

EL ARTÍCULO 269 DEL PROYECTO DE NUEVO CÓDIGO CIVIL Y UNA DISVALIOSA INNOVACIÓN

Por **José Carlos Carminio Castagno ***

1. Introducción

Hace casi treinta años presentamos al Primer Congreso de Derecho Notarial (Córdoba, junio de 1971) un ensayo titulado “*El artículo 985 del Código Civil Argentino*”, en el cual sostuvimos la inviabilidad de la “conversión formal” del instrumento público –dispuesta por el artículo 987– en los supuestos aprehendidos por aquella norma².

La solución contraria que expresamente adopta el Proyecto de nuevo Código Civil –y que ha merecido el apoyo de los demás señores miembros de número de la Academia Nacional del Notariado³– nos mueve a volver sobre el tema, a efectos de formular un nuevo análisis con el auxilio de algunos otros argumentos coadyuvantes.

2. Nuestra tesis

A) El artículo 985 del Código Civil no describe casos de incompetencia

Partiendo de la premisa de que la “competencia” –y, obviamente, su rever-

*Miembro de Número de la Academia Nacional del Notariado.

(1) Publicado en el N° 720 de la “*Revista del Notariado*”, al que remitimos *in extenso*.

(2) Postura que –con respaldo mayoritario– quedó plasmada en el despacho respectivo.

(3) Con la sola excepción del Dr. José María Rodolfo ORELLE, quien –ausente al momento del debate– nos expresó verbalmente su apoyo con posterioridad.

so negativo— se predica del *órgano*⁴ (y que éste carece de “parientes” y de “interés”), rechazamos su difundida concepción como “incompetencia *por razón de las personas*”.

Para comprobar el error de la misma, basta advertir lo que ocurre cuando esa especie se da en materia jurisdiccional (V. G.: “*en todos los asuntos ... en los que alguna provincia fuese parte*”, supuestos reservados a la competencia originaria y exclusiva de la Corte Suprema de Justicia de la Nación⁵): los demás tribunales no pueden intervenir, pero por razones absolutamente *ajenas* a quienes los integran.

Nuestra posición fue hidalgamente aceptada por el eminente notarialista Carlos A. PELOSI⁶, con estas palabras: “*La solidez de los argumentos esgrimidos en el trabajo de referencia me obliga, por razones obvias, más que a defender mi punto de vista a justificarme y explicar los motivos por los cuales he sostenido un criterio que merece aceptables reparos*”.

B) Sus prohibiciones toman en cuenta al individuo titular del órgano

En efecto: el interés que la norma menciona es el personal del “funcionario público”, o el de “*sus parientes dentro del cuarto grado*”, diseñando —por ende— hipótesis de “ilegitimación del agente”⁷.

Puede resultar provechoso observar aquí también los casos similares que se configuran en la órbita del poder judicial, que dan lugar a las causales de excusación y recusación. El parentesco de uno de los señores vocales con el demandante, por ejemplo, ¿provoca la *incompetencia* de la sala? La respuesta negativa se impone, a poco que se repare en que será *ese mismo tribunal* el que continuará entendiendo (por cierto que una vez substituido quien estaba alcanzado *personalmente* por el impedimento).

C) La norma apunta a garantizar el insospechado ejercicio de una función pública

Nos hemos ocupado anteriormente —en trabajos a los que remitimos⁸— del carácter *público* que asignamos a la función que hemos denominado *factidiccional*⁹. Y bien: interesa al Derecho que las potestades estatales se desempeñen de manera correcta y que —amén de ello, como la mujer del César— también así *aparezca* a la consideración general.

(4) Remitimos a nuestra “*Teoría general del acto notarial*”, trabajo publicado en el N° 727 de la “*Revista del Notariado*”.

(5) Artículo 117 de la Constitución Nacional.

(6) En un estudio de idéntico título que el primeramente citado de nuestra autoría —publicado en el N° 723 de la “*Revista del Notariado*”— y en el que se reconoce como “*el responsable, en nuestro medio, de la concepción que califica de competencia o, más precisamente, de incompetencia por razón de las personas, la prohibición antes mencionada*”.

(7) Volvemos a remitir a nuestra ya citada “*Teoría general...*”

(8) V. G.: “*Reflexiones en torno al concepto de instrumento público*” —conferencia pronunciada el 18 de mayo de 1995 en la Academia Matritense del Notariado y publicada en el Tomo XXXV de los “*Anales*” de dicha corporación— y en la ya citada “*Teoría general...*”

(9) Consistente —en esencia— en “*declarar hechos*”, que es lo que hacen los oficiales públicos y describe acertadamente el artículo 993 del Código Civil.

Es indudable que el valor que se tiende a preservar en este punto es el de la *imparcialidad* del funcionario, la que debe observarse *en toda su conducta como tal, que se concreta en el acto de ejercicio* (contenido –conjuntamente con el negocio de las partes– en el “instrumento público”).

Para lograr ese objetivo, el orden jurídico parte de una presunción *juris et de jure*: considera que en los casos que encuadran en la previsión normativa el oficial público ha tenido –*sin admitirse prueba en contrario*– un desempeño viciado de *parcialidad* (es obvio que, por “afecto”, a favor de las personas mencionadas en el precepto).

D) Los actos alcanzados padecen de invalidez absoluta

Lo antes expuesto conduce a aseverar que el interés que se tutela es general –lo que califica a la norma cual precepto de *orden público*¹⁰–, con la necesaria consecuencia de la nulidad *absoluta* de los actos tácitamente prohibidos y de la consiguiente aplicabilidad del régimen legal previsto para los que padecen tal tipo de invalidez¹¹.

El encuadre que propiciamos fluye –asimismo– del expresivo inicio del artículo: “*Son de ningún valor*”, que constituye una contundente evidencia del grado sumo que alcanza el descalificador reproche normativo.

E) La nulidad comprende el negocio formalizado

a) Sostuvimos en el citado trabajo de 1971:

“*Caen, por ende, el propio ‘acto’, el ‘instrumento’ (en tanto –amén de ‘contenente’– es ‘objeto’ del mismo) y el ‘negocio jurídico’ que se ha configurado con su intervención.*

El panorama que se ofrece, como podrá advertirse, es de nulidad total.

Es imposible arribar a distinta conclusión si se repara en ... la ‘distorsión’ que la ley presume respecto del negocio”.

El fundamento central para arribar a esa inferencia lo constituyó la interpretación sistemática de los artículos 987 y 1185 del Código Civil, ya que –de habilitarse la “conversión *formal*” dispuesta en el primero– la escritura nula por infracción al artículo 985 se tornaría *instrumento privado* y el acto contenido –V. G.: contrato de compraventa inmobiliaria– valdría como *preliminar bilateral*, acorde a la “conversión substancial” establecida en la segunda de aquellas normas¹².

Y bien: el corolario de todo ello es la paradójica posibilidad de que *el propio autorizante, su cónyuge o pariente dentro del cuarto grado* –según el caso– tendrían derecho a demandar a la otra parte la elevación a escritura pública de *aquel mismo contrato preliminar*.

(10) Acerca de la relación (de género a especie) que consideramos se da entre las disposiciones de “orden público” y de “interés general”, remitimos a lo expuesto en nuestro ensayo “*Algo más sobre los actos nulos y anulables*” (publicado en el N° 854 de la “*Revista del Notariado*”).

(11) Por nuestra parte, consideramos que la respectiva acción impugnativa prescribe, acorde a los argumentos que exponemos en el trabajo citado en la nota precedente.

(12) Va de suyo que ambas “conversiones” se producirán de cumplimentarse los requisitos impuestos en cada caso.

Demás está decir que ello nos parece absolutamente irrazonable.

b) A las demás razones allí expuestas, deseamos agregar ahora otro argumento: el que puede extraerse de lo preceptuado por el artículo 3664 del Código Civil y de las explicaciones que brinda VÉLEZ SÁRSFIELD en la nota respectiva.

La citada norma, en efecto, dispone:

“El escribano y testigos en un testamento por acto público, sus esposas, y parientes o afines dentro del cuarto grado, no podrán aprovecharse de lo que en él se disponga a su favor”.

Por su parte, el codificador –luego de destacar que acorde a la legislación francesa, y a otras que la siguen, en tales casos “*es nulo todo el testamento*”– expresa:

“Nosotros decimos con Goyena, que un testamento es una cosa muy grave para declararlo absolutamente nulo por sólo la sospecha de un interés personal que puede recaer en alguna de las mandas sin afectar en nada por lo demás la veracidad o idoneidad del escribano, o testigos”¹³.

De lo expuesto, deducimos:

1) La mentada *gravedad* estriba en que el interesado no podrá jamás “reformular” el testamento una vez decretada su invalidez, por la obvisima razón de que ello ocurrirá sólo luego de que aquel acto se torne eficaz (o sea: *después de la muerte del testador*).

2) A *contrariis*, de tratarse de un negocio “inter vivos” –V. G.: contrato de permuta inmobiliaria–, éste será “*absolutamente nulo*”.

3) El adverbio “*absolutamente*” refiere en este caso a la *extensión* de la invalidez, que comprende la *totalidad* de sus disposiciones. Dicho de otra manera: el acto jurídico privado “*in integrum*”¹⁴ es nulo.

3. Análisis de algunos argumentos que suelen invocarse

A) “Las partes lo quieren”

Si el interés tutelado es, como pensamos, *general* –lo que implica que la norma es de “orden público”–, ningún relieve puede poseer la autonomía privada en su pretensión de enervar el dispositivo legal.

Un ejemplo lo pondrá en evidencia: aunque unánimemente el ejecutado, sus acreedores, el juez y el secretario intervinientes hayan deseado y deseado que la compra por parte de éste –en remate público y por un precio probadamente muy superior al de plaza– sea válida, el acto será totalmente nulo al infringir la prohibición del artículo 1361, inciso 6º del Código Civil.

Retornando al artículo 985, cabe aclarar que consideramos viable que –si “las partes lo quieren”– el acto sea *reformulado* con idénticas cláusulas ante otro oficial público legitimado. Pero, reiterando lo ya dicho, nos parece absurdo que –por vía de las conversiones “formal” y “substantial” (artículos 987 y

(13) La negrita es nuestra.

(14) Y no sólo “parcialmente” (como ocurre –según hemos visto– en los casos aprehendidos por el artículo 3664 C. C.).

1185)– el pariente o cónyuge del oficial público (y hasta éste, en su caso) pueda exigir a la contraparte el otorgamiento de otra escritura pública con similar contenido negocial. Quizá innecesariamente, agregamos que –habida cuenta del apuntado “interés general” que se tutela– a idéntica conclusión llegamos cuando el que demanda la escrituración es alguien que no está alcanzado por la prohibición¹⁵.

B) “Hay situaciones más graves –como cuando está interesado un amigo íntimo o el concubino– que escapan a la prohibición”

Si bien esto es cierto, el argumento carece de entidad y pone en evidencia una frecuente distorsión conceptual: la de pretender substituir la *determinación normativa del legislador por el discrecional arbitrio del intérprete*¹⁶.

Pero, por añadidura, en el asunto sub examen existen razones concretas para defender el criterio plasmado en el artículo 985 del Código Civil.

Ya en el citado trabajo de 1971, dijimos¹⁷:

“¿Por qué no se excepcionan los parientes desavenidos y no se incluyen los amigos íntimos?”

La respuesta nos lleva a considerar la enorme trascendencia jurídica y socio-económica del instrumento público. Reparando en ella, se impone que el derecho opte, sin hesitar, por la certeza, fulminándolo de nulidad solamente en situaciones susceptibles de determinación objetiva ... En resumen: la ley establece la parcialidad del funcionario público sobre la base del afecto objetivamente presumido. Apuntando a la seguridad jurídica, no exige su prueba ni la admite en contra”.

Agregamos ahora que lo propio ocurre en otros supuestos. Así: la figura del “homicidio preterintencional” está diseñada –en el artículo 81, 1, “b” del Código Penal– no sólo sobre la base de un rasgo subjetivo (como es la intención¹⁸) sino especialmente con el apoyo de un dato objetivamente apreciable: que “*el medio empleado no debía razonablemente ocasionar la muerte*”.

C) “Los casos referidos a un mismo defecto deben merecer idéntica solución”

Para alguna corriente doctrinaria, toda la patología concerniente a un determinado presupuesto o elemento¹⁹ del acto notarial debe ser objeto de simi-

(15) Es decir un sujeto negocial que no es el autorizante del instrumento público, ni cónyuge o pariente suyo dentro del cuarto grado.

(16) Sea éste un tratadista, un funcionario administrativo o un juez. Nos apresuramos a aclarar que no estamos negando a la autoridad jurisdiccional su reconocida potestad interpretativa; sólo señalamos que esa labor –regida por numerosos principios, como ha demostrado brillantemente Sebastián SOLER en su pequeña gran obra “*La interpretación de la ley*” (Ariel, Barcelona, 1962)– se debe ejercitar *dentro de los límites que el propio ordenamiento en general y cada norma en particular establecen*. Fuera de tales pautas, sólo cabe el recurso a la reforma legislativa.

(17) Entre otras consideraciones.

(18) Se trata del “*propósito de causar un daño en el cuerpo o en la salud*”.

(19) Acerca de este tema, volvemos a remitirnos a nuestra “*Teoría general ...*”

lar encuadre en punto a las consecuencias del vicio sobre el negocio formalizado²⁰.

Por nuestra parte no pensamos así, ya que entendemos que –en cada una de las hipótesis que conforman el “género” de determinada falencia²¹– se impone indagar dicha proyección atendiendo a la “*ratio*” de la sanción y, consiguientemente, a la índole del interés que en cada caso se tiende a proteger.

Este fenómeno es perceptible tanto en actos *públicos* cuanto *privados*, ya que en ambas especies los “defectos de forma” –por ejemplo²²– inciden en ellos de diversa manera²³.

En punto al “defecto de legitimación”, bueno es observar –corroborando nuestro enfoque– lo que ocurre en el campo del derecho privado.

Allí, efectivamente, se aprecian notorias diferencias entre las hipótesis aprehendidas por los artículos 1161 (primer y segundo párrafos) –ilegitimación “*subjetiva relativa-objetiva*” *extraordinaria*²⁴– y 1358 del Código Civil (ilegitimación “*subjetiva relativa*” *ordinaria*): mientras el acto que padece la primera de las anomalías mencionadas es *ratificable* –acorde al tercer párrafo del mismo precepto– el que exhibe la segunda *no puede ser confirmado* (arg. art. 1047, *in fine*). Y la razón no es otra que la naturaleza del interés que se tutela: “particular” y “general”, respectivamente.

Sostenemos que –igualmente– el influjo del vicio de *ilegitimación* del “acto del oficial público” en el negocio formalizado puede variar según similares pautas.

Por ende, si bien compartimos el criterio de que el defecto padecido por una escritura autorizada por quien ya ha sido notificado de su suspensión²⁵ no afecta necesariamente su contenido negocial –ya que ello dependerá de que dicho instrumento constituya o no un recaudo formal y, en caso afirmativo, de la “función” con que haya sido impuesto²⁶–, lejos estamos de extender esta conclusión a la totalidad de los supuestos de “ilegitimación”.

(20) De cuanto expone en su obra “*El acto notarial* (dación de fe)” –Depalma, Buenos Aires, 1990– deducimos que Mario Antonio ZINNY se enrola en esa postura (confr. op. cit., págs. 56 a 58 –punto A 25–, 117 –punto A 47– y especialmente 123 –los casos analizados en “A”–).

(21) Por ejemplo: “incompetencia en razón de la materia”, ídem “en razón del territorio”, “inidoneidad del objeto”, “ilicitud causal”, etcétera.

(22) La opinión de ZINNY es, en este punto, coincidente con la nuestra (confr. op. cit.).

(23) Verbigracia: en materia de escrituras públicas: a) la falta de firma del autorizante: obsta a que el instrumento lo sea (nota al artículo 987 C. C.); b) los vicios formales mencionados en los artículos 1004 y 1005 del mismo Código: tornan “nula” la escritura; c) las demás deficiencias de forma: no afectan su validez (art. 1004 C. C.). Acerca del panorama que ofrecen en este mismo aspecto los actos jurídicos de los particulares, remitimos a nuestro estudio “*Algunas disquisiciones sobre la forma jurídica*”, publicado en el N° 850 de la “*Revista del Notariado*” y en el N° 164 de la “*Revista del Colegio de Escribanos de Entre Ríos*”.

(24) Acorde a nuestra propia clasificación.

(25) El caso es, a nuestro juicio, de inesencia –o “inexistencia”– y no de “nulidad” (tema acerca del cual remitimos nuevamente a nuestra “*Teoría general...*”).

(26) Con otras palabras: según que el acto tenga forma “libre” o que el requisito de la escritura pública se exija para su *esencia*, su *validez* –*con* o *sin* “conversión substancial”–, su *eficacia* o su prueba (acorde a lo que proponemos en “*Algunas disquisiciones...*” trabajo al que remitimos).

Por lo que hace específicamente al previsto en el artículo 985, si el precepto –tutelando, como ya ha sido dicho, un interés *general*– consagra una presunción “*juris et de jure*” de *parcialidad* en el autorizante (a su favor, o del cónyuge o pariente suyo) y esa anomalía precisamente se manifiesta en la *configuración del negocio* –mediante una distorsionada declaración de los hechos por él sensorialmente percibidos (artículo 993 C. C.)–, creemos que forzoso es concluir en que resulta irrazonable pretender que la invalidez no comprenda también el “acto jurídico privado”.

En síntesis: la mera circunstancia de una misma denominación genérica de la patología no presupone una idéntica conclusión, ya que ella dependerá –en cada hipótesis– de sus peculiaridades específicas.

DJ “Una cosa es cuando el autorizante está interesado y otra cuando lo están sus parientes o el cónyuge”

Esta curiosa idea cuenta con el también curioso favor de la doctrina y de la jurisprudencia francesas, cuya legislación es conveniente repasar.

Como pusimos de relieve en nuestro estudio de 1971, el artículo 1318 del Código Napoleón –equivalente al 987 del argentino– dispone la “conversión formal” del *título auténtico* en caso de “*incapacidad* del oficial público” (amén de en los supuestos de “*incompetencia*” o “*defecto de forma*”).

Cabe señalar que la circunstancia de que VÉLEZ SÁRSFIELD se haya apartado del código francés, sirvió de sólido refuerzo a nuestra tesis.

Pero ahora se trata de recordar el criterio jurisprudencial sentado en aquel país y que se sintetiza así: cuando el propio notario es parte interesada, *el acto no vale para él ni como instrumento privado*²⁷.

Y bien: como entonces sostuvimos –y sin perjuicio de lo valioso de esa solución– procede destacar que la “*ratio*” del artículo 8º de la Ley del 25 de Ventoso del año XI (que equivale al artículo 985 de nuestro código) es *única* y, por ende, *inspira la totalidad de los casos a que refiere*, como lo reconoce la propia doctrina francesa²⁸.

Siendo así también en el derecho argentino –y teniendo en cuenta especialmente el texto del artículo 987 de nuestro código²⁹–, debe rechazarse todo intento de diferenciar situaciones que encuadran en un precepto inspirado unitariamente en la misma *ratio legis*.

4. El artículo 269 del Proyecto de nuevo código civil

El Proyecto redactado por la Comisión designada por decreto N° 685/95 del Poder Ejecutivo Nacional establece en su artículo 269:

“*Validez como instrumento privado. El instrumento que no reúne los recaudos del artículo precedente, vale como instrumento privado si lo han firmado los comparecientes*”.

(27) Confr.: DALLOZ: “*Code Civil*”; París, 1951; pág. 469: art. 1318, punto 2.

(28) Ver: DALLOZ, cit; art. 1318, punto 1.

(29) Que, como hemos señalado, no incluye la “*incapacidad del oficial público*”.

Por su parte, el precepto anterior –en lo atinente³⁰– dispone:

“Requisitos. Son recaudos de validez del instrumento público: ...

c) Que en el instrumento no sea parte, por sí o en representación de un tercero, el oficial público, su cónyuge o un pariente suyo dentro del cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad”.

Surge con claridad de las precedentes transcripciones que el Proyecto introduce una modificación que –sin motivo explicitado³¹– altera substancialmente el espíritu del artículo 987 del Código vigente.

Y, lo que es peor aún, al hacerlo consagra una solución que deja en letra muerta otras disposiciones del mismo Proyecto, inspiradas en insoslayables principios de ética pública³². A esa absurda situación nos referíamos –hipotéticamente– en 1971, con las siguientes palabras:

“El precepto en que hemos centrado nuestro estudio no apunta a la nulidad aparente de negocios que –por mantener aptitud jurígena bastante cuanto para que a su respecto opere la ‘conversión formal’– habrán de recobrar plena y necesaria validez. Si el juego de las normas llevara a semejante conclusión, se frustraría el propio ‘interés público’ que la inspira, lo que es inadmisibile”.

5. Conclusión

Aspiramos a haber demostrado que el artículo 987 del Código Civil no dispone la “conversión formal” del instrumento en caso de “ilegitimación del agente” y que –además– dicha solución es la correcta.

De ser así, el artículo 269 del Proyecto *innova* en el tema, y lo hace con lesión evidente del valor *justicia*.

Por ello, hemos propuesto en el seno de la Academia Nacional del Notariado –sin encontrar eco, como ya lo dijimos– que el inciso “c” del artículo 268 sea expresamente excluido de la *conversión* dispuesta en el siguiente.

Volvemos a hacer aquí pública nuestra tesis, con la única intención de propiciar el análisis y eventual debate de la problemática.

Y no obstante creer que sus fundamentos han sido debidamente expuestos, pensamos que quizá sea útil recordar las frases finales de nuestro ensayo de 1971:

“Hemos pretendido fundar la inaplicabilidad del artículo 987 recurriendo a las nociones de ‘capacidad’³³ y ‘competencia’. Aun sin ellas, aspiramos a que se arribe a la misma conclusión por la sola compulsión de los valores que tiende a preservar”.

(30) Por ello mismo, tampoco reiteramos aquí las críticas que hemos formulado a otros aspectos de las normas, tanto en nuestro informe a la Academia Nacional del Notariado cuanto en varias conferencias.

(31) Véase el muy breve punto 42 de los “Fundamentos”, donde nada se dice al respecto.

(32) Como el ya comentado inciso “c” del artículo 268 (que equivale al 985 del Código Civil).

(33) Optamos allí por ella –y no por “legitimación”, como lo hacemos luego en nuestra “Teoría general...”– para marcar la diferencia entre el artículo 987 de nuestro Código y el 1318 del francés (que incluye, precisamente, la “*incapacidad* del oficial público”).