

Título: Un fallo que respeta la autonomía provincial para administrar justicia. La representación en juicio debe otorgarse por instrumento público

Autores: Imaz, Joaquín A. - Cáceres Russo, María Celeste

Publicado en: LLPatagonia 2017 (diciembre), 3

Cita: TR LALEY AR/DOC/1284/2017

Sumario: I. Los hechos.— II. Lineamientos centrales del decisorio en análisis.— III. Principales modificaciones en el Código Civil y Comercial.— IV. Mandato, representación y poder. Autonomía propia.— V. Libertad y paralelismo de las formas.— VI. Antecedentes jurisprudenciales.— VII. Dictamen del Colegio de Escribanos.— VIII. Nuestra opinión.— IX. Conclusión.

I. Los hechos

En un proceso ejecutivo por cobro de cheques, el letrado apoderado de la parte actora acreditó su personería acompañando junto con la demanda un poder otorgado por su cliente; dicho poder fue confeccionado mediante un instrumento privado con firma certificada del poderdante ante la autoridad policial de la provincia de La Pampa.

El juez de grado previo a todo, ordenó al letrado a cumplir con lo previsto en el art. 51 del Código Proc. local (1), que establece expresamente que los apoderados deben acreditar su personería con la pertinente escritura de poder, intimándolo a acompañar a dicho fines, un poder para juicios debidamente efectuado mediante escritura pública.

El accionante interpone recurso de revocatoria con apelación en subsidio, en el entendimiento de que actualmente el Código Civil y Comercial de la Nación —en adelante Cód. Civ. y Com. de la Nación— no exige que los poderes judiciales se realicen bajo escritura pública conforme los arts. 1015 y 1017 de dicho cuerpo, que establece el principio de libertad de formas para el contrato de mandato.

Agrega en sus agravios, que no es admisible que la legislación local restrinja el alcance establecido por la legislación de fondo. El art. 51 del Cód. Proc. Civ. y Com. de La Pampa, es anterior al nuevo ordenamiento Civil y Comercial, por lo que el mencionado artículo se rigió de acuerdo a lo que regulaba el Cód. de Vélez Sarsfield.

El juez a quo rechaza el recurso de revocatoria y concede el recurso de apelación en subsidio.

La sala B de la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería de la ciudad de General Pico de la provincia de La Pampa, resolvió hacer lugar a la apelación; en consecuencia, ordenó revocar parcialmente lo decidido por el juez de grado, exigiendo al letrado acreditar la representación que invoca, a través del respectivo instrumento público, el cual puede efectivizarse también por medio de acta judicial ante el actuario del órgano interviniente.

II. Lineamientos centrales del decisorio en análisis

Interpretó la Cámara de Apelaciones, que el Poder Judicial otorgado por el cliente a su abogado mediante instrumento privado con firma certificada, no alcanza a constituir un instrumento público, ya que la autoridad policial sólo se limita a certificar que la firma del poderdante fue puesta al pie y que coincide con la persona que presta el documento de identidad.

El funcionario no lee el documento a la parte, no controla la capacidad de quien lo ha otorgado, ni las formas, ni la escritura, su deber únicamente es el de certificar las firmas puestas en su presencia; es por esta razón, que el magistrado descarta la posibilidad de que ese documento constituya un instrumento público.

En esta línea, sostuvo en su voto, que la diferencia entre la certificación de firmas en un documento privado y un instrumento público es que en este último, el oficial público da fe de la existencia material de los hechos que pasaron en su presencia, o sea que las manifestaciones del poderdante pasan ante él, sin perjuicio de la veracidad de las mismas.

Dichos actos públicos y los instrumentos que los contienen, están sometidos a un conjunto de requisitos (técnicamente denominados solemnidades) cuyo fundamento es otorgar garantías para la validez y eficacia de los actos e instrumentos. El conjunto de solemnidades es el basamento de la fe pública atribuida a esos instrumentos (2). Hay que tener presente la eficacia probatoria que tienen los instrumentos públicos en contraposición a los instrumentos privados; sabido es que el instrumento público hace plena fe: a) en cuanto se ha realizado el acto, la fecha, el lugar y los hechos que el oficial público enuncia como cumplidos por él o ante él hasta que sea declarado falso en juicio civil o criminal; b) en cuanto al contenido de las declaraciones sobre convenciones, disposiciones, pagos, reconocimientos y enunciaciones de hechos directamente relacionados con el objeto principal del acto instrumentado, hasta que se produzca prueba en contrario (art. 296, Cód. Civ. y

Com. de la Nación). En cambio, en el caso de los instrumentos privados el art. 319 del Cód. Civ. y Com. de la Nación consagra una serie de principios y reglas hermenéuticas para establecer el contenido del instrumento y su eficacia probatoria.

Por ello, es que el juzgador debe ponderar las circunstancias y congruencia entre los hechos y lo narrado; la precisión y claridad técnica del texto; las prácticas del tráfico, relaciones precedentes, etcétera. Es decir, una serie de pautas para un mejor entender e interpretar el negocio que encierra el instrumento (3).

Finalmente, la Cámara de Apelaciones entiende que ninguno de estos requisitos necesarios que fueran reseñados, están contemplados en un instrumento privado con certificación de firmas ante la autoridad policial, concluyendo que resulta prudente que el poder para juicios, sea otorgado a través de acta ante el actuario del órgano interviniente, además de la escritura pública, porque ello es lo que mejor resguarda la trascendencia del acto jurídico de actuar en nombre de otra persona en un litigio, frente a terceros y el propio juez.

III. Principales modificaciones en el Código Civil y Comercial.

El fallo que comentamos, se hace cargo de una controversia planteada a partir de la entrada en vigencia del Cód. Civ. y Com. de la Nación, no solo en la provincia de La Pampa, sino también en otras jurisdicciones a lo largo de nuestro país, que tuvo respuestas jurisprudenciales contradictorias.

El denodado esfuerzo argumental que hace el magistrado en su voto, al que sus colegas adhirieron sin reservas, apunta obiter dictum a resolver si la certificación de firma del poderdante, efectuada por un funcionario policial, troca a dicho documento en un instrumento público con los recaudos requeridos por la ley, para amparar el acto jurídico de la representación que se invoca. También se dirige, lege ferenda y por razones de seguridad jurídica, a adecuar la ley adjetiva al Cód. Civ. y Com. de la Nación y a la Constitución Nacional, pues la importancia del acto de apoderamiento para la representación judicial, exige que los jueces y partes tengan la certeza de que, quien comparece a representar derechos ajenos, efectivamente cuenten con dicha facultad, evitando así planteos nulitivos futuros.

En principio, no hay que perder de vista que para actuar en juicio se deben reunir ciertas exigencias con el fin de evitar, no sólo conflictos de personería, generalmente dilatorios en los pleitos, sino también, muñirse de un mínimo de garantías para procurar seguridad jurídica en el acto de apoderamiento respecto de los terceros y el propio juez.

La Cámara de Apelaciones, en el fallo comentado, intenta conciliar las normas de fondo y el Cód. Procesal, afirmando que aún hoy en día se encuentra vigente la exigencia de la escritura pública para el otorgamiento de poderes judiciales.

IV. Mandato, representación y poder. Autonomía propia

En un proceso judicial, las partes pueden comparecer por sí mismas, es decir por su propio derecho, o hacerlo mediante un representante, que puede ser legal o convencional.

La relación jurídica contractual en virtud de la cual una persona comparece a un juicio en defensa de intereses ajenos constituye un mandato, el cual se encuentra regulado en el título IV, capítulo 8 del Cód. Civ. y Com. de la Nación. El art. 1319 del cuerpo mencionado expresamente dispone: "Hay contrato de mandato cuando una parte se obliga a realizar uno o más actos jurídicos en interés de otra. El mandato puede ser conferido y aceptado expresa o tácitamente. Si una persona sabe que alguien está haciendo algo en su interés, y no lo impide, pudiendo hacerlo, se entiende que ha conferido tácitamente el mandato. La ejecución del mandato implica su aceptación aún sin mediar declaración expresa sobre ella" (4).

El Cód. de Vélez facilitaba en su art. 1869, la siguiente definición de mandato: "El mandato, como contrato, tiene lugar cuando una parte da a otra el 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".

Entendemos que el Cód. Civ. y Com. de la Nación tiene mayor rigurosidad en la definición del contrato en cuestión, pues especifica al mandato y lo emancipa de la idea de representación, como así también de poder, conceptos que se hallaban amalgamados en la antigua norma.

Es que Vélez se ocupó de resolver tres dimensiones de un mismo escenario situándolas en igualdad normativa, y desde la sanción del Cód. Civ. y Com. de la Nación cada cual cobra autonomía propia.

El mandato conferido a un abogado para estar en juicio en nombre de su cliente, constituye un mandato de especie representativa previsto en el art. 1320 del Cód. Civ. y Com. de la Nación; dicho contrato se encuentra, subsidiariamente legislado, por las normas de la teoría general de la representación a partir del art. 362 (5) y siguientes del mismo cuerpo normativo. El art. 1320 establece que "si el mandante confiere poder para ser representado, le son aplicables las disposiciones de los arts. 362 y subsiguientes. Aun cuando el mandato no

confiera poder de representación, se aplican las disposiciones citadas a las relaciones entre mandante y mandatario, en todo lo que no resulten modificadas en este capítulo".

Por otro lado, definimos al poder, como el medio o instrumento en virtud del cual la manifestación de voluntad unilateral de una persona concede u otorga facultades a otra para que la represente, actuando siempre a nombre del representado.

El poder otorgado por el cliente a su abogado de confianza, puede preceder al mandato, constituyendo una verdadera oferta de celebración del contrato, restando la aceptación de la encomienda por parte del mandatario para que quede perfeccionado, pudiendo en algunos casos concretarse incluso tácitamente —así lo disponían los arts. 1875, 1876, 1877 y 1878 del Cód. Civil derogado y así lo ordena actualmente el segundo párr. del art. 1319 del Cód. Civ. y Com. de la Nación—.

También puede confeccionarse en la etapa de ejecución del mandato, en la medida en que la formación de este último precede el acto de apoderamiento, por ejemplo, cuando existe consentimiento contractual respecto al alcance de la representación en un proceso judicial y la retribución de dicha tarea.

En este sentido puede afirmarse que el contrato de mandato rige las relaciones internas entre mandante y mandatario y el poder otorgado rige las relaciones externas, es decir, entre mandante-poderdante y terceros.

A la luz del nuevo Cód. Civ. y Com. de la Nación el mandato es el contrato del que surgen los derechos y las obligaciones del mandante y el mandatario.

El apoderamiento, es el negocio unilateral del que surge el poder de representación. Y el poder de representación es el derecho subjetivo que legitima al apoderado para invocar al poderdante y lograr que los efectos del negocio celebrado en su nombre le correspondan en forma directa.

Para concluir, el mandato y el apoderamiento son actos jurídicos. En cambio, los derechos del mandante y el mandatario, tanto como el poder de representación del apoderado, son derechos subjetivos (6).

En este sentido el profesor Franz Josef Hupka (7) entiende que el mandato y el apoderamiento no son términos sinónimos ni opuestos, sino que constituyen en realidad las denominaciones de dos relaciones diferentes entre sí.

Mientras el mandato expresa una obligación del mandatario y constituye para éste una necesidad de obrar, el apoderamiento no es otra cosa que el consentimiento en la representación, y sus efectos un poder jurídico: el poder de representación" (8).

El autor citado resalta la importancia del acto de apoderamiento para la representación judicial, entendiéndolo que exige la necesidad de que los jueces y la contraparte tengan la certeza de que quien comparece para representar derechos ajenos, efectivamente cuenta con dicha facultad.

De esta manera, entendemos que lo único novedoso en la normativa vigente, consiste en purificar los conceptos mencionados y disociar el contrato de mandato —regulado en los arts. 1319 al 1344 del Cód. Civ. y Com. de la Nación—, y el de representación —regulado en los arts. 362 al 380 del mismo cuerpo normativo—.

V. Libertad y paralelismo de las formas

Ahora bien, no caben dudas de que el mandato es un contrato, lo que no se dice es cuál es el formato donde asentar las cláusulas y condiciones de dicho contrato. En cambio, cuando se habla de representación se deja en claro que el apoderamiento debe ser otorgado en la forma prescripta para el acto que el representante deba realizar (art. 363, Cód. Civ. y Com. de la Nación).

El derogado Cód. Civil no establecía una exigencia formal específica para los actos de apoderamiento. Así, el art. 1873 de dicho cuerpo normativo prescribía respecto del mandato expreso que podía darse por instrumento público o privado, por cartas e incluso, verbalmente. No obstante, dentro de la sección "De los contratos en general", el art. 1184, inc. 7° establecía que los poderes generales o especiales que debían presentarse en juicio, y los poderes para administrar bienes, y cualquier otro que tuviera por objeto un acto redactado o que deba redactarse por escritura pública, debían ser celebrados por este último medio.

La doctrina mayoritaria censuró la alusión a los "poderes" que realizó el codificador en este artículo, en el entendimiento de que el poder es un acto unilateral emanado del poderdante, no un contrato y también porque las procuraciones judiciales se rigen por las normas locales según lo ordenaba no solo la Constitución Nacional sino también el propio legislador en su art. 1870, inc. 6 del Cód. Civil, que expresamente establecía: "Las disposiciones de este título son aplicables (...) 6.- a las procuraciones judiciales en todo lo que no se opongan a las disposiciones del Cód. de Procedimientos" (9).

Así lo reflejaron los Cód. de Procedimientos provinciales, pero el nuevo Cód. Civ. y Com. en su art. 1017 (10) no prevé para el mandato ni para el apoderamiento una norma análoga, por lo que la única formalidad

exigida es la forma escrita.

Por lo tanto, "el principio general del Cód. Civ. y Com. de la Nación es el de la libertad de las formas (art. 284 y 1015) (11), excepto cuando se la establece bajo pena de nulidad, como es en el caso de la donación de bienes inmuebles, bienes muebles registrables y las prestaciones periódicas o vitalicias (art. 1522), en la que se exige escritura pública, con excepción de las efectuadas a favor del Estado, que pueden ser acreditadas con las actuaciones administrativas (art. 1553).

Pero esto no es novedad, desde antaño en nuestro sistema normativo rigió como principio para el apoderamiento la libertad de formas. Pese a que se discutió en algunos ámbitos el origen y el alcance que el codificador quiso darle a esta regla, finalmente fue aceptada por la doctrina. Sin embargo, como se dijo anteriormente, este principio reconocía como excepción los poderes generales y especiales que debían presentarse en juicio, los cuales debían ser redactados mediante escritura pública.

El poder y el mandato no requieren formalidades. El contrato de mandato es formal cuando la ley lo impone porque el interés comprometido es relevante, o el acto al que accede es formal, como en los casos en que se exige la escritura pública para el mandato" (12).

El poder general de actuación en juicio conferido al abogado por su cliente, a los fines de la representación legal, habitualmente se otorgó por instrumento público, pero el actual art. 1017 del Cód. Civ. y Com. de la Nación no lo enumera entre los documentos que requieren la intervención de un escribano, ni existe otra disposición que lo ordene de esta forma. El Cód. Civ. y Com. de la Nación guardó silencio sobre este extremo, entendemos que con criterio acertado, omitiendo legislar sobre la forma en la que se debe instrumentar esta instrucción. La reforma introducida trascendió al espacio de las formas y originó diferentes planteos y soluciones judiciales, acusando la posibilidad de un defecto de acreditación de personería cuando el modelo que se aplica es diferente al que interpreta el juez interviniente (13).

Al haber el legislador excluido expresamente a los poderes judiciales del art. 1017 del Cód. Civ. y Com. de la Nación, entendemos que ha querido marcar un considerable cambio superando así la crítica que la doctrina realizaba del art. 1184, inc. 6° que lo mencionaba expresamente.

El art. 1017 del Cód. Civ. y Com. de la Nación simplifica la enunciación de casos, haciendo referencia a supuestos más amplios y generales, que deben ser otorgados por escritura pública.

A su turno, el mismo cuerpo normativo establece la forma en que debe realizarse el apoderamiento, la que estará dada por el acto que el representante deba realizar; así lo establece expresamente el art. 363 que viene a poner fin a la controversia sobre la forma del poder, y en consecuencia para la representación voluntaria fija la forma del acto principal, es decir, la del negocio a celebrar. Esto significa que de acuerdo a la forma del negocio que se pretende realizar como representante, idéntica forma deberá tener el apoderamiento (14).

Dentro del título II "Contratos en general", el art. 1015 del Cód. Civ. y Com. de la Nación estipula y mantiene el principio de libertad de formas, en especial en lo atinente a la formación del consentimiento —en concordancia con el antiguo art. 974 del Cód. Civil (15)—, por lo que mientras la ley no la imponga la forma, las partes pueden resolver sobre ellas según su conveniencia.

Recordemos que la forma hace a la exteriorización de la voluntad de las partes y que en el derecho moderno, las formas son impuestas por diversas razones, entre las que pueden mencionarse: mayor certeza de los hechos; mayor y mejor determinación del objeto del contrato; necesidad de asegurar a una de las partes —generalmente la más débil en la relación jurídica—; contar con el enunciado de las cláusulas que contienen las obligaciones establecidas en una determinada relación jurídica; necesidad de asegurar que un determinado acto de disposición se celebre con sujeción a recaudos que requieran o posibiliten una mayor reflexión, etcétera.

Este tan conocido principio de libertad de formas establece que, de no mediar imposición legal, las partes no se encuentran obligadas a observar una determinada forma para el otorgamiento de un acto; pero ello implica también que tienen la libertad de establecerla, aun cuando ella no sea exigida por el ordenamiento jurídico, como surge del inc. d) del art. 1017, Cód. Civ. y Com.: "Deben ser otorgados por escritura pública: (...) d. los demás contratos que, por acuerdo de partes o disposición de la ley, deben ser otorgados en escritura pública".

Existen razones que hacen necesario un registro del acto, que asegure el control de legalidad que todo escribano debe realizar y la posibilidad de acceso a los términos del negocio jurídico por terceros, incluido el Estado.

La aplicación de dicho principio no es absoluta, en la medida que distintas normas —procesales o de fondo— regulan la cuestión de manera distinta.

Un ejemplo claro son los Códigos Procesales provinciales, que fueron dictados en uso de las facultades no delegadas al Congreso Nacional, en cuanto se han reservado para sí la facultad de administrar justicia que

comprende en primer lugar el derecho a la organización judicial y por último el derecho procesal en sentido estricto (16).

Verbigracia, el art. 47 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación establece que "los procuradores o apoderados acreditarán su personalidad desde la primera gestión que hagan en nombre de sus poderdantes, con la pertinente escritura de poder". Idéntica exigencia establecen los Códos. Procesales de Neuquén y de La Pampa, que son copias textuales de lo establecido por el Código de Procedimientos de Nación.

Cierto es que, de la normativa adjetiva mencionada, no surge expresamente que los mandatarios deban acreditar su personería mediante poder redactado por escritura pública, sino que se hace referencia a "escritura de poder". Ahora bien, el diccionario de la Real Academia Española, cuenta con dos posibles significados para la palabra "escritura": 1) carta, documento o cualquier papel escrito; 2) documento público, firmado con testigos o sin ellos por la persona o personas que lo otorgan, de todo lo cual da fe el notario (17). Dicho esto, entendemos que el artículo citado se refiere a la escritura pública y no a un simple instrumento privado.

De igual modo, el art. 85 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación (18) contiene la posibilidad de otorgar el poder mediante acta labrada ante el oficial primero del juzgado para aquellos que gocen del beneficio de litigar sin gastos.

Sucede lo mismo con el art. 53 de la ley 24.240 de Defensa del Consumidor (19) que autoriza a quienes ejerzan las acciones previstas en dicha ley representando un derecho o interés individual, a acreditar dicho mandato mediante simple acta poder en los términos que establezca la reglamentación.

VI. Antecedentes jurisprudenciales

Sumado al fallo que comentamos, existen diferentes pronunciamientos sobre el tema tratado, lo que suscita una auténtica perplejidad doctrinaria (20).

La CNApel., sala H, en los autos "Medina c. Saettone" (21) y posteriormente en el antecedente "Arroyo c. Dreid" (22), sostuvo que, en virtud de lo establecido en los arts. 1017 y 363 del Cód. Civ. y Com. de la Nación y el art. 47 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación, el poder general acompañado por instrumento privado, no cumple con las disposiciones legales vigente. Para llegar a dicha conclusión afirmó que no existe la libertad absoluta de formas y el art. 1017 inc. d, al hacer mención a "los demás contratos que, por acuerdo de parte o disposición de la ley deben ser otorgados en escritura pública", establece una cláusula residual que permite a las provincias regular la forma de los poderes judiciales. Dicha cláusula respeta las autonomías provinciales en lo que se refiere a la posibilidad de exigir escritura pública para el otorgamiento de poderes judiciales, ya que las leyes locales se sancionaron a partir de una competencia constitucional que no puede ser regulada ni derogada por aquella normativa.

La CCiv. y Com. de Dolores, provincia de Buenos Aires, entendió en los autos "Focke s/ sucesión" (23) que, conforme la normativa que regula la materia del mandato, su instrumentación en principio no requiere formas sacramentales expresas (art. 363 del Cód. Civ. y Com. de la Nación) excepto que el acto para el cual se otorga, sí lo requiera: es formal cuando la ley expresamente lo señala, ya sea porque el interés comprometido es relevante o el acto al cual accede exige la formalidad de instrumento público (art. 1017, Cód. Civ. y Com. de la Nación). Por ello, debe distinguirse el objeto del mandato para así determinar los requisitos que se deben exigir. Y así, si nos limitamos a la representación en juicio ya sea por poder general o especial, y al sólo efecto de ejercer los actos procesales necesarios, resultaría suficiente con la manifestación de voluntad de la parte otorgante de ser representada por el letrado que señale.

Por el contrario, si lo que se pretende es conferir mandato para actos que requieren la formalidad de escritura pública ya sea por su naturaleza o porque así la ley lo exige, el mandato para producir sus efectos deberá ser hecho ante escribano público.

En esa línea afirmó la Cámara que esa libre voluntad expresada entre mandante y mandatario, requiere de modo necesario y por razones de seguridad jurídica, la intervención del actuario del Juzgado que ha de conocer. Ello a fin de resguardar el acto como tal, evitando futuros planteos —por ejemplo, nulitivos— por parte de la contraria respecto de la existencia o autenticidad de las grafías y/o contenido del instrumento. Ello a su vez, compatibilizando esta nueva norma con las normas del Cód. Procesal vigente en el territorio provincial que dispone la instrumentación del mandato por acta labrada ante el actuario para casos en los que el valor pecuniario del juicio fuera de poca monta, precisamente fundado en la seguridad jurídica y en el necesario control de legalidad de dicho acto trascendental. De allí que, si se requiere la intervención actuarial en los casos de escaso valor pecuniario, no puede ser menor la exigencia para aquellos en que en el proceso se refiera a montos elevados o cuestiones de incidencia determinante en la vida del justiciable.

La Cámara de Apelaciones de San Isidro, en los autos "Oropel c. Gómez" (24) sostuvo que, atendiendo a la

trascendencia del negocio jurídico y sus implicancias para los contratantes, no puede ignorarse que tal requisito de forma para su prueba y efectos en juicio establecido como norma general en el Cód. Procesal, tiene reconocido fundamento en razones que hacen a la seguridad jurídica que como regla protege el acto público, en tanto la existencia del acto así instrumentado queda garantizada con su matricidad y asegura un adecuado control del acto —la expresión de voluntad y comprensión de los alcances— con la intervención personal de un tercero profesional idóneo que es el escribano.

La sala II de la CCiv. y Com. de Mar del Plata, en los autos "Grippaldi c. Consorcio" (25) dictaminó que "el requisito de la escritura pública establecido por el ordenamiento ritual, se consagra como una disposición específica de la ley (art. 1017, inc. d) y se encuentra dentro del parámetro del art. 363 en el entendimiento de que, cuando lo que se quiera ejercer sea la representación en juicio (mandato específico judicial), deberá otorgarse la pertinente escritura poder conforme lo indica el art. 47 del Cód. Proc. Civ. y Com. (en igual sentido, Cámara de Apelaciones de San Isidro, sala III, causa nro. 39.362 del 25/02/2016, reg. nro. 37). El interés comprometido que indica dicha exigencia se sostiene en la necesidad de la protección tanto del representado como del oponente, a los fines de que el contradictorio se realice con la real intervención de los interesados, recaudo que se hace efectivo a través de la actuación del notario en el instrumento público o, en su caso, la del funcionario judicial, garantizando de este modo la seguridad jurídica buscada con dicha regulación".

Por último, y a contrapelo de las conclusiones reseñadas la sala segunda de la Cámara de Apelaciones de La Plata, provincia de Buenos Aires, en el precedente "Sciatore c. Rossini" se pronunció a favor de la libertad de formas en el otorgamiento del Poder Judicial, afirmando que si el objeto del mandato es entonces la representación en juicio, ya sea por poder general o especial y al sólo efecto de ejercer los actos procesales necesarios, resulta suficiente con la manifestación de la voluntad de la parte otorgante de ser representada por el letrado, sin ser necesario el otorgamiento de ella a través de una escritura pública. Entiende el tribunal que no puede asignarse relevancia a la determinación de Cód. Procesal desde que responde a otro panorama normativo, del cual quedó ahora huérfano; además sería impropio que, un régimen procesal local, termine por imponer una forma no determinada por el Código de fondo. De tal modo, concluye la Cámara, es admisible el instrumento privado para acreditar la representación en juicio (26).

VII. Dictamen del Colegio de Escribanos

Es útil resaltar que el Colegio de Escribanos de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, frente a todas las incertidumbres vertidas, requirió al Dr. David Andrés Halperín que señalara su opinión sobre la materia, quien concluye que la exigencia de la escritura pública para el otorgamiento de poderes generales o especiales para estar en juicio sigue vigente con el nuevo Cód. Civ. y Com. de la Nación por las siguientes razones: a) Cuando se sancionan nuevas leyes que modifican parcialmente las anteriores y existe una incongruencia absoluta entre ellas, se produce una derogación tácita. De no ser así, el principio es reconocer la subsistencia de todas las normas y considerar su ámbito de aplicación. En particular, para entender que la derogación se produce, es necesario que ambas leyes provengan del mismo órgano y, si provienen de órganos distintos y hay una relación jerárquica, prevalece la llamada ley superior. Al respecto y sobre esta materia en particular, el asesor considera que en este caso no podría sostenerse que el Cód. Civ. y Com. de la Nación es ley suprema (art. 31 de la CN) para poder alegar una supuesta ley superior que derogue una ley inferior, ya que esta última se sustenta en facultades que surgen de la organización federal de la Nación vinculadas con la autonomía que poseen las provincias y la Ciudad de Buenos Aires (art. 121 de la Constitución). b) Por otra parte, la noción de codificación en el Derecho Civil no puede extenderse al ámbito procesal —que está regulado específicamente por los diferentes Cód. Procesales— por lo que se trata de ámbitos de aplicación normativa diferentes. c) En otro orden de cosas, el art. 1017 del nuevo Cód. Civ. y Com. de la Nación textualmente establece en su inc. d que "los demás contratos que por acuerdo de partes o disposición de la ley deben ser otorgados por escritura pública". El asesor concluye que, por medio de esta cláusula, el Cód. Civ. y Com. de la Nación decidió respetar las autonomías provinciales y de la Ciudad de Buenos Aires, en lo que se refiere a la posibilidad de exigir escritura pública para el otorgamiento de poderes judiciales, ya que las leyes locales se han sancionado a partir de una competencia constitucional que no puede ser ni regulada ni derogada por el Cód. Civ. y Com. de la Nación (27).

VIII. Nuestra opinión

Compartimos las conclusiones recaladas en el fallo comentado, en cuanto sostiene que la normativa procesal provincial, relacionada con la exigencia de instrumentos públicos para los poderes judiciales no fue derogada por el Cód. Civ. y Com. de la Nación. El letrado apoderado deberá aportar el instrumento público correspondiente que podrá ser la respectiva escritura pública o simplemente mediante acta judicial, labrada ante el actuario del órgano interviniente.

Por el contrario, no colaboramos con la idea de que, a partir de la reforma, los Cód. Procesales provinciales

han quedado desnaturalizados a la luz del nuevo ordenamiento Civil y Comercial.

Entendemos que no fue una distracción del legislador la omisión de exigir en el art. 1017 del Cód. Civ. y Com. de la Nación las solemnidades requeridas en el antiguo art. 1184, inc. 7° del Cód. Civil, sino que importó una decisión de política legislativa tendiente a respetar las autonomías locales.

Arribamos a dicha conclusión por las siguientes razones: en primer lugar, la doctrina en forma unánime criticó la alusión que hacía el art. 1184, inc. 7° del Cód. Civil a los "poderes" pues dicho instrumento no es un contrato, por lo que vemos plausible su exclusión en el Cód. Civ. y Com. de la Nación que siguió la línea marcada originariamente el proyecto de Ley de Unificación de 1991.

En segundo lugar, las procuraciones judiciales se rigen por las normas locales y es justamente el acto de apoderamiento judicial, un acto necesario que integra el procedimiento judicial. Esto es así no porque lo dispuso el codificador en el derogado art. 1870, inc. 6° del Cód. Civil, que establecía la aplicación de las reglas del mandato a las procuraciones judiciales en la medida en que no se oponga a las disposiciones del Cód. de Procedimientos, sino porque como acto que integra el proceso judicial, es derecho procesal civil y comercial local, competencia de las legislaturas provinciales y ajeno a la competencia del Congreso Nacional.

Esta es la razón por la cual el legislador no mantuvo en el Cód. Civ. y Com. de la Nación la norma mencionada, pues era innecesaria.

Entendemos también que la referencia que hace el legislador en el inc. 6° del art. 1017 del Cód. Civ. y Com. de la Nación, cuando habla de "los demás contratos que, por acuerdo de partes o disposición de la ley, deben ser otorgados por escritura pública", no está dirigida a los poderes judiciales ni tampoco a las leyes de procedimientos provinciales. La interpretación contraria tropieza con el mismo defecto que señaló la doctrina en el suprimido inc. 7° del art. 1184 del Cód. Civil, pues el acto de apoderamiento no es un contrato. Por otro lado, sería inadmisibles pensar que las leyes locales pudieran legislar sobre la forma de los contratos, en la medida que esta materia está normada por la legislación de fondo en virtud de lo dispuesto por el art. 75, inc. 12 de la CN.

El derecho procesal es derecho local, esta es la interpretación de la CSJN; como tal, competencia de las legislaciones provinciales y ajenas a la competencia del Congreso de la Nación. Según se señala, las provincias se han reservado para sí la facultad de administrar justicia. Así lo ordenan los arts. 5° y 123 de la CN (28).

Esta facultad de administrar justicia comprende tanto el derecho a la administración judicial —establecer y organizar el órgano del estado que llevan a cabo los actos de autoridad judicial—, como también el derecho procesal en sentido estricto —definir los actos necesarios que integran el procedimiento mediante el cual se administra justicia—.

IX. Conclusión

Entendemos que el Cód. Civ. y Com. de la Nación decidió respetar las autonomías provinciales en lo que se refiere a la posibilidad de exigir escritura pública para el acto de apoderamiento judicial, ya que las leyes locales se han sancionado a partir de una competencia constitucional que no puede ser regulada ni derogada por el Congreso Nacional, no obsta la conclusión arribada, la relativización de esta postura, en la medida en que se admite hasta cierto grado la competencia del Congreso Nacional para legislar en materia procesal (29).

Cierto es que las leyes locales no pueden imponer a los contratos formas instrumentales que la ley sustancial no prevé, pues es materia delegada al Congreso Nacional —art. 75, inc. 12 de la CN—, pero el acto de apoderamiento judicial del cliente a su letrado es, a nuestro entender, un acto necesario de procuración judicial que integra el procedimiento mediante el cual se administra justicia y como tal es competencia originaria de las provincias —art. 121 de la CN—.

Si bien es cierto, que la función del abogado es acompañar a su parte en el más adecuado ejercicio y defensa de sus derechos, en tanto con su título habilitante posee los conocimientos jurídicos necesarios para conocer de las características del contrato de apoderamiento que suscribe con su cliente, al igual que se encuentra en condiciones de explicar a quien representará de los alcances y efectos de su suscripción, también es cierto que un poder para actuar en juicio debe reunir ciertos recaudos con el fin de evitar, no solo conflictos de personería que dilatan los pleitos, sino también debe apanar un mínimo de garantías para dar certeza jurídica al apoderamiento respecto de terceros y el propio juez.

Esto último, se logra exigiendo que el acto de apoderamiento judicial sea otorgado mediante instrumento público, ya sea con la intervención de un notario o el propio secretario del Tribunal que interviene. El Cód. Civ. y Com. de la Nación refleja en este extremo la costumbre arraigada en nuestro derecho de respetar la facultad originaria de las provincias de legislar en lo relativo a las procuraciones judiciales.

(1) Artículo 51, Cód. Proc. Civ. y Com. de la provincia de La Pampa.- PRESENTACION DE PODERES.- "Los

apoderados acreditarán su personería desde la primera gestión que hagan en nombre de sus mandantes con la pertinente escritura de poder. (...)". Cód. Proc. Civ. y Com. de la provincia de La Pampa.

(2) ALTERINI, Jorge Atilio, Código Civil y Comercial comentado. Tratado Exegético, 2da. ed. actualizada y aumentada. Ed. La Ley, t. II, ps. 452/453.

(3) BUERES, Alberto J., Código Civil y Comercial de la Nación analizado, comparado y concordado, Ed. Hammurabi, 2015.

(4) LORENZINI, Juan Pablo, "La forma de los poderes judiciales a partir de la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial". Cita online: AP/DOC/7841/2016.

(5) Art. 362, Cód. Civ. y Com. de la Nación: "La representación voluntaria comprende solo los actos que el representado puede otorgar por sí mismo. Los límites de la representación, su extinción y las instrucciones que el representado dio a su representante, son oponibles a terceros si estos han tomado conocimiento de tales circunstancias, o debieron conocerlas obrando con cuidado y previsión".

(6) ZINNI, Mario Antonio, "Mandato, apoderamiento y poder de representación", Revista del Notariado 903, 15.

(7) Franz Josef Hupka (1875-1944) de nacionalidad austriaca, experto legal y profesor universitario. Era profesor de comercio y de la ley de cambio en el Jurídico de la Facultad de la Universidad de Viena.

(8) HUPKA, Josef, La representación voluntaria en los negocios jurídicos, trad. de Luis Sancho Seral, Madrid, 1930.

(9) BUERES, Alberto J., ob. cit., p. 672.

(10) Art. 1017, Cód. Civ. y Com. de la Nación. ESCRITURA PÚBLICA. "Deben ser otorgados por escritura pública: a) los contratos que tienen por objeto la adquisición, modificación o extinción de derechos reales sobre inmuebles. Quedan exceptuados los casos en que el acto es realizado mediante subasta proveniente de ejecución judicial o administrativa; b) los contratos que tienen por objeto derechos dudosos o litigiosos sobre inmuebles; c) todos los actos que sean accesorios de otros contratos otorgados en escritura pública; d) los demás contratos que, por acuerdo de partes o disposición de la ley, deben ser otorgados en escritura pública".

(11) Art. 284, Cód. Civ. y Com. de la Nación. LIBERTAD DE FORMAS. "Si la ley no designa una forma determinada para la exteriorización de la voluntad, las partes pueden utilizar la que estimen conveniente. Las partes pueden convenir una forma más exigente que la impuesta por la ley".

(12) LORENZETTI, Ricardo Luis, Código Civil y Comercial comentado, Ed. Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, t. II, 2015, p. 442.

(13) GOZAINI, Osvaldo A., "Formas de acreditar la personería en juicio (sobre el art. 1017 del Código Civil y Comercial)", La Ley del 27/06/2016.

(14) BUERES, Alberto J., ob. cit.

(15) Art. 974, Código Civil. "Cuando por este código, o por las leyes especiales no se designe forma para algún acto jurídico, los interesados pueden usar de las formas que juzgaren convenientes".

(16) MAIER, Julio, Derecho Procesal Penal, t. I, p. 115.

(17) LORENZINI, Juan Pablo, "La forma de los poderes judiciales a partir de la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial". Cita online: AP/DOC/781/2016.

(18) Art. 85, Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación.- "La representación y defensa del beneficiario será asumida por el defensor oficial, salvo si aquél deseara hacerse patrocinar o representar por abogado o procurador de la matrícula; en este último caso, cualquiera sea el monto del asunto, el mandato que confiera podrá hacerse por acta labrada ante el oficial primero".

(19) Art. 53, ley 24.240. NORMAS DEL PROCESO. "Se aplicarán las normas del proceso de conocimiento más abreviado que rijan en la jurisdicción del tribunal ordinario competente. Quienes ejerzan las acciones previstas en esta ley representando un derecho o interés individual podrán acreditar mandato mediante simple acta poder en los términos que establezca la reglamentación. Las actuaciones judiciales que se inicien de conformidad con la presente ley gozarán del beneficio de justicia gratuita".

(20) LEGUISAMÓN, Héctor Eduardo, "La representación convencional o voluntaria en juicio según el Código Civil y Comercial. Cuatro fallos y una gran incertidumbre". Cita online: AR/DOC/2048/2016.

(21) CNCiv., sala H, "Medina, Alejandra Elizabeth c. Saettone, Sergio Omar y otros s/ daños y perjuicios (acc. tran. c/ lesión o muerte)", 20/11/2015. Cita online: AR/JUR/62398/2015.

(22) CNCiv., sala H, "Arroyo, Nicolás Sebastián c. Dreid, Carlos Arturo y otro s/ prueba anticipada", 12/05/2016. Cita online: AR/JUR/22709/2016.

(23) CCvivyCom. de Dolores, provincia de Buenos Aires, "Focke, Teófilo s/ sucesión", 04/02/2016. Cita online: AR/JUR/277/2016.

(24) CCvivyCom. de San Isidro, provincia de Buenos Aires, "Oropel, Clara Angélica c. Gómez, Raúl Alberto s/ acción declarativa", 25/02/2016. Cita online: AR/JUR/1532/2016.

(25) CCvivyCom. de Mar del Plata, provincia de Buenos Aires, "Grippaldi, Alfredo Antonio c. Cons. Prop.

Edificio Santa lucía s/ cobro de sumario de sumas de dinero", 31/05/2016. Cita online: AR/JUR/42106/2016.

(26) SANTARELLI, Fulvio G., "El contrato de mandato puede ser informal, ¿pero es conveniente?". Cita online: AP/DOC/1065/2016.

(27) https://www.colegio-escribanos.org.ar/noticias/2015_07_28_dictamen_Halperin.pdf.

(28) Art. 5º, CN. "Cada provincia dictará para sí una Constitución bajo el sistema representativo republicano, de acuerdo con los principios, declaraciones y garantías de la Constitución Nacional; y que asegure su administración de justicia, su régimen municipal, y la educación primaria. Bajo de estas condiciones, el Gobierno federal, garante a cada provincia el goce y ejercicio de sus instituciones". Art. 121, CN. "Las provincias conservan todo el poder no delegado por esta Constitución al Gobierno Federal, y el que expresamente se hayan reservado por pactos especiales al tiempo de su incorporación".

(29) SANTIAGO, Gerardo A, "Las provincias, la Constitución Nacional, la Nación y las normas procesales. Los poderes delegados y las normas procesales —facultades de la nación y/o de las provincias— poder concurrente". Cita online: AR/DOC/244/2013. "De lo antedicho podría seguirse que, por incompatibilidad, la Nación no había recibido poder delegado para albergar en sus códigos de derecho común normativas de derecho procesal. Sin embargo no es así. La delegación que recibió para el dictado de los códigos y leyes de derecho común implica necesariamente el de legislar un derecho procesal ad hoc limitado, esto es, que revista carácter de necesario, específico y suficiente para la debida aplicación de los institutos de fondo".