cual, por nuestra parte, nos referiremos en notas cada vez que sea oportuno.

II. — *Derecho argentino*. El código, después de haber consignado la regla general de que "*El mandante puede revocar el mandato siempre que quiera, y obligar al mandatario a la devolución del instrumento*" (artículo 1970) ⁽¹⁾ enumera en el art. 1977 ⁽²⁾ tres casos de irrevocabilidad:

1. Cuando "hubiese sido la condición de un contrato bilateral";
2. Cuando hubiese sido "el medio de cumplir una obligación contratada";
3. "Cuando un socio fuese administrador de la sociedad, por el contrato social, no habiendo justa causa para privarlo de la administración".

(1) Código uruguayo. Art. 2087: El mandante puede revocar el mandato cuando le parezca, y obligar al mandatario, si fuere necesario, a que le devuelva el instrumento que encierra la prueba del mandato.

(2) No tiene equivalente en el Código uruguayo.

Hemos dicho antes que el tercer caso no será materia de nuestro estudio en este lugar sino cuando tratamos de las sociedades. Nos limitaremos a los dos primeros.

La interpretación del mandato, en tales supuestos, ofrece dos posibilidades: 1º) Que la interpretación deba basarse en la voluntad expresa de las partes; 2º) Que deba basarse en la voluntad tácita.

Si el mandato ha sido la *condición de un contrato bilateral* y esa condición está *expresa* en dicho contrato bilateral, la misión del intérprete será simple, más aún si en el propio mandato se manifiesta el carácter irrevocable y se menciona el contrato bilateral al cual está ligado como un accesorio. Esto es lo más aconsejable desde el punto de vista notarial. Cualquier omisión en este aspecto sería imprudente.

Si falta la expresión de la irrevocabilidad en el texto del mandato o falta la referencia al contrato bilateral que autoriza su condición de irrevocable, la misión del intérprete será buscar la intención de las partes, encontrar el contrato bilateral, conectarlo con el mandato para decidir cuál ha sido la voluntad *tácita* que permita asignar carácter de irrevocable a tal mandato.

Cuando el mandato hubiese sido *el medio de cumplir una obligación contratada* podemos hallarnos, también, ante los dos supuestos de que en la obligación y el mandato se haya dicho expresamente la condición de irrevocabilidad o que sólo pueda inferirse por una manifestación tácita.

Las dificultades de la interpretación serán las mismas que en el caso anterior.

En este segundo supuesto de irrevocabilidad puede suceder con más frecuencia que la voluntad de las partes se encuentre tácita en el mandato, pero, siempre, la intervención notarial debe procurar que se nalle expresa en toda su extensión: tanto en la obligación contratada como en el mandato.

Otras opiniones del Dr. Colombo

El Dr. Colombo, en su ya recordado trabajo, considera que no habiendo interés en el mandatario nada impide que las partes pacten la irrevocabilidad por el principio de la autonomía de la voluntad, pero en tal caso, cabría revocar por mora o negligencia.

Considera que en los casos del art. 1977 de nuestro código, se configuraría una irrevocabilidad absoluta.

El Dr. Colombo enumera, como causas de extinción de la irrevocabilidad las siguientes: 1º) Vencimiento del plazo convenido; 2º) Estipulación expresa entre mandante y mandatario; 3º) Conclusión o fracaso del negocio; 4º) Desaparición del interés; 5º) Culpa del mandante o mandatario; 6º) Fallecimiento o incapacidad del mandante o mandatario.

Hemos visto que la última causa de extinción no es compartida por nosotros, ya que, basada en la doctrina que citamos, se llega a la conclusión de su mantenimiento después de la muerte.

Jurisprudencia:

La irrevocabilidad pactada es siempre relativa, responsabilizando al mandante por la ruptura intempestiva del mandato (DJBA-943-6-941); también cuando se trata de poderes para juicios (LL-37-792) y en todo caso la situación se resuelve en daños y perjuicios (LL-37-792).

La sola circunstancia de correlacionarse con un contrato bilateral no torna irrevocable el mandato (DJBA-943-6-941); pero sí cuando es anexo a un pacto de cuota litis (DJM-944-3-2). Si no es condición de un contrato bilateral o el medio de cumplirlo, el mandato es revocable (JA-1947-2-736).

El contrato bilateral debe existir entre mandante y mandatario, no entre mandante y tercero (LL-37-792) —criterio que no compartimos—; el mandatario del cedente no puede invocar la irrevocabilidad pactada entre cedente y cesionario, en el contrato de cesión (LL-37-792).

b) La irrevocabilidad del mandato después de la muerte del mandante será tratada en los párrafos siguientes.

B. MUERTE

Los casos de subsistencia del mandato, mandato *post-mortem* y mandato póstumo, según lo calificamos en el título, son variados y, a los efectos de su estudio, proponemos la siguiente sistematización:

a) Casos normales; b) Casos de excepción; c) Casos de los herederos menores o incapaces; d) Casos de acontecimientos que pueden asimilarse a la muerte. Los trataremos en ese orden:

a) *Casos normales*

Los calificamos como normales porque el mandato sigue subsistiendo después de la muerte o acontecimiento similar, no en forma transitoria, sino definitivamente, hasta su cumplimiento total.

Son seis y su enumeración es la siguiente:

1º) Mandato irrevocable como condición de un contrato bilateral (art. 1977 e interp.); 2º) Mandato irrevocable como medio de cumplir una obligación contratada (art. 1977 e interp.); 3º) Mandato que debe ser cumplido después de la muerte del mandante (art. 1980); 4º) Mandato que debe ser continuado después de la muerte del mandante (art. 1980); 5º) Mandato que ha sido dado en el interés común del mandante y mandatario (art. 1982) y 6º) Mandato que ha sido dado en el interés de un tercero (art. 1982).

1º) *Cuando el mandante ha renunciado a su facultad de revocar como condición de un contrato bilateral*, es lógico que sus herederos deban respetar esa convención. Como contrato bilateral y sinalagmático, el mandato, ya lo hemos visto, vuelve a recibir la aplicación de las normas generales de los contratos y, entre ellas, la del artículo 1195 del Código Civil que extiende esos efectos activa y pasivamente a los herederos y sucesores universales, con la salvedad de aquellos inherentes a la persona, o que por disposición expresa de la ley, cláusula de un contrato o naturaleza del contrato, no pudiera tener ese efecto.

Pero en nuestro caso la naturaleza del contrato cambia, y hay una cláusula expresa que, por el contrario, le confiere irrevocabilidad y no puede retirársele, al mandatario, unilateralmente, (*Aubry y Rau*, art. 1856, ap. 2, Código francés), así como toda vez en que aparezca netamente el pensamiento de las partes en el sentido de que el fallecimiento no debe impedir la ejecución (*Pont*, parág. 1144).

Freitas, en su art. 3031 inc. 3º, es más amplio que nuestro Código. Dice con mucha claridad que el mandato es irrevocable, cuando se hubiere convenido que el mandante no puede revocarlo. Luego cita en sus incisos 2º) y 3º), los tres casos que recogió nuestro *Codificador* en el art. 1977 y se remite a su art. 441, que ya hemos visto, en el que, en forma similar a nuestro art. 1138 expresa: “*Cuando los contratos impusieren a las dos partes obligaciones recíprocas tendrán la denominación de contratos bilaterales o sinalmáticos*”. (3)

En forma también muy clara determina en el art. 3038 inc. 2º) que el mandato “*No se resuelve por el fallecimiento del mandante o del mandatario*” cuando fuere irrevocable en los casos del art. 3031 núm. 2 (condición de un contrato bilateral o medio de cumplir una obligación contraída).

Por su parte *Machado*, en forma similar entiende, al comentar el art. 1980, que “*cuando el mandato fuera irrevocable, en los casos del art. 1977*” subsiste después de la muerte.

Estamos, pues, frente a un primer caso en que el mandato continúa subsistiendo o debe cumplirse pese a la muerte del mandante, con la particularidad de que sus herederos no pueden revocarlo porque su causante ha renunciado a esa facultad.

2º) Cuando el mandante ha renunciado, también, a su facultad de revocar por ser *el medio de cumplir una obligación contratada*, o cuando el mandato, por la misma causa, es razonablemente irrevocable, debemos aplicar los mismos principios mencionados en el apartado anterior.

3º) *Cuando el mandato debe ser cumplido después de la muerte del mandante* (art. 1980). (4)

En el primitivo derecho romano, según *Arias Ramos*, no se admitió la subsistencia del mandato *post-mortem*, el que se aceptó recién a partir del Derecho Justiniano, por lo menos en cuanto a su ejecución por los herederos del mandatario.

Este autor, como *Maynz*, cita los casos en que se da el encargo de realizar algo después de la muerte o cuando el negocio que forma el ob-

(3) Código argentino. Art. 1138: Los contratos se denominan en este código unilaterales, o bilaterales. Los primeros son aquellos en que una sola de las partes se obliga hacia la otra sin que ésta le quede obligada. Los segundos, cuando las partes se obligan recíprocamente la una hacia la otra.

Código uruguayo. Art. 1248: El contrato se llama unilateral cuando impone obligación a una de las partes solamente; y bilateral o sinalmático cuando impone a las dos partes obligaciones recíprocas.

(4) Código argentino. Art. 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 la muerte. El negocio debe ser continuado, cuando comenzado hubiese peligro en demorarlo.

Código uruguayo. Art. 2096: No se extingue por la muerte del mandante el mandato destinado a ejecutarse después de ella.

Tendrá lugar esta disposición, aunque los herederos fueran menores o incapaces.

jeto del mandato es de tal naturaleza que no puede cumplirse sino después de la muerte del causante.

Los tratadistas franceses, citados por el *Codificador*, desde *Pothier*, citan la ley 12, parág. 17, y la ley 13 (*Ut post-mortem sirbi monumentum fieres. Ut post-mortem heredibus meis emeris fundum*). O sea, respectivamente construir un monumento funerario en memoria del mandante y comprar un fundo para sus herederos. *Pothier*, parág. 108 y *Duranton*, parág. 284.

Ejemplifican, *Aubry y Rau*, con el mandato dado al depositario de devolver el depósito a un tercero después de la muerte del mandante (pág. 188).

Troplong, después de citar los mismos ejemplos, da las siguientes razones: "*La obligación ha tomado nacimiento en vida del mandante. Poco importa que la ejecución esté diferida para después de su muerte. La voluntad de las partes ha podido derogar la regla ordinaria que pone fin al mandato desde el deceso del mandante*".

Lo que debe considerarse, según *Pont*, en el caso de no constar la intención expresa de las partes, es si esa interpretación puede inducirse de la naturaleza del negocio, "*por ejemplo si ese negocio no puede o no debe ser cumplido o terminado sino después del deceso del mandante*", (parág. 1145 al que se remite *Segovia*). Coinciden *Colin y Capitant* (pág. 687) dando el ejemplo del albaceazgo.

En este caso, como en el siguiente, el mandato, a diferencia de los casos 1º), 2º), 5º) y 6º) puede ser revocable, ya que son supuestos en que no hay necesariamente bilateralidad. En estos dos (3º y 4º casos) los herederos, pues, podrán cambiar de mandatario o asumir personalmente la tarea de cumplir la voluntad de su causante, pero la subsistencia del mandato es evidente si no sucede la revocación expresa y el mandatario puede cumplir la obligación o el contrato aún muerto el mandante.

La irrevocabilidad, por lo tanto, si no está expresa o tácita en el contenido del mandato, no rige fundamentalmente para los dos casos presentes: cumplimiento o continuación del negocio después de la muerte del mandante.

Lo verdaderamente importante desde el punto de vista notarial es la subsistencia del mandato que, al no cesar por la muerte, permite al mandatario seguir representando al mandante, cumplir su cometido sin los requisitos engorrosos y dilatorios de la sucesión y rendir cuentas, luego, a los herederos. Los terceros resultan ampliamente beneficiados al poder cumplir el contrato en esta emergencia y debiera, por ello constituirse en norma corriente en todo contrato sujeto a cumplimiento diferido.

4º) *Cuando el mandato debe ser continuado después de la muerte. Freitas* en su art. 3088 se refiere a este caso en los siguientes términos: "*No se resuelve por el fallecimiento del mandante o del mandatario: 1º) Cuando se hubiere convenido su continuación, no obstante el fallecimiento*", palabras que repite *Machado* en su comentario al artículo 1980, como el primero de sus ejemplos.

Salvat en el parág. 1953 analiza los dos casos que deben ser

continuados después de la muerte: el primero de acuerdo con el art. 1980 2ª parte: Cuando comenzado hubiere peligro en demorarlo —situación que trataremos entre los casos de excepción— y el segundo cuando ha sido dado en interés común del mandante y mandatario o en el interés de un tercero (art. 1982) y explica en el parág. 1954 que si la voluntad tácita del mandante puede dar lugar a la prosecución del mandato después de la muerte, con mayor razón debe admitirse el caso en que existe voluntad expresa.

Por lo demás es de aplicación en este caso lo dicho con referencia al anterior, o sea al mandato que debe ser cumplido después de la muerte del mandante.

5º) *Cuando ha sido dado en el interés común del mandante y mandatario* (art. 1982). (5)

Este artículo parece ejemplificar los casos del art. 1980 para aquellos mandatos que deben ser *continuados* después de la muerte del mandante, con dos supuestos, uno que recogemos aquí y otro en el punto siguiente.

El *Codificador* cita, en su nota a *Aubry et Rau* pará. 416, *Troplong*, Nº 718 y *Duranton*, tomo XVIII, Nº 284.

El primero de estos autores se refiere al mandato que hubiere sido calificado de irrevocable por el mandante, en interés común de ambas partes en cuyo caso, a su juicio, el mandante se encontraría comprometido a no revocar y, luego con las mismas palabras de nuestro código expresa: “*El mandato continúa subsistiendo, después de la muerte del mandante, cuando él ha sido dado en el interés común de éste último y del mandatario o de un tercero*”.

Nuestro texto está evidentemente tomado de este autor, quien por su parte hace referencia a las otras dos citas (*Troplong* y *Duranton*) en las que no hay novedades que señalar, salvo que *Troplong* trae como ejemplo —que se cita generalmente por los autores— el del *procurator in rem suam*.

Pont (parág. 1140), los considera subsistentes por el carácter de contratos bilaterales o sinalagmáticos.

En el mismo sentido se expide *Lafaille* (parág. 179) “*porque en estos casos es un contrato complejo que interesa no solamente al poderdante sino también a otras personas*”.

Podría pensarse que este caso y el subsiguiente fueran iguales a los que hemos tratado en los puntos 1º y 2º, pero no es así siempre.

Aquí la subsistencia después de la muerte proviene del mismo mandato: interés del mandante y mandatario. Allí la subsistencia proviene de un contrato bilateral en el que el mandatario puede no estar interesado.

(5) Código argentino. 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.

Código uruguayo. Art. 2098: También continúa subsistiendo el mandato 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.

Aquí no hay necesariamente irrevocabilidad, sino sólo subsistencia para después de la muerte. Allí, en cambio, hay subsistencia e irrevocabilidad.

Pongamos ejemplo de uno y otro: 1º) Ticio da poder a Cayo para que tramite un pleito, pactando cuota litis. Cayo está fundamentalmente interesado en terminar por sí mismo ese pleito. No puede cesar este mandato por muerte de Ticio.

2º) Ticio conviene con Cayo en venderle un fundo cuando se divida un condominio y, como condición impuesta por Cayo, da poder irrevocable a Mevio para promover y obtener la división de ese condominio. Es irrevocable y no cesa por la muerte de Ticio. (Caso 1º).

En el primer supuesto hay interés del mandante y mandatario (Caso 3º), mientras que en el segundo el mandatario carece de interés en el contrato bilateral entre Ticio y Cayo.

Jurisprudencia:

La revocación del mandato irrevocable procede por culpa del mandatario (LL-63-421), o cuando el mandatario ha descuidado los intereses del mandante, aunque no le cause daño (JT-69-280).

El mandato es irrevocable en el caso del *procurator in rem suam* (LL-XI-262), como cuando se adelanta fondos a una sucesión insolvente, se está en presencia de uno de esos casos (JA-948-1-725) y también cuando se ha dado para garantizar el cumplimiento de un contrato entre mandante y mandatario (LL-51-883).

6º) El último de los casos que hemos calificado como *normales* es aquel en que el mandato ha sido dado *en interés de un tercero* (art. 1981).

Hemos dicho que la expresión ha sido tomada textualmente de *Aubry y Rau* (parág. 416, punto 3º, últ. pár.).

Segovia critica esta disposición en la nota 118 a este artículo (pág. 560), como en la nota 33 (pág. 540) porque considera que no puede haber sólo interés de un tercero, sino que *siempre debe haber, además interés del mandante* porque si no no habría mandato (artículo 1871, hoy art. 1869) "*ni acción porque sin interés no hay acción*" (6). Y afirma que las palabras "*en el interés*" de un tercero no existen en *Aubry y Rau* y efectivamente, como lo hemos transcrito antes, estos autores dicen: "En el interés del mandante y del mandatario, o de un tercero", indicando así que el mandante debe estar siempre interesado. Según *Segovia*, en el parág. 410, estos autores lo sostienen expresamente. Hemos visto también que *Machado* se pronuncia en este sentido, pero respetando las expresiones de la ley. Por lo demás, el artículo 1892 confirma la posibilidad de que, en nuestro derecho, el man-

(6) Código argentino. Art. 1869: El mandato, como contrato, tiene lugar cuando una parte da a otra poder, que ésta acepta, para representarla, al efecto de ejecutar en su nombre y de su cuenta un acto jurídico, o una serie de actos de esta naturaleza.

Código uruguayo. Art. 2051: El mandato es un contrato por el cual una de las partes confiere a otra, que lo acepta, el poder para representarla en la gestión de uno o más negocios por cuenta, y riesgo de la primera.

Los negocios ilícitos o contrarios a las buenas costumbres no pueden ser objeto del mandato.

dato pueda darse sólo en interés de un tercero. Prohíbe, solamente, que sea dado en el interés exclusivo del mandatario: "El mandato puede tener por objeto uno o más negocios de interés exclusivo del mandante, o del interés común del mandante y mandatario, o del interés común del mandante y de terceros *o del interés exclusivo de un tercero*; pero no en el interés exclusivo del mandatario". (7)

Lafaille (parág. 179) lo admite en el interés del mandante y un tercero o sólo en interés exclusivamente de este último, aun cuando agregando "*en estipulaciones por otro*".

En derecho vigente, pues, debemos admitir el caso de un mandato dado sólo en interés de un tercero.

Aceptado, en consecuencia, que el mandato subsiste después de la muerte del mandante cuando hay interés de un tercero, aunque sea raro, queda consignado un nuevo caso, el sexto de nuestra enumeración, en que persiste la vigencia del mandato póstumo.

Jurisprudencia:

Pactado el mandato en interés de un tercero subsiste después de la muerte y es irrevocable (LL-37-792; LL-9-530), así como también el que se ha dado para escriturar un inmueble vendido por el mandante (LL-9-530).

b) *Casos de excepción*

La irrevocabilidad o la no caducidad por muerte son excepciones dentro de la figura del mandato y, por lo tanto, los casos que aquí vamos a tratar, al ser una excepción de la excepción, que se resuelven aplicando las normas corrientes del mandato.

El mandato continúa subsistiendo después de la muerte o de haber sido revocado, en los dos casos siguientes:

1º) Cuando el mandatario —o los terceros con quienes contrató— *no hayan sabido o podido saber la cesación*.

2º) Cuando la continuación *no admite demora o habría peligro en la demora*.

Consideramos de excepción estos dos casos porque la *continuación es transitoria*. El mandato ha cesado pero el mandatario continúa obligando válidamente al mandante por un tiempo y por razones de equidad o de necesidad.

1º) "*Para cesar el mandato en relación al mandatario y a los terceros con quienes ha contratado, es necesario que ellos hayan sabido o podido saber la cesación del mandato*" (art. 1964).

(7) Código uruguayo. Art. 2060: El mandato puede tener por objeto un negocio del interés exclusivo del mandante o del interés común del mandante y mandatario, o del interés común del mandante y de terceros o del interés exclusivo de un tercero; pero no puede tener por objeto el interés exclusivo del mandatario.

El encargo que interese exclusivamente al mandatario es un mero consejo que no produce obligación alguna, sino cuando se ha hecho de mala fe, y en este caso obliga a la indemnización de los daños y perjuicios que causare.

Son dos los intereses protegidos: los del mandatario y los de los terceros que con él han contratado.

Por eso, si el mandatario ignora, *sin culpa*, la cesación de su mandato y contrata con terceros que la conocían, obliga al mandante y a sus herederos o representantes porque estos debieron preocuparse por notificar al mandatario (art. 1966). (8).

Y recíprocamente, si los terceros ignoran *sin culpa*, la cesación del mandato y contratan con el mandatario que conocía esa cesación dicho contrato es obligatorio para el mandante, sus herederos y representantes (art. 1967), quedando las responsabilidades, a debatirse entre éstos y el mandatario.

Estos principios de equidad y utilidad vienen del derecho romano según *Ortolán* (p. 385, N° 10) y *Maynz* (p. 291, N° 224).

Freitas en su art. 3010 lo dice con la fórmula inversa: "No será obligatorio para el mandante, sus herederos o representantes, todo lo que se hiciere con conocimiento o ignorancia imputable de la cesación del mandato". Este artículo es semejante al 1965 de nuestro código.

El código francés (art. 2008) y el español (art. 1738) se refieren sólo al mandatario que ignora la muerte o las otras causas de cesación del mandato, norma que se justifica *æquitatis causa* según *Durantón* (p. 278 N° 283) frente a terceros de buena fe (art. 2009 cód. fr.).

Troplong se refiere a estos acontecimientos en la misma forma en sus parágrafos 724 a 726 diciendo entre otras cosas: "el mandato ha cesado pero sus efectos se continúan por la ignorancia de buena fe de esa cesación y está en manos del mandante o sus herederos capaces y de los representantes de los incapaces hacer cesar, esos efectos".

La notificación del acontecimiento se realizará por cualquier medio y bastará cualquier forma directa o indirecta de conocimiento por el mandatario y los terceros, siempre que pueda probarse.

Los Registros de Mandatos son un medio supletorio para esta información en los casos de revocatoria, aunque menos eficaces para los supuestos de fallecimientos. En estos Registros, donde existen deben anotarse las causas de cesación de los mandatos y solicitarse certificaciones previas de vigencia cuando se los va a utilizar.

En esa forma el mandatario y los terceros no pueden alegar buena fe. Nos remitimos, además, a lo dicho en los parágrafos 48 y 63 de nuestro cuaderno: "Mandatos".

Creemos que la sola inscripción no supe a la información que debe darse a los terceros y al mandatario ni puede equipararse lisa y llanamente al caso de la mala fe. Ambas cosas sucederían sólo cuando

(8) Código uruguayo. Art. 2102: En general, todas las veces que el mandato expira por una causa ignorada del mandatario, lo que éste haya hecho en la ejecución del mandato será válido, y dará derecho a terceros de buena fe contra el mandante.

Este quedará también obligado, como si subsistiera el mandato, a lo que el mandatario, sabedor de la causa que lo haya hecho expirar, hubiere pactado con terceros de buena fe; pero tendrá derecho a que el mandatario le indemnice.

Cuando el hecho que haya dado causa a la expiración del mandato hubiese sido notificado al público por los periódicos, y en los casos en que no pareciere probable la ignorancia de tercero, podrá el juez, en su prudencia, absolver al mandante.

se requiriera un informe al Registro, en cuya oportunidad llegaría a ellos la noticia de la cesación. Es decir que la inscripción por sí sola no reemplaza a la notificación y solamente puede servir para fundar una presunción de conocimiento indirecto o mala fe.

Conocida la causa de cesación, el escribano debe preocuparse porque llegue a conocerse el hecho por el mandatario y los terceros y formalizar la prueba por escrito. Los documentos notariales ofrecen una gama de medios adecuados: El acta de notificación en el protocolo; o la notificación en documento privado en que el escribano afirme bajo fe notarial el incumplimiento de la diligencia; o la remisión de correspondencia con intervención notarial.

Jurisprudencia:

No cesa el mandato por muerte cuando el juicio se inicia después del fallecimiento del mandante (LL-2-119), aun cuando el mandatario o los terceros tengan conocimiento de la muerte (LL-2-726), sino desde que se prueba ese conocimiento (LL-2-726; LL-10-75; LL-2-119), para lo cual debe denunciarse en el juicio (LL-31-612; LL-34-498) y procede llamar la atención al mandatario que oculta el fallecimiento de su mandante (CSN-196-572), hecho que debe probarse como tal mediante la partida de defunción (RSF-10-21). El mandato no cesa automáticamente por el fallecimiento, sino que debe conocerse esta circunstancia (LL-32-702).

El resolver la cesación por muerte depende del carácter de los trámites pendientes (LL-14-597).

La ignorancia debe ser inculpable (LL-2-120), lo que se presume (LL-2-120) siendo independientes la buena fe en el mandatario y en los terceros (LL-2-120), y la actuación de aquél obliga a los herederos del mandante (JM-7-416), pues es necesario que aquéllos (mandatario o terceros) "hayan sabido o podido saber" la muerte (LL-34-498).

2º) El artículo 1966 del cód. civil dispone con carácter general que la ejecución del mandato *debe continuarse cuando los negocios comenzados no admiten demora.* (9).

Por su parte, el art. 1980 del mismo código, luego de asentar el principio "normal" de continuidad del mandato después de la muerte, agrega: *"El negocio debe ser continuado, cuando comenzado hubiere peligro en demorarlo"*.

(9) Código argentino. Art. 1969: No obstante la cesación del mandato, es obligación del mandatario, de sus herederos, o representantes de sus herederos incapaces, continuar por sí, o por otros, los negocios comenzados que no admiten demora, hasta que el mandante, sus herederos o representantes dispongan sobre ellos bajo pena de responder por perjuicio que de su omisión resultare.

Código uruguayo. Art. 2094: Sabida la muerte del mandante, cesará el mandatario en sus funciones; pero si de suspenderlas se sigue perjuicio a los herederos del mandante, será obligado a finalizar la gestión principada.

Art. 2095: En caso de muerte del mandatario, sus herederos que fueren hábiles para la administración de sus bienes, deberán hacer saber al mandante el fallecimiento, y mientras reciban nuevas órdenes, cuidarán de los intereses de éste y concluirán los actos de gestión empezados por el mandatario, si de la demora pudiera resultar algún daño al mandante.

¿Es éste el único caso de continuación del mandato después de la muerte?

El código francés no contiene una disposición similar al nuestro. Sólo existen allí las normas generales: el art. 1991, 2ª parte, que obliga al mandatario a "*terminar la cosa comenzada, al deceso del mandante, si hay peligro en la demora*" y el art. 2010 que se refiere a la muerte del mandatario, principio semejante al art. 1373 sobre el cuasi contrato de gestión.

Aubry y Rau (parág. 416, p. 188) y *Troplong* (parág. 728 y 740) citados en la nota del artículo 1980 no aluden a este problema. Así como tampoco *Pont* (parág. 1144), *Planiol* (parág. 2262, última parte) y *Colin y Capitant* (p. 687) quienes comentan con carácter general los artículos 1991 ap. 2 y 2010, ya que los textos de los artículos del código francés no son iguales al nuestro.

Freitas trata de la obligación de continuar "*los negocios comenzados que no admitieren demora*" en su art. 3018 y luego, bajo el título: "*Del fallecimiento del mandante y mandatario*, expresa el artículo 3037: "*Fuera de los casos declarados más abajo, todo mandato se resuelve por el fallecimiento del mandante o del mandatario... , pero "No se resuelve... Cuando se hubiere convenido su continuación no obstante el fallecimiento de uno u otro"* (art. 3038, inc. 1º).

Segovia (nota 117 al art. 1982, hoy 1980) opina que la frase final —que venimos considerando— podría haber sido suprimida porque es repetición del art. 1971, hoy 1969, que expresa: "No obstante la cesación del mandato, es obligación del mandatario, de sus herederos o representantes de sus herederos incapaces, continuar por sí, o por otros los negocios comenzados que no admiten demora, hasta que el mandante, sus herederos o representantes dispongan sobre ellos, bajo pena de responder por perjuicios que de su omisión resultare".

Estamos así en condiciones de responder a la pregunta que nos hemos formulado.

La frase final del artículo 1980 no restringe la interpretación del caso normal Nº 4 sólo a los negocios que deben ser continuados después de la muerte porque haya peligro en demorarlo. Esta frase es meramente ejemplificativa y reitera el art. 1969 del código civil.

Los casos de continuación del negocio por no admitir demora o mediar peligro, son de excepción —como lo hemos calificado—, y se convierten en verdaderas gestiones útiles más que en mandato.

Es de notar que aquí el mandatario conoce el acontecimiento de la muerte —a diferencia del caso anterior— y, a conciencia, sigue su actuación para hacer mérito al acto de confianza y podría sin riesgo ocultar el acontecimiento de la muerte o cesación a los terceros con quienes contrata.

La diligencia notarial estaría dirigida a procurar que los herederos del mandante asuman su actuación.

Estos mandatos no son típicamente de los que subsisten pese a la

muerte. Por el contrario, son de los que caducan y de allí su transitoriedad, su supervivencia limitada, en sus efectos —como dice *Troplong*— y con carácter excepcional.

Es una señalada diferencia entre los mandatos normales para después de la muerte, que subsisten y estos que caducan y persisten como gestión útil hasta que se les dé remedio.

Jurisprudencia:

El pedido de sentencia de trance y remate es trámite que no admite demora (LL-4-656), así como la producción de prueba si el juicio está abierto al efecto (LL-7-58); también la defensa contra un pedido de perención de instancia (LL-14-597); o la oposición de excepciones (LL-13-619); o la adopción de una medida conservatoria (LL-25-246), la reinscripción de una inhibición (LL-25-246), el alegato sobre el mérito de la prueba (JA-71-47); en general la tramitación de un expediente (LL-20-666; LL-41-101); la atención de un recurso extraordinario (LL-34-498); el estado de sentencia cuando el mandante se halla en el extranjero (LL-41-885); la interposición de un recurso de inaplicabilidad de ley (JA-946-3-701); las diligencias urgentes en causas criminales (LL-42-794); la interposición de recursos (LL-48-870); el escrito formulando la liquidación del capital adeudado (GF-188-264); el de expresión de agravios (LL-51-298); el pedido de embargo preventivo (LL-52-759) y en general la interposición de recursos (DJBA-951-33-759).

La actuación del mandatario, después de la muerte del mandante, debe limitarse a lo que no admite demora o implica peligro (JA-72-642), o cuando hay urgencia o peligro en la demora (JA-71-47), entre otros el acto de escriturar como consecuencia de un boleto firmado por el mandante, no es por sí solo de los casos del artículo 1969 (JA-70-621) —aunque por nuestra parte creemos que concurre el art. 1977—; ni la reposición del sellado (LL-31-826); ni la recepción de la prueba testimonial (LL-34-569), o de confesión (LL-58-425); ni el pedido de apertura a prueba (JA-945-3-849); quedando suspendidos los términos procesales (LL-58-425).

El mandatario no puede ser obligado a seguir actuando cuando no existe urgencia o peligro en la demora (JA-75-188).

c) CASO DE LOS HEREDEROS MENORES O INCAPACES

“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 hubiere otra incapacidad, se hallasen bajo la representación de sus tutores o curadores”. (art. 1981) (10).

(10) Código uruguayo. Art. 2096: No se extingue por la muerte del mandante el mandato destinado a ejecutarse después de ella.

Tendrá lugar esta disposición aunque los herederos fueren menores o incapaces.

Esta disposición del código nos plantea dos problemas:

1º) ¿Se refiere sólo al 4º caso normal o comprende a todos ellos?

2º) ¿Se refiere sólo a la representación por tutores o curadores o incluye también la patria potestad?

El *Codificador* reconoce en la nota que *Troplong* desde el parág. 734 está en contra y que hay gran cuestión entre los jurisconsultos. En efecto, dicho autor expresa que por un argumento ingenioso los doctores consideraban que el mandante "*de mayor que era, se ha vuelto menor; ha habido en su persona (representada por su heredero) un cambio de estado que anula el mandato*" y que esa razón podía apoyarse en el art. 2003 del cód. civil francés. Pero debe saberse que este artículo no es igual ni semejante al nuestro. Sólo enumera, entre las causas de terminación del mandato *l'interdiction*, para terminar reconociendo que esos doctores quieren que, si hay voluntad expresa o tácita del mandante "*el mandato no sea afectado por la minoridad del heredero*" (parágrafos 734 y 735).

Por su parte, *Pont* niega que pueda admitirse la caducidad del mandato por la minoridad del heredero. Por el contrario, cree que debe subsistir la voluntad del mandante que quiso que el mandato le sobreviviera (parágrafo 1145).

Freitas, en su art. 3039, se refiere solamente al caso en que se hubiera pactado que el mandato continuara después del fallecimiento del mandante y del mandatario, y decide que "*se resuelve, sin embargo, si los herederos fueren menores o tuvieran otra incapacidad*". Los dos problemas están allí resueltos: 1º) Sólo se afecta, en el "Esboço", el mandato dado para ser "continuado"; 2º) Caen en la cesación todos los casos de menores o incapaces.

Machado, al comentar el art. 1981, es muy claro sobre los dos aspectos que hemos planteado. Dice así: "*...pero no alcanza a los mandatos irrevocables, que tienen su origen en contratos bilaterales. Como excepción debe limitarse a lo estrictamente necesario; es decir, a aquellos mandatos donde se convino expresamente su continuación después de la muerte, o a aquellos negocios que por su naturaleza la exigieran después del fallecimiento*".

Agrega que esta excepción está tomada de *Freitas*, art. 3039.

"*Sólo comprenderá los casos en que los herederos menores o incapaces sean representados por sus tutores o curadores, siguiendo la regla (del art. 1195) en aquellos que sean representados por los padres, o las mujeres por sus maridos*".

Freitas, art. 3039 —sigue diciendo—, *no habla de representación y, por consiguiente, es más general. Este artículo sería mejor suprimirlo, porque introduce una gran perturbación en los principios que rigen la materia.*

Lafaille (parágrafo 179) y *Salvat* (parágrafo 1955) explican en forma breve que "*la razón es que los incapaces se encuentran bajo representación necesaria*", el segundo "*o que tienen una representación*

conferida por la ley, que sería incompatible con la de otro mandatario". Esta última frase —que es de Lafaille— está complementada con una referencia a los artículos 57, 58 y 59 del código civil, lo que induciría a pensar que este Maestro comprendía a todos los incapaces, cualquiera que fuese su representación.

Ateniéndonos al pensamiento de Machado, respondemos:

1º — El mandato que cesa por muerte del mandante cuando sus herederos son menores o incapaces, es el comprendido en el 4º caso normal de nuestra exposición, o sea aquel que debe ser *continuado* después de la muerte.

Los otros no se ven afectados por esos acontecimientos.

Nos induce a esta respuesta el siguiente razonamiento:

a) En los casos 1º y 2º se trata de mandatos irrevocables. El causante se ha desprendido de su facultad de revocar y lo ha hecho contractualmente rigiendo plenamente el art. 1195, que extiende el efecto de los contratos, activa y pasivamente, a los herederos o sucesores universales, sean capaces o incapaces, y las excepciones a esta regla deben ser estrictas.

b) En el caso 3º el objeto del mandato no es otro que su cumplimiento después de la muerte.

c) En los casos 5º y 6º hay también una relación contractual que debe respetarse por los sucesores.

d) En todos estos casos los representantes de los menores o incapaces, no asumen ninguna responsabilidad por la continuación del mandato.

e) El *Codificador*, si hubiera pensado en los demás casos, no hubiera usado reiteradamente en el texto del art. 1981 el verbo "*continuar*". Pone dos ejemplos y los dos de simple "*continuación*" del negocio.

2º — El mandato sólo cesa "*cuando los herederos fuesen menores, o hubiere otra incapacidad, y se hallaren bajo la representación de sus tutores o curadores*". No cesa, por lo tanto, cuando los incapaces se hallasen bajo la representación regida por la patria potestad. Así lo pensamos por las siguientes razones:

a) El *Codificador* conoció las disposiciones extensas de Freitas y se decidió por ésta, más restringida;

b) El código contiene disposiciones distintas para la patria potestad y la tutela o curatela y es lógico, así, que se las haya distinguido aquí también.

c) La expresión del código es clara y no admite la interpretación distinta.

Jurisprudencia:

No cesa el mandato cuando los menores quedan bajo la patria potestad (LL-11-530), ni por la designación de curador provisorio de una presunta insana (LL-13-121).

a) *ACONTECIMIENTOS QUE PUEDEN ASIMILARSE A MUERTE*

En teoría pueden citarse acontecimientos tales como la muerte civil, la muerte presunta y las disoluciones de las sociedades, como hechos cuyos efectos se asimilan a la muerte en la cesión o permanencia del mandato.

Los veremos sucesivamente, y veremos cuáles de ellos tienen aplicación en nuestra patria.

1. — *Muerte civil*. El código francés en su art. 2003 es de los que mencionaban a la muerte "*natural o civil*", como causa de extinción del mandato. Y así *Durantón* (parágrafo 283) explicaba que como la muerte civil daba lugar a la apartura de la sucesión, al igual que la muerte natural, era motivo de terminación del mandato. Era una aplicación del principio romano, según el cual toda *capitis diminutio* que privara al mandante de la facultad de disponer y de obligarse, ocasionaba la cesación del mandato, según palabras de *Maynz* (parágrafo 224).

Es obvio que entre nosotros se trata de una causal de interés puramente histórico. "*La muerte civil*, dice el art. 103 de nuestro código civil, *no tendrá lugar en ningún caso, ni por pena, ni por profesión en las comunidades religiosas*".

2. — *Muerte presunta*. Nuestro art. 1963, al enumerar las causas por las cuales se acaba el mandato, enuncia "*el fallecimiento del mandante o del mandatario*" (inc. 3º), y en las demás disposiciones se habla de la muerte.

Lafaille (parágrafo 180) considera que la *muerte presunta* de las personas de existencia visible "*hace caducar el mandato por la misma razón que la muerte*".

En nuestro derecho actual, después de la ley 14.394, puede todavía pensarse en dos casos distintos:

- a) El de la simple ausencia;
 - b) El de la ausencia con presunción de fallecimiento.
- a) Desde el art. 15 al 21, esta ley trata de la *simple ausencia*.

El art. 15 presupone la continuación de los poderes del mandatario, ya que solamente estipula la necesidad del nombramiento de un *curador de bienes*: I. Cuando no exista apoderado; II. O, si existiendo, sus poderes fueran insuficientes; III. O cuando no se desempeñare convenientemente el mandato; IV. O cuando dicho mandato hubiese caducado.

Debemos afirmar, por tanto, que la simple ausencia, aun declarada en juicio, no provoca la caducidad de los mandatos.

De todos estos el caso más dudoso sería aquel en que los poderes fueran insuficientes. Concurriría aquí el nombramiento de un curador de bienes. Pero no habría colisión en la permanencia de ambos representantes, puesto que el curador sólo sería un representante supletorio para aquello que no pudiera hacer el mandatario.

En cambio cuando el mandatario no desempeñare convenientemente el mandato, habría necesidad de declarar caduco o de revocar su

mandato. Entonces las personas interesadas en la declaración de simple ausencia y el ministerio público, de acuerdo con el art. 17 de la ley mencionada, podrían gestionar la destitución del mandatario o la revocación de su mandato, con la competente designación de un curador para los bienes. De acuerdo con el art 113 del cód. civil, una enumeración de tales personas sería la siguiente: Cónyuge del ausente; los herederos legítimos; los instituidos en un testamento abierto; los legatarios; los que tuviesen derecho a bienes poseídos por el ausente; los que tuviesen sobre esos bienes algún derecho subordinado a la condición de su muerte; también en el caso del extranjero, el cónsul respectivo.

b) A los *tres años* de la ausencia sin tenerse noticias del ausente, haya o no dejado apoderado; o a los *dos años*, si se encontró en un incendio, terremoto, acción de guerra u otro suceso semejante, susceptible de ocasionar la muerte, o en una empresa susceptible del mismo riesgo, sin noticias suyas; o a los *seis meses* si se hubiera encontrado el ausente en una nave o aeronave naufragada o perdida, sin noticias suyas, según los distintos supuestos de los artículos 22 y 23 de la ley 14.394, se le citará una vez por mes durante seis meses, por edictos, y se le designará un curador.

Pero, según la misma ley, art. 24, no procede la designación si "*hubiese mandatario con poderes suficientes*" o "*aquél desempeñase convenientemente el mandato*". Vale decir que es expresa la disposición de la ley sobre la continuación del mandato en estos casos.

Pasados seis meses de las citaciones (art. 26 ley 14.394) se declara el fallecimiento presunto, se fija el día presuntivo de la muerte, teniendo en cuenta los distintos casos que enumera el art. 27 de la misma ley y se abre una sucesión provisoria, preanotando los bienes a nombre de los herederos o legatarios, sin que éstos puedan disponer ni gravar sin autorización judicial (art. 28).

Estas dos que hemos visto son etapas previas: A) Desde que se promueven las acciones y durante los seis meses de edictos, con designación de curador; B) Desde el vencimiento de esos seis meses y la entrega provisoria de los bienes a los herederos y legatarios hasta la posesión definitiva que veremos más adelante.

Existe subsistencia del mandato en ambos casos porque todavía no se ha completado el proceso, y la ausencia, pese a una primera presunción del fallecimiento, no se asimila a la muerte. La vigencia del mandato otorgado por el ausente no ofrece dudas.

Luego encontramos otras dos situaciones:

A) Transcurridos *cinco años* desde el día presuntivo del fallecimiento, u *ochenta años* desde el nacimiento de la persona, se deja sin efecto la preanotación y los herederos o legatarios quedan en libertad para disponer de los bienes concluyendo, además, la sociedad conyugal, la que podrá liquidarse (art. 30 de la ley). Aun la reaparición del ausente, mantiene la disolución del vínculo.

De esta manera, hoy, *el efecto similar a la muerte natural es completo*, ya que ha desaparecido la antigua diferencia de los artículos 81

y 83 de la ley 2393 (de matrimonio civil), según los cuales el vínculo no se disolvía.

En este supuesto, por tanto, aplicamos las normas doctrinarias y legales que hemos asentado al hablar de la muerte del mandante.

B) El art. 33 de la ley tiene otra institución novedosa: Cuando la desaparición se hubiere producido en circunstancias tales que la muerte debe ser tenida por cierta, ya no hay dudas sobre el fallecimiento; no hay ausencia. En tal caso, si el cadáver no aparece o no es posible identificarlo, el juez podrá *tener por comprobada la muerte* y mandar inscribir el fallecimiento en el Registro respectivo.

Es un caso nuevo dentro de nuestro derecho, ya que antes no podía tenerse por acreditado el fallecimiento sino con vista del cadáver.

Siendo evidente la muerte, el juez declara fallecido al individuo y dispone la pertinente inscripción en el Registro Civil.

Aquí no hay una ausencia y una duda sobre la existencia o inexistencia de la persona. El hecho de su muerte es evidente.

El caso se equipara a las defunciones comunes y las consecuencias jurídicas son las mismas explicadas en los supuestos de muerte comprobada.

3. — *Persona jurídica. Disolución.* “Cuando el mandato emana de una sociedad, es decir de un cuerpo moral, la disolución del cuerpo equivale a un fallecimiento y se opera allí el efecto sobre el mandato”, dice Troplong (parágrafo 741), y del mismo modo se expresa para el caso de que la sociedad fuera mandataria (parágrafo 742).

Pont, en el parágrafo 1137 de su citada obra, menciona muchos ejemplos en que el mandato termina por la disolución de la sociedad o por la supresión de la corporación, o el establecimiento público, opinando que no puede continuar en la persona del liquidador.

Y entre nosotros Lafaille, en su recordado parágrafo 180, también asimila “la disolución de las personas jurídicas” a la muerte, como causa de caducidad del mandato.

Las sociedades disueltas entran en la etapa de la liquidación y durante ella su personería jurídica subsiste a efectos de liquidar los negocios pendientes. Esto sucede tanto en las asociaciones con personería jurídica como en las sociedades civiles y comerciales. Por esa razón es más fácil admitir la continuación del mandato irrevocable o que debe considerarse subsistente después de la muerte en los distintos casos normales y de excepción que hemos mencionado más arriba. En concreto, que se aplican las mismas normas del mandato ya referidas en este trabajo.

Jurisprudencia:

El fallecimiento de uno de los liquidadores de una sociedad no hace caducar el mandato dado por ellos (LL-3-885); ni el de un socio de una sociedad colectiva por tiempo indeterminado que no se disuelve por ese acontecimiento (GF-147-51; LL-20-425); LL-41-101); ni la disolución de la sociedad (LL-41-101).

III. FORMA DEL MANDATO PÓSTUMO

“Cualquier mandato destinado a ejercerse después de la muerte del mandante, será nulo si no puede valer como disposición de última voluntad”, dice el art. 1983 del código civil (11).

El *Codificador* no ha consignado ninguna nota a este artículo.

Existen dos interpretaciones de esta disposición: 1º) Que el mandato debe tener forma testamentaria; 2º) Que el mandato puede tener cualquier forma (según su objeto), pero mediante su ejecución no se debe afectar a los herederos en sus derechos hereditarios ni hacerse por medio del mandato lo que está prohibido en materia sucesoria, esto es, que la expresión “disposición de última voluntad” se refiere al contenido de la que hace el mandatario y no a la forma del mandato.

1. — *Straccha* citado por *Troplong* en su párrafo 728, expresaba que esos mandatos eran muy frecuentes “*en sus tiempos entre los comerciantes de Florencia*” y que “*ellos se daban por testamento*”, citando el mismo *Troplong* como ejemplo usual a los ejecutores testamentarios. Pero, como veremos más adelante, este autor parece participar de la segunda interpretación.

Messineo (tomo VIII, p. 73) piensa que el mandato “*post-mortem*” es el conferido por testamento con objeto no patrimonial, por lo general mandamientos con objetos familiares.

Y entre nosotros *Segovia*, en la nota 119 al art. 1983 (que en su obra lleva el número 1985) después de expresar que “*como disposición de última voluntad debe tener forma testamentaria*”, remite a los artículos 1792 (hoy 1790) y 3847 (hoy 3845). Al comentar este último artículo (tomo II, p. 689), afirma: “*El nombramiento de un executor testamentario debe hacerse bajo las formas previstas para los testamentos*”, en lo que estamos de acuerdo, pero luego vuelve a afirmar las mismas razones anteriores acerca de la forma de los mandatos que deben cumplirse después de la muerte. Además, cita a *Freitas* (Nº 3041) y a *Pont* (número 1145), sobre los cuales hablaremos en el punto siguiente.

2. — *Troplong*, en sus párrafos 730, 731 y 732, explica que no puede admitirse que sean mandatos para cumplirse después de la muerte aquéllos mediante los cuales se pretendiera violar alguna prohibición del Derecho, por ejemplo, fideicomisos encubiertos como donaciones o pagos a cumplirse después de la muerte del mandante; depósitos que se manda entregar a quien quiere beneficiarse con una donación, pero sujetos a cumplirse sólo después de la muerte. En estos casos por tratarse de disposiciones para después del fallecimiento, debe requerirse la forma testamentaria.

“En cualquier caso en que el mandato, ejecutable después del deceso del mandante —dice—, no fuera nada más que una forma de cubrir una donación a causa de muerte o un fideicomiso prohibido, no dudaría-

(11) Código uruguayo. Art. 2097: Cualquier mandato destinado a ejecutarse después de la muerte del mandante, será nulo, si no puede valer como disposición de última voluntad.

mos en sacrificarlo, pero, en tanto él no presente ésos caracteres sosten-dremos que las susceptibilidades que se levantan contra él son exageradas”.

Pont, en el parágrafo 1145, parte final, no ve otro límite que el que puede resultar de las reglas de la cuota disponible “en el caso de que la ejecución del mandato fuera susceptible de afectar a la reserva”.

Freitas, citado como el autor que antecede, por *Segovia*, dice en su art. 3041: “Cualquier mandato destinado a ser ejecutado después del fallecimiento del mandante, que no pueda valer como disposición de última voluntad, será nulo”. Un ejemplo podría ser el que contiene su art. 2138: “Si alguien prometiére bienes gratuitamente con la condición de no producir efecto la promesa sino después de su fallecimiento y de poder revocarla a su arbitrio, dicha declaración de voluntad será nula como contrato (art. 593); pero podrá tener valor como testamento o codicilo si el instrumento público de élla, aunque hecho con intervención del beneficiado, cubiere las solemnidades testamentarias”. Un poder dado, en consecuencia, para cumplir una promesa de esta naturaleza no podría ejercitarse, por cuanto no podría valer como disposición de última voluntad. Este acto, en el sistema de *Freitas*, valdría excepcionalmente como testamento o codicilo cuando directamente el donante lo hubiere otorgado en forma reglamentaria.

Machado, entre nuestros tratadistas, es muy claro en su opinión dentro de esta corriente. Así dice, comentando el art. 1980, al referirse a la subsistencia del mandato después de la muerte; 1º) Cuando se hubiere convenido su estimación después de la muerte; 2º) Cuando debiera ser cumplido después de esta; 3º) Cuando fuera irrevocable en los casos del art. 1977”. En el primero se trata de un mandato comenzado durante la vida, que debe continuar después del fallecimiento, diferenciándose esencialmente del segundo, que sólo comienza a existir después de la muerte, como sucede con el albaceazgo; de donde resulta que el primer mandato será válido aunque no pueda valer como disposición testamentaria, mientras que el segundo sería nulo si no pudiera valer como tal, art. 1983... Cuando le hubiera dado el mandato de entregar un depósito después de la muerte del mandante, ese mandato se extinguiría por la muerte de éste, si no pudiera valer como disposición testamentaria”.

Y sobre el art. 1983, expresa: “...pero sólo cuando fuera en el interés del mandante y sus herederos; no así cuando proviniera del contrato. El principio consagrado en el artículo no es absoluto, porque no tienen aplicación cuando el mandato sea el resultado de un contrato bilateral.

No es necesario que el mandato se dé en un testamento, basta que el instrumento donde consta tenga las formalidades exigidas para éstos. Así, un mandato consignado en forma ológrafa con todas las condiciones exigidas para esta forma, valdría para ejecutarse después de la muerte. Mandatos de esta clase no pueden ser revocados por los herederos mientras no se hayan cumplido o no hubiera causa suficiente para hacerla”.

Como puede advertirse, decae la firmeza de su opinión en esta última parte.

Finalmente expresa que en los casos de los artículos 383 y 394 cuando los padres designan tutor o curador a sus hijos no es necesario el testamento, porque ambos artículos autorizan a hacer esa designación por escritura pública para tener efectos después del fallecimiento, o por testamento.

El mismo *Segovia* (p. 502) al comentar el art. 1792 (actual art. 1790) a pesar de su opinión registrada antes, pone un ejemplo que se ubicaría dentro de esta interpretación: "Si alguno prometiere bienes gratuitamente, con la condición de no producir efectos la promesa sino después de su fallecimiento, tal declaración de voluntad sería nula como contrato, y valdría sólo como testamento, si está hecho con las formalidades de estos actos jurídicos", y remite al art. 2138 de *Freitas*, que hemos visto y al art. 1000 del código de Chile, agregando en su nota 4 a aquel artículo "Es decir, que la donación bajo la condición suspensiva del fallecimiento del donante, es siempre una disposición de última voluntad, que para valer debe revestir la forma de un testamento".

Por su parte, *Salvat* (parágrafo 1952) afirma que "La condición requerida para que esta clase de mandatos sea válida, es que pueda valer como disposición de última voluntad", y después de transcribir el artículo 1983, da el siguiente ejemplo: "que no afecte la legítima de herederos forzosos" pues si no, agrega, "*el mandante podría realizar por medio de un mandato post-mortem, actos que personalmente no le serían permitidos, lo cual estaría en contra de los principios que ya conocemos a este respecto* (art. 1872)".

Díaz de Guíjarro se ha ocupado especialmente de este tema: "*La forma del mandato "pot-mortem mandantis"* (J. A. 1947-IV-Sec. Doc., p. 8 a ap. 12).

Opina que el art. 1983 tiene su fuente en el art. 3041 de *Freitas*, y que debe ser interpretado en forma autónoma, llegando a la conclusión de que se refiere al contenido, lo intrínseco, y no a la forma o sea lo extrínseco.

Su conclusión es que el mandato, para tener efecto después de la muerte, debe revestir la forma común del art. 1873 para cualquier mandato, y sus fundamentos son los siguientes:

"a) Porque es consecuencia del art. 1980, que no debe perderse de vista, de acuerdo con el cual "la muerte del mandante no pone fin al mandato, cuando el negocio que forma el objeto del mandato debe ser cumplido... después de su muerte", lo que significa, sin ninguna hesitación, que el mandato es un contrato destinado a sobrevivir a quien lo otorgó, si tal efecto fué expresamente querido".

"b) Porque el art. 1983 limita ese efecto, exigiendo que pueda valer como disposición de última voluntad, lo que implica que sólo se dirige al contenido y no a la forma de la disposición".

"c) Porque el art. 1983 —a la inversa del art. 1790, sobre donación "port-mortem"— no anula el mandato como contrato y no sujeta

su eficacia a las formalidades testamentarias del acto, con lo cual corrobora que versa sobre el contenido”.

Termina afirmando categóricamente que debe otorgarse como cualquier otro mandato.

Después de compulsar estas opiniones y antecedentes del tema, vamos a proponer nuestra interpretación.

Para interpretar el art. 1983 proponemos dos casos: 1º) Mandato póstumo que tiene por finalidad la celebración de un contrato; 2º) Mandato póstumo que tiene por finalidad la realización de una disposición de última voluntad.

Distinguiremos a uno y otro propiciando la designación del mandato póstumo para el primero y mandato *post-mortem* para el segundo.

1º. — El mandato póstumo es aquel que debe cumplirse o continuarse después de la muerte para la terminación o realización de un contrato o negocio que el causante había pactado, comenzado o prometido o cuando hay interés común del mandante y mandatario o de un tercero, ignorancia no culpable de la muerte, o peligro en la demora, conforme a los casos normales y excepcionales que hemos descripto.

Este contrato debe cumplirse o terminarse por medio del mandatario aunque el instrumento de mandato no revista forma testamentaria. El art. 1983 no alude a esta clase de mandatos. Las razones en que nos fundamos son:

a) El *Codificador*, si se hubiera referido a la forma, habría empleado la expresión “como testamento” o “hecho en la forma de los testamentos”, lo que no impide que pueda ser incluido en un testamento.

b) La prohibición del art. 1983 podría funcionar si se delegara en el mandatario una institución de herederos o designación de legatarios.

c) Se trata de un mandato como contrato para celebrar, a su vez, un contrato o negocio, palabras que descartan una donación después de la muerte, porque la donación es un acto entre vivos y hecha para después de la muerte sería un verdadero legado, sólo posible por testamento.

El mandato como contrato es aquél que contiene una orden o una delegación para realizar, por medio del mandatario, un negocio jurídico o contrato.

Todas las disposiciones del código en este título del mandato, que aluden a su contenido, se refieren a un “acto”, “negocio” o “contrato”. Por eso el art. 1869 dice que se refiere al mandato como contrato y que se otorga representación para “un acto jurídico o una serie de actos jurídicos” y sucesivamente hablan de *actos* los artículos 1869, 1880, 1884, 1888, 1889, 1891, 1894, 1895, 1905, 1917, 1941, 1949, 1960, 1969, 1971, 1972, 1974, 1976, 1980 y 1981; se refieren a *negocio* los artículos 1878, 1879, 1893, 1929, 1934, 1943 y 1961, y aluden a *contrato* los artículos 1881, 1882, 1883, 1885, 1896, 1911, 1918, 1929, 1930; 1931, 1932, 1933, 1938, 1939, 1940, 1943, 1944, 1967 y 1968.

Messineo, tratando sobre la "representación" legislada en el código italiano separadamente del mandato, la encuentra aplicable solamente a los actos negociales entre vivos y a algunos actos jurídicos no negociales como los actos reales, declaraciones de ciencia y en materia procesal, quedando excluidos de la representación los negocios del derecho familiar, salvo pocas excepciones "y los negocios *mortis-causa*".

d) El art. 1890 dice que: "El mandato no da representación ni se extiende a las disposiciones de última voluntad"; por eso no se puede sustituir al mandante sino en los negocios comenzados o en aquéllos expresamente ordenados por el mandante.

En conclusión el mandato como contrato y para un contrato no necesita la forma testamentaria ni está aludido por el artículo 1983. Es el mandato póstumo, según nuestra denominación.

2º. — El mandato "post-mortem", o sea el que tiene por finalidad una disposición de última voluntad, debe tener forma testamentaria y, además, poder valer como disposición de tal clase.

Messineo le da esta calificación de "post-mortem" en su breve comentario.

El mandato "post-mortem" se caracteriza, especialmente, como aquel que se da por el causante con la finalidad de distribuir sus bienes entre sus sucesores, cumplir sus mandas, pagar sus deudas, atender necesidades espirituales o religiosas, etc.

Por eso es característico el ejemplo del albaceazgo.

El mandato "pos-mortem" podría así padecer de dos causas de nulidad: a) Nulidad por falta de la forma testamentaria. O sea, causa extrínseca; b) Nulidad por violación de las normas del código en materia sucesoria, por ejemplo, exceso sobre la parte disponible, donación "post-mortem", delegación de la facultad de testar, objeto imposible o contrario a las buenas costumbres (art. 3608), aun cuando éstas son prohibiciones para todos los actos jurídicos. Es decir, por causas intrínsecas.

Estamos, en este último supuesto, en el caso típico de nulidad a que se ha querido referir el *Codificador* en el art. 1983.

Lo creemos así por las siguientes razones:

1. Porque si el *Codificador* hubiera querido abrazar con esta nulidad a todos los mandatos póstumos, no hubiera usado las palabras "Como disposición de última voluntad" sino que hubiera dicho directamente "como testamento".

2. Porque, en tal forma, sólo están afectadas por esta norma las disposiciones que: a) Contuvieren una condición o carga legal o físicamente imposible, o contraria a las buenas costumbres (artículos 3608, 3609 y 531 del código civil); b) O una delegación de la disposición testamentaria en el mandatario (art. 1890); c) O una donación para después de la muerte (art. 1789), porque la donación debe ser un acto entre vivos.

Resumiendo las conclusiones y usando de nuestra denominación:

1. El mandato póstumo (como contrato y para un contrato o negocio) no necesita la forma testamentaria.

2. El mandato "post-mortem", el que tiene en vista una ejecución que sólo puede realizarse mediando la muerte, debe tener forma testamentaria.

IV. APLICACION PRACTICA

Afirmamos al comienzo que esta figura jurídica ha sido poco utilizada en nuestro derecho práctico.

Le encontramos, sin embargo, un gran interés desde ese punto de vista.

Como escribanos sabemos cuánta incertidumbre tiene su iniciación desde el día en que se contrae hasta el que se cumple un compromiso entre dos o más partes, no solamente hasta la escrituración sino aún después de ella, hasta el cumplimiento total de las obligaciones y hasta la liberación de los deudores.

Enumeremos, pues, algunos ejemplos:

1º) Precontratos de compraventa, comunes, frecuentes, en que las partes se obligan a comprar y a vender mientras se da cumplimiento a lo sinnumerables trámites previos a la escrituración. Haya o no entrega de precio, tenencia o posesión. Siempre nace un interés de ambas partes que puede verse entorpecido en su cumplimiento por la muerte de una de ellas.

2º) El mismo caso puede particularizarse más cuando se trata de la venta de lotes a plazos, por cuotas periódicas o mensualidades, en que es mayor el término a transcurrir desde el precontrato a la escritura y que en nuestro país no está aún solucionando como en el Uruguay. Es claro que no debe extenderse a la venta de lotes no comprometidos por el causante, salvo muy especiales circunstancias que el riesgo de caer en casuismo nos hace sólo mencionar. Y no debe extenderse porque "el mandato se circunscribe a lo que el mandante podría hacer, si él tratara u obrara personalmente" (art. 1872).

3º) Las compraventas con saldo de precio impago, con o sin hipotecas, requieren el mandato póstumo para que pueda liberarse al deudor cuando paga, pese a la muerte del acreedor.

4º) Todo contrato de tracto sucesivo o de cumplimiento diferido, a plazo o bajo condición puede requerir una protección como la que resultaría de eliminar lo aletorio que tiene la vida humana. (Los casos de venta de departamentos en construcción).

En todos estos casos debería ser una medida de prudencia que convendría generalizar el otorgamiento de poderes irrevocables y para ser cumplidos o continuados después de la muerte de cada uno de los contratantes, como medio de evitar perjuicios, ya sea por demoras en el cumplimiento u otras circunstancias derivadas de la muerte.

La admisibilidad de estos mandatos no puede ofrecer dudas, ya que los supuestos enumerados y estudiados restituyen al mandato a la

comunidad de los otros contratos que obligan a los herederos o sucesores. Basta con exigir al mandatario la competente rendición de cuentas.

Según el caso ocurrente, ese mandato subsistirá en forma "normal", es decir, hasta su cumplimiento total o en forma "excepcional" hasta que los herederos tomen intervención en el negocio o nombren su mandatario. Dependerá de cada caso.

V. FALLECIMIENTO DEL CONYUGUE

Es de interés práctico y teórico considerar el caso del fallecimiento del cónyuge.

No es, en el caso, el propio mandante quien falta. Es su cónyuge. Los herederos del cónyuge puede ser distintos a los del mandante.

Si se trata de cumplir algún negocio jurídico o contrato en que se encuentre afectado un bien ganancial, se abrirá una fuerte duda desde el punto de vista jurídico y muy especialmente desde el punto de vista notarial, teórico y práctico.

¿Cómo, en efecto, autorizar una compraventa, un cumplimiento de boleto, una cancelación de hipoteca, siendo el mandante de estado viudo, si se trata de un bien ganancial?

Puede advertirse en el tratamiento de este aspecto una doble solución.

1. La primera solución, la más práctica y eficiente, será que mandatos de que hemos tratado sean otorgados por ambos cónyuges. Es una solución simple, pero eficaz.

2. Si tal cosa no hubiere ocurrido, viene en nuestro auxilio interpretativo la distinción entre actos de disposición, de administración y conservatorios, a los cuales ha considerado Alfredo Orgaz, entre otras ocasiones, en su conferencia pronunciada en el Colegio de Escribanos de Entre Ríos y publicada en su Revista (1948, páginas 180 a 192).

El cumplimiento de un contrato celebrado por el mandante en vida de su cónyuge no puede considerarse como un acto de disposición. Es un acto de administración y, a veces, un acto conservatorio. Todo se resuelve, luego, para los herederos del cónyuge, en situaciones de alcance personal con el mandatario, el mandante y dichos herederos.

Habiendo contrato a cumplir, plazo que se vence, condición que se cumple, obligación en una palabra, a favor de terceros, debe procederse a cumplirlas en su debido tiempo y lugar.

Mediante el cumplimiento de lo contratado se operará una subrogación real (bien sustituido por su precio, crédito por el dinero resultante del pago, etc.), o se evitará a los terceros un perjuicio si ellos han cumplido con la totalidad de sus obligaciones y obtienen mediante el mandato y su ejecución, la satisfacción completa del negocio.

Los terceros, acreedores de la sucesión o de los herederos no corren riesgo alguno con la ejecución del mandato. Si se trata de obliga-

ciones cumplidas, la escrituración sólo complementa el negocio pactado y terminado —salvo en cuanto a su forma— en vida del causante. Si se trata de negocio pendiente, se obtiene el ingreso del bien de reemplazo al haber hereditario y se impiden las consecuencias de un juicio por cumplimiento de contrato, y si se trata de derechos hereditarios embargados a los herederos, se obtiene la liquidez de los bienes que componen el acervo y la individualización más rápida de los bienes que formarán la hijuela del deudor embargado.

En concreto, la solución práctica es el poder otorgado por los dos cónyuges tratándose de bienes gananciales. Y la solución teórica es considerar como actos de administración y conservatorios, no de disposición, a los que ejecuta el mandatario en los supuestos normales que hemos formulado en este trabajo.

ANEXO: JORNADAS DE DERECHO COMPARADO

Quinta Sesión de Mesa Redonda. - Octubre 1º de 1954

El profesor francés Roger Perrot expresó: “Decir que el mandato es irrevocable, es afirmar que el mandante no puede poner fin, por imperio de su voluntad, a los poderes conferidos a su mandatario. Evidentemente el mandato, aun si se admite su irrevocabilidad, puede finalizar como cualquier contrato corriente; en particular, si el mandatario no cumple o cumple mal sus obligaciones, puede rescindirse este contrato, como cualquier otro, en base al incumplimiento de una de las partes. Resulta inútil insistir sobre este punto, que es de derecho común.

En consecuencia, hacer irrevocable el mandato consiste en privar al mandante de esta facultad de revocación “ad nutum”, privarlo de la posibilidad de poner un término a las facultades del mandatario por imperio de su sola voluntad. En otros términos, es anular la regla, exorbitante frente al derecho común, estampada en el artículo 2004 de nuestro código civil. Su redacción es la siguiente: “El mandante puede revocar su poder en el momento que estime oportuno y obligar si es necesario al mandatario a entregarle el documento privado o público por el cual dicho poder ha sido otorgado” (p. 358).

“En verdad, este problema no presenta sólo un interés práctico. En el plano científico nos obliga a reconsiderar enteramente el concepto de mandato, y quizá ello constituya una importancia primordial. Al examinar más atentamente la cuestión, nos damos cuenta de que la revocabilidad del mandato procede de la idea, algo esquemática en verdad, de que el mandatario es únicamente un agente de ejecución del mandante, un portador de la voluntad ajena, un mensajero, cuyos poderes expiran cuando ha desaparecido la voluntad del mandante, que constituye su soporte permanente y necesario; para expresar figuradamente esta relación, los tratadistas emplean a veces fórmulas bastante curiosas: los ingleses suelen usar la expresión “canal” para designar al mandatario; los franceses le llaman “antebrazo” de su mandante. Sin exagerar la importancia de estas imágenes, fijémonos en su valor simbólico que nos indica que el mandatario es concebido sólo como un agente de ejecución mecánica. Al examinarse el mandato desde este punto de vista, resulta

evidente que la voluntad del mandante, necesaria para hacer nacer los poderes del mandatario, es igualmente necesaria para la subsistencia de los mismos" (p. 359).

"Por ello es necesario preguntarse si la revocación "ad nutum" pertenece a la propia esencia del mandante y si la voluntad del mandante tiene una supremacía tal, que la desaparición de la revocación, "ad nutum", apareja la desaparición del mandato como instituto jurídico.

"Creo que esta pregunta puede ser contestada en forma negativa, con la siguiente reserva: es forzoso reconocer que la voluntad del mandante seguirá siempre siendo dominante, pues élla ha dado base y nacimiento al mandato. Además, con los actos producidos por el mandatario producirán sus efectos sobre la persona y el patrimonio del mandante, resulta inadmisibile hacer totalmente abstracción de su voluntad" (p.360).

Trató a continuación de lo que llama la irrevocabilidad de Derecho encontrándole dos fuentes: una la voluntad de las partes que pueden hacer irrevocable el mandato sin afectar el orden público, declarando que es poco frecuente en la práctica este tipo de mandato.

La otra es la naturaleza del contrato que torna irrevocable el mandato sin que expresamente se diga lo que es.

Puso como ejemplo de esta segunda categoría aquellos mandatos en que hay intereses entrelazados del mandatario, del mandante y de los terceros, que ha admitido la jurisprudencia francesa.

Se preguntó cómo determinar la existencia de un "interés común" y descartó como tal el caso en que haya estipulación de un sueldo, pues se resuelve el interés del mandatario con una indemnización de daños y perjuicios.

Creyó, en cambio, que el mandato es irrevocable por naturaleza, "cuando se presenta como accesorio de un negocio jurídico más amplio, de un contenido más rico; el mandato va a ser entonces partícipe de la irrevocabilidad del negocio principal" (p. 362).

"En otras palabras, el mandato cesa de ser revocable siempre y cuando se integre en un complejo de relaciones jurídicas que sean irrevocable" (p. 363).

Citó una sentencia del Tribunal de Pau en que se resolvió: "la facultad de revocación desaparece cuando el mandato es la condición, la consecuencia o el modo de ejecución de un contrato sinalagmático y que participa de la irrevocabilidad de la convención con la cual forma un todo indivisible". Una fórmula casi idéntica se halla reproducida en el código brasileño de 1916 y en el proyecto de código franco-italiano de las obligaciones (art. 581) (p. 363).

El origen de la irrevocabilidad, expresa, proviene de un elemento exterior al mandato, la voluntad de las partes que nvierte en irrevocable "la convención es ley para las partes" (p. 363).

En cambio cuando no hay estipulación expresa, el mandato es irrevocable por naturaleza y se funda en la teoría de la causa.

Trató luego sobre la irrevocabilidad relativa o de hecho, aplican-

do la teoría del abuso del derecho para proteger el interés del mandatario y la teoría de la apariencia, para el interés de los terceros de buena fe, aclarando bien que el mandato sigue siendo irrevocable "ad nutum" pero la jurisprudencia le pone límites a la voluntad del mandante por las razones expuestas, estando la carga de la prueba a cargo del mandatario, en el primer caso y debiendo los terceros haber padecido un error invencible y estar de buena fe (p. 364 a 368).

El profesor uruguayo *Mezzera Alvarez* se refirió a otro problema: al mandato y su diferenciación con la representación, diciendo: "En nuestro derecho —no cabe duda—, el mandato ha sido concebido como un contrato que da nacimiento al poder representativo. El código civil dice que el mandato es un contrato por el cual el mandante de poder a otro para que lo represente. De manera que en nuestro código y aún más todavía en el código francés, están confundidas, amalgamadas, la idea del mandato y la idea de poder representativo" (p. 374), a lo que acotó el profesor *Perrot*: "Confieso que discrepo con la posición de los que lo admiten. (Se refería al poder sin representación). En efecto, en derecho francés, un mandato sin representación no es un mandato: será un contrato de comisión u otra figura jurídica, pero ya escapamos a la noción de mandato" (p. 377).

En cuanto al problema de la irrevocabilidad, opinó el profesor *Mezzera Alvarez* así: "...si nos colocamos en el terreno del mandato, a mí me parece que no puede haber irrevocabilidad absoluta: en cambio podría haber irrevocabilidad absoluta en algunos casos de representación, en los cuales el poder representativo emana o, mejor dicho, deriva de otro negocio jurídico que no es un mandato. Ahí es donde está la duda, porque si nos situamos en el terreno del mandato caemos siempre en la revocabilidad "ad nutum" del mandante; pero si salimos fuera del mandato y vamos a otros negocios jurídicos, quizá ahí pueda haber irrevocabilidad absoluta del apoderamiento" (p. 376).

El profesor uruguayo *Sánchez Fontans*, por su parte, comenzó apoyando la distinción insinuada por el profesor *Mezzera Alvarez* entre mandato y poder, expresando: "Nuestro código civil confunde, en la definición, al mandato con el negocio de apoderamiento, pues concibe el mandato como fuente del poder de representación. Pero ello no significa que las fuentes posibles de los poderes contractuales se agoten en este contrato, que es ciertamente el tipo característico que cumple esa función jurídica y económica" (p. 381).

Más adelante continuó con el tema central: "Todo mandato es naturalmente revocable. Es éste un aspecto del tema en el cual quiero insistir muy especialmente: no existe en nuestro derecho mandato irrevocable por naturaleza".

"La construcción de la jurisprudencia francesa, que ha expuesto tan brillantemente el profesor *Perrot*, ha sido por lo menos tácitamente rechazada por nuestro legislador.

"Esa doctrina no fue incorporada a nuestro código; por el contrario, se estableció en una disposición que el mandato puede conferirse no

sólo en interés del mandante, sino en interés del mandante y del mandatario o del mandatario y de un tercero”.

“La inclusión de esa norma en nuestro código respondió probablemente al propósito de atribuir a todas esas formas de mandato la condición de irrevocabilidad; esto es, aclarar que es revocable también por naturaleza el mandato constituido en interés común del mandante o en interés del mandatario y de un tercero” (p. 383).

“La obligación de no revocar en tales casos no surge del mandato, o bien el mandato pierde autonomía, que es la idea expresada por el profesor *Perrot*. En efecto, al contaminarse de irrevocabilidad, el mandato desaparece o se desnaturaliza, al extremo de constituir una forma de apoderamiento integrante de otro contrato. Por consiguiente, no debe hablarse ya de mandato, o si se quiere, afirmar que el mandato sigue siendo revocable, y que la obligación de indemnizar en caso de revocación, no emerge de la violación del mandato, sino de la violación del otro contrato principal” (p. 384).

“Establecida la conclusión de que no existe mandato irrevocable por naturaleza, corresponde preguntarnos si es válido el pacto que establece la irrevocabilidad”.

“Entiendo que sí. No hay ningún principio jurídico que se oponga a tal pacto; no hay ninguna norma legal que la prohíba” (p. 385).

“Lógicamente no se concibe la irrevocabilidad de un mandato general o de un mandato con plazo indeterminado. En tales casos, la revocación y la renuncia constituyen los modos únicos de terminación del mandato y una facultad irrenunciable para ambas partes, porque de lo contrario uno de ellas quedaría a merced de la otra”.

“Además, para que sea válido el pacto de irrevocabilidad debe fundarse en un interés legítimo, merecedor de la tutela, jurídica. Como en todos los casos, la noción de causa sirve aquí también para legitimar la situación” (p. 385).

“Este concepto puede concretarse así: La revocabilidad sólo pertenece a la naturaleza del mandato, como relación obligacional, que puede convertirse en irrevocable si así se estipula; pero el poder de representación es esencialmente revocable.

“Si el mandante revoca el poder, la revocación podrá ser ilícita pero es siempre eficaz. A pesar del pacto de irrevocabilidad, el mandante conserva la facultad de revocar. Si la ejerce, se extinguen los poderes del mandatario, a pesar del pacto de irrevocabilidad” (p. 386).

Esta idea es la que quiero destacar como la conclusión más fundamental de esta exposición mía: que los únicos casos en que el código atribuye a un poder la calidad de irrevocable en absoluto, esa imposibilidad objetiva de revocar va siempre acompañada de una pérdida de la legitimación para disponer, por parte del poderdante”.

En estos casos no estamos frente a una obligación negativa de revocar, que puede ser violada; la revocación es imposible, absolutamente inoperante” (p. 387).

El profesor uruguayo Bardallo expuso su opinión en la siguiente

forma: "...la renuncia de la revocación no produciría efectos de ninguna naturaleza, pues, como dice Hupka, nadie puede obligarse consigo mismo. Vale decir que si en un negocio causal cualquiera, por ejemplo un mandato, o en el acto de apoderamiento en sí, cualquiera sea el negocio causal, estipulara el poderdante que ese poder es irrevocable, esa renuncia de su parte a la revocación carecería absolutamente de eficacia porque, insisto, nadie puede contraer obligaciones con sí mismo" (p. 393-394).

"El pacto de irrevocabilidad tiene que tener lógicamente una duración en el tiempo, ya sea por un plazo expreso o por la misma satisfacción de los intereses a los cuales está referido; y llevaría también implícita la revocabilidad en el caso de que causas graves llevaran a dejar sin efecto semejante pacto, por ejemplo, la ineptitud del apoderado, su incapacidad, su insolvencia, incluso su inconducta" (p. 395).

"Y finalmente en lo que respecta a los efectos del pacto de irrevocabilidad, cuya pertinencia hemos admitido, réstame decir que en nuestro Derecho, coincidiendo con la posición de los profesores uruguayos que han usado de la palabra, el pacto de irrevocabilidad se traduciría necesariamente en una reparación por equivalente, es decir, se resolvería siempre con una indemnización de daños y perjuicios cuando no fuera cumplido por el mandante, o por el poderdante mejor dicho" (p. 395-396).

"Sería necesario, finalmente, para que el pacto de irrevocabilidad nos diera un poder absolutamente irrevocable, como se ha dicho en esta mesa redonda, que tuviéramos nosotros, en nuestro derecho, un texto similar al art. 1723 del código civil italiano. Allí sí, expresamente se establece, en primer término, que el mandato es revocable, pero que el mandato se hace irrevocable cuando expresamente se ha pactado así, o cuando los intereses vinculados al negocio jurídico causal suponen o hacen necesaria la irrevocabilidad para atender y tutelar, precisamente, esos intereses" (p. 396).