

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

EL ARTÍCULO 985 DEL CÓDIGO CIVIL ARGENTINO(*) (889)

JOSÉ CARLOS CARMINIO CASTAGNO

SUMARIO

1. Introducción. - 2. El artículo 985 del Código Civil. - 3. Teorías interpretativas: ¿ "incompetencia" o "incapacidad"? 3.1. Los conceptos de "competencia" y "capacidad". - 4. El problema de la aplicabilidad del artículo 987 del Código Civil. 4.1. "Incompetencia": aplicabilidad de la norma. 4.1.1. Fundamento: el artículo 1318 del Código Napoleón, fuente del precepto. 4.2. "Incapacidad": inaplicabilidad del artículo 987. 4.2.1. Comparación entre las normas de la legislación francesa y las de nuestro Código Civil. 4.2.2. La interpretación jurisprudencial del artículo 1318 del Código Napoleón. - 6. La ratio legis del artículo 985: la presunción de parcialidad. 5.1. Su fundamento: la presunción de "afecto". - 6. La sanción de nulidad. 6.1. Carácter de la nulidad. 6.2. Ambito de la nulidad. - 7. Las

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

escrituras públicas y el artículo 985. - 8. Conclusiones.

1. INTRODUCCIÓN

Los preceptos del Código Civil argentino referidos a "instrumentos públicos" han sido objeto de especial estudio por parte de prominentes notarialistas, cuyos aportes constituyen un valioso complemento a las enseñanzas de los maestros del derecho civil. La norma que examinaremos en esta oportunidad no escapa a esa regla, y el exhaustivo análisis realizado de muchos de sus tópicos. hace difícil nuevas contribuciones. Hay aspectos, sin embargo, en que pensamos que aún no se ha agotado la elaboración, consecuencia de lo complejidad de un tema en que existen tres cuestiones principales: "acto del funcionario público", "instrumento público" y "negocio jurídico", fenómeno que se evidencia asimismo en la terminología empleada por Vélez Sársfield en el articulado del respectivo título(1)(890).

La doctrina ha percibido con lucidez la distinción básica entre "instrumento" y "negocio", despreocupándose un tanto del otro componente y aun - a nuestro entender - sin aprovechar todas las posibilidades que brinda la interpretación sistemática en punto a los efectos que en ambos provoca la sanción prevista en la norma.

Un desenvolvimiento total de la problemática planteada excede la dimensión de un trabajo de la naturaleza del presente. Nos limitaremos, por lo tanto, a formulaciones esenciales, excluyendo de tratamiento y dando por entendidos aspectos y nociones que podrán ser tocados in extenso con posterioridad, en ocasión de volver sobre el tema con miras a un mayor desarrollo.

Queda así establecido el propósito actual y señalada una aspiración.

2. EL ARTÍCULO 985 DEL CÓDIGO CIVIL

Preceptúa la citada norma: "Son de ningún valor los actos autorizados por un funcionario público en asunto en que él o sus parientes dentro del cuarto grado fuesen personalmente interesados, pero si los interesados lo fueren sólo por tener parte en sociedades anónimas, o ser gerentes o directores de ellas, el acto será válido".

3. TEORÍAS INTERPRETATIVAS: ¿"INCOMPETENCIA" O "INCAPACIDAD"?

El encuadre conceptual de la prohibición (tácita) que consagra la norma sub examen ha dividido a la doctrina.

Dos son las posturas adoptadas: la que considera que se trata de un supuesto de "incompetencia en razón de las personas" y aquella que la aprehende cual un caso de "incapacidad de derecho" del funcionario

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

público.

3.1. Los conceptos de "competencia" y "capacidad"

Demos recurrir a las nociones de "competencia" y "capacidad" para dilucidar la cuestión que se analiza.

Para ello se hace menester, previamente, una breve referencia a los conceptos de "órgano - institución" y "órgano - individuo" de que nos provee el derecho administrativo.

El Estado atribuye las funciones públicas a determinadas "unidades abstractas permanentes", cada una de las cuales constituye un "órgano institución" (o simplemente "órgano"), que por ser abstracción impersonal y no realidad concreta necesita, para manifestarse, del concurso de una persona física: el "órgano - individuo" (o "agente").

Así hecho, procede caracterizar la "competencia" como el ámbito de actuación asignado al "órgano", y la "capacidad" cual la esfera de ejercicio señalada al "agente". La sinonimia de los vocablos - ambos significan "aptitud" o "habilidad" - se mantiene en el plano jurídico, pero referida a distintos sustantivos: la "competencia" es al "órgano" lo que la "capacidad" al "agente".

En lo que hace al reverso negativo de ambas figuras - "incompetencia" e "incapacidad" - basta señalar que con ellas se indican situaciones prohibidas a "órgano" y "agente", ubicadas fuera de sus respectivos perímetros de actuación.

Distinguidos básicamente los conceptos, cabe puntualizar que no existe entre ellos una correspondencia absoluta, por cuanto juegan independientemente. Para demostrarlo, extraemos una hipótesis que servirá, además, a nuestro objetivo principal: la indiscutible "competencia" de la Corte Suprema de la Nación ("órgano") para entender en asunto concerniente a un embajador extranjero (arts. 100 y 101 de la Constitución Nacional) no obsta a la recusación de uno de sus miembros ("agentes") por las causales previstas ("incapacidades"). El ejemplo es de gran claridad y nos proporciona una pauta segura: toda vez que una norma prohibitiva apunta al "agente", estamos en presencia de un supuesto de "incapacidad"; si el límite se establece con relación al "órgano" - siendo irrelevante la persona de aquél - el caso configurado es de "incompetencia".

Sobre tales bases ¿cómo encuadrar la especie contenida en el precepto en estudio?

No hesitamos en inclinarnos decididamente por su ubicación dentro del marco de la "incapacidad". El "interés" y el "parentesco" - de enorme entidad caracterizante - sólo pueden adscribirse al "individuo", jamás a la "institución". Poco podríamos agregar a la elocuencia que dimana de la propia naturaleza de las cosas.

4. EL PROBLEMA DE LA APLICABILIDAD DEL ARTÍCULO 987 DEL CÓDIGO CIVIL

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

La cuestión que acabamos de exponer no queda circunscripta a un plano meramente doctrinal, que se agota en sí mismo. Por el contrario, de cada postura se originan diferentes consecuencias, que afloran por efecto de un enfoque sistemático.

Particular relieve adquiere el tema frente al artículo 987 del Código Civil que dispone: "El acto emanado de un oficial público, aunque sea incompetente, o que no tuviere las formas debidas, vale como instrumento privado, si está firmado por las partes, aunque no tenga las condiciones y formalidades requeridas para los actos extendidos bajo formas privadas".

Pasamos a analizar separadamente los resultados que se siguen de la adopción de una u otra teoría.

4.1. "Incompetencia": aplicabilidad de la norma

Efecto de la aprehensión de la especie contemplada en el artículo 985 cual "incompetencia del órgano", es que el instrumento sea objeto de "conversión formal".

4.1.1. Fundamento: El artículo 1318 del Código Napoleón, fuente del precepto

La fuente de la norma cuya aplicabilidad examinamos - el art. 1318 del Cód. Civil francés - establece "L'acte qui n'est point authentique par l'incompétence ou l'incapacité de l'officier ou par un défaut de forme, vaut comme écriture privée s'il a été signé des parties".

La mención que el precepto hace de la "incapacidad", lleva a los partidarios de esta tesis a sostener que el concepto de "incompetencia" - pasmado en el art. 987 del Cód. Civil - la comprende, con la consecuencia señalada.

4.2. "Incapacidad": inaplicabilidad del artículo 987

Para quienes participan de la teoría de la "incapacidad", no se produce el efecto "conversivo" por no configurar el caso un supuesto de "incompetencia".

Por nuestra parte, nos permitimos proponer conclusiones que refuerzan la argumentación y que se extraen comparando las normas de la legislación francesa con las del derecho argentino y de la compulsa de la jurisprudencia de aquel país.

4.2.1. Comparación entre las normas de la legislación francesa y las de nuestro Código Civil

Código Napoleón

Art. 1317: Definición de "título auténtico".

Requisitos: Compet. territorial (Doctrina: y "real")

Código Civil Argentino

Art. 979: Enumeración de los instrumentos públicos.

Art. 980: Idem: Comp. territorial y material

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Solemnidades	Art. 986: "Formas prescriptas por las leyes".
<i>Ley del 25 Ventoso del Año XI</i>	
Art. 8º: Incapacidad del notario.	Art. 985: Idem (con variación del grado de parentesco).
Sin equivalente en la legislación francesa	Art. 982: Condiciones de nombramiento.
Sin equivalente en la legislación francesa	Art. 983: Susp., destit. o reemplazo.
<i>Código Napoleón</i>	
Art. 1318: "Conversión formal".	Art. 987: Idem.
Incompetencia.	Incompetencia
Defecto de forma	Defecto de forma.
Incapacidad.

Corolario: - Vélez Sársfield incluye en el Código Civil normas referidas a cuestiones atinentes al "sujeto titular" (arts. 982 y 983) que se hallan ausentes de la normativa del Código Napoleón.

- En virtud de ello, en el artículo 987 omite
- deliberadamente - referencia alguna a la "incapacidad" del oficial público.
- Es de tener en cuenta, para corroborar lo antedicho, que la doctrina francesa encuadra el supuesto contemplado en el artículo 983 de nuestro Código Civil dentro del marco de la "incapacidad" del oficial público(2)(891).
- Los preceptos del Código de Vélez consagran soluciones mucho más satisfactorias que las que pueden alcanzarse en la legislación francesa, que peca - a nuestro entender - por exceso y por defecto (al negar el carácter de "título auténtico" al instrumento autorizado en las condiciones de nuestros arts. 982 y 983, v al posibilitar - en virtud de la genérica referencia a la "incapacidad" contenida en el art. 1318 del Código Napoleón - un verdadero fraude a la letra y espíritu del art. 8º de la Ley del 25 Ventoso del Año XI).

4.2.2. La interpretación jurisprudencial del artículo 1318 del Código Napoleón

El posible "fraude" a que nos hemos referido anteriormente ha movido a la jurisprudencia francesa a sentar una doctrina interpretativa tendiente a evitarlo en la especie más irritante: aquella en que el propio notario es parte interesada. En tal supuesto, se ha decidido que el acto no vale - respecto del autorizante - ni siquiera como instrumento privado (confr. Dalloz, Code Civil, París, 1951, pág. 469, art. 1318, 2). No hesitamos en aplaudir la solución adoptada. Lamentamos, sí, que la misma no se haga extensiva a los casos en que están interesados los parientes del oficial público a que hace referencia el artículo 8º de la Ley de Ventoso, norma que reconoce una única ratio legis (confr. Dalloz, citado, art. 1318, 1). Sólo nos queda aspirar a una correcta jurisprudencia, omnicomprensiva de todos los supuestos.

5. LA RATIO LEGIS DEL ARTÍCULO 985: LA PRESUNCIÓN DE PARCIALIDAD

La aprehensión de la ratio legis de la norma que nos ocupa reviste - en nuestro concepto - capital importancia, dado que entendemos llegar, de tal modo, a una comprensión más clara del propio precepto legal.

Siendo la "imparcialidad" uno de los valores que deben presidir la actuación de todo "oficial público", lógico es que la ley sustraiga de la capacidad del "sujeto titular" de un "órgano competente" todo asunto en que sea dable sospechar que aquel principio pueda no ser observado con estrictez.

Tal presunción legal reviste, en el presente caso, el carácter de juris et de jure, interesando indagar en qué consideraciones ha sido fundada.

5.1. Su fundamento: La presunción de "afecto"

El fundamento de la presunción de parcialidad se encuentra - a nuestro entender - en el "afecto" que la ley presume existente entre el "funcionario público" y la "persona interesada".

Ello es de toda evidencia cuando es el mismo "agente" quien tiene "interés" en el asunto - el amor a sí mismo es propio de la naturaleza humana(3)(892)- lo que nos exime de mayores comentarios.

Algo distinto ocurre con relación a los otros supuestos aprehendidos por la norma, en los cuales el "oficial público" carece de "interés" personal.

La cuestión plantea, en efecto, este interrogante: ¿Por qué no se excepcionan los "parientes desavenidos" y no se incluyen los amigos íntimos?(4)(893).

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. De allí que contemple tan sólo la zona del "parentesco", tome como índice lo que sucede de ordinario y disponga la consiguiente "presunción", cuyo carácter no puede ser otro - por lo que se señalara - que jures et de jure.

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.

6. LA SANCIÓN DE NULIDAD

La frase con que se inicia el precepto que nos ocupa - "Son de ningún valor..." - nos sitúa en el campo de la nulidad.

Examinemos el "carácter" y "ámbito" de la misma.

6.1. Carácter de la nulidad

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Particular importancia reviste la determinación del carácter de la nulidad que emana de las preceptivas de la norma que analizamos.

A primera vista, el panorama que se brinda podría inclinarse a la conceptualización de "relativa", puesto que el "interés" protegido no sería otro que el de la parte negocial presuntamente "perjudicada".

A poco que se ahonde en el análisis, no obstante, la conclusión es diferente. No es el único caso en que la posible lesión de intereses privados se origina en un acto que, ante todo, repugna al "interés público" (noción ésta que, a pesar de su amplitud, es de suficiente elocuencia)(5)(894) por lo que cae, por ello, fulminado por una nulidad de carácter "absoluto".

Las normas que consagran este tipo de nulidades, en efecto, se nutren de valores cuya preservación importa a todo el cuerpo social, y frente a los que pierden entidad los intereses meramente privados. Consecuencia de ello es su régimen propio en punto a "imprescriptibilidad" de las pertinentes acciones, deber de declaración "de oficio", insusceptibilidad de "confirmación", etc., configurante de una estructura ante la cual la "autonomía de la voluntad" carece de aptitud jurígena. Este último aspecto denota - recíprocamente - la presencia del "interés público".

Partiendo de ese indicio ¿dónde hallarlo en el caso que nos ocupa? Lo encontraremos si reparamos en la jerarquía de las funciones atribuidas a los "oficiales públicos", cuyo correcto ejercicio constituye una legítima aspiración del Estado. Este, a tal fin, preserva el prestigio de las mismas exigiendo un desempeño que sea y se evidencie inobjetable.

Lo expresado nos exime de mayores argumentos. La existencia de un interés general despeja el posible equívoco.

6 2. Ámbito de la nulidad

Nos proponemos inquirir cuáles integrantes de la mencionada "trilogía" se ven afectados por la nulidad que estamos examinando.

El primero de ellos - el "acto" del funcionario público - constituye la pieza principal, ya que - a nuestro entender - es el núcleo a que apunta la sanción prevista en la norma, y a partir del cual se origina la nulidad de los otros componentes, según trataremos de demostrar.

El fenómeno ha sido objeto de escaso tratamiento, a pesar de la importancia que reviste y manifestarse con clara evidencia. El derecho, en efecto, supone la "parcialidad" del "agente" y lo "incapacita" para ejercer la función atribuida al "órgano", no obstante la "competencia" de éste. Consecuentemente, la actuación de aquél padece de absoluta nulidad. Caen, por ende, el propio "acto", el "instrumento" (en tanto - amén de "continente" - 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 que la "incapacidad" obsta a la validez del "acto" y que la "distorsión" que la ley presume respecto del "negocio" acarrea idéntica consecuencia.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Volvamos al "carácter" de la misma. Hemos sostenido que es absoluta y deseamos remarcarlo. Creemos que el "interés general" gravita con tal magnitud en la ratio legis y en la preceptiva del artículo 985 del Código Civil, que se proyecta a todos los componentes de la situación alcanzada por aquél.

En lo que hace al "negocio", el análisis de las normas que regulan el instituto de la "confirmación" - figura que juega tratándose de nulidades "relativas" - nos reafirma en tal pensamiento, dado que no percibimos configuradas en la especie sus notas típicas. No existe una parte con señorío exclusivo de la acción de nulidad, cuya renuncia a ella(6)(895) implica "favor" hacia la otra(7)(896). El "interés" comprometido es "público" y envuelve a la situación toda. Lo "privado" se minimiza, perdiendo relevancia jurídica. De allí que la nulidad "absoluta" sea la consecuencia general de la infracción y que el "negocio" caiga por ella fulminado.

Conviene advertir que el fenómeno acaece con prescindencia del carácter ad solemnitatem o ad probationem en que haya sido impuesto el instrumento público y se da aún en tratándose de negocios sin forma legalmente tasada, por cuanto su nulidad no proviene de la "instrumental" sino que es reflejo de la inválida intervención "configuradora" del funcionario.

El elemento "nulificante", en consecuencia, no es "intrínseco" al negocio en sí(8)(897), lo que hace posible su re - formulación fuera del ámbito funcional del agente "incapaz". Para ello, serán menester nuevas e idénticas manifestaciones de voluntad por parte de todos los sujetos negociables, las que no producirán - ministerio legis - efectos retroactivos a la fecha del anterior. Tales notas lo apartan de la figura de la "confirmación" - arts. 1064 y 1065 del Cód. Civil - y robustecen la tesis que hemos desarrollado.

7. LAS ESCRITURAS PÚBLICAS Y EL ARTÍCULO 985

Centramos el enfoque de ahora en más en el instrumento notarial de mayor trascendencia: la "escritura pública" en sentido estricto(9)(898) a efectos de ocuparnos de una norma que juega específicamente a su respecto y cuya adecuada sistematización sirve para reforzar la tesis que sustentamos.

A guisa de introducción, nos permitimos señalar que aquélla y el escribano investido constituyen "especies" de los "géneros" antes tratados(10)(899), por lo que todo lo hasta aquí expuesto rige para ambos. En consecuencia, el "acto notarial" padece de nulidad absoluta, la que se extiende a la respectiva escritura y alcanza al "negocio" que ésta contenga.

Hemos sostenido anteriormente la inaplicabilidad del artículo 987 del Código Civil a la especie aprehendida por la norma que da título a este trabajo, siendo su consecuencia que no se opere la "conversión" en "privado" del instrumento respectivo, y lo hemos hecho con el fundamento de la distinción conceptual entre "incompetencia" e "incapacidad".

Un nuevo argumento intentamos sumar a aquél, sobre la base de lo preceptuado por el artículo 1185 del mismo Código, que dispone: "Los

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

contratos que debiendo ser hechos en escritura pública, fuesen hechos por instrumento particular, firmados por las partes, o que fuesen hechos por instrumento particular en que las partes se obligasen a reducirlo a escritura pública, no quedan concluidos como tales, mientras la escritura pública no se halle firmada; pero quedarán concluidos como contratos en que las partes se han obligado a hacer escritura pública".

La idea fluye espontáneamente: si se acepta la posibilidad de "conversión", el "negocio" contenido en tal "instrumento particular" debería ser obligatoriamente repetido en otra escritura pública, con lo que uno de los fines esenciales que persigue el artículo 985 quedaría burlado por imperio de otra norma del mismo cuerpo legal. La ley, en efecto, no queda satisfecha con la sola nulidad del acto del funcionario público; es menester que caigan asimismo - e in totum - el "negocio" distorsionadamente configurado en su virtud y el "instrumento" que los contiene. De así no ser, de perdurar éste cual soporte de conductas obligatorias, se obtendría un resultado no querido por el derecho, consumándose un inaceptable "fraude legal".

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 consecuencia, se frustraría el propio "interés público" que la inspira, lo que es inadmisibles. Hemos pretendido fundar la inaplicabilidad del artículo 987 recurriendo a las nociones de "capacidad" 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.

8. CONCLUSIONES

1º) El artículo 985 del Código Civil establece supuestos de "incapacidad" del funcionario público, sobre la base de la presunción legal de "parcialidad".

2º) El interés que tiende a preservar el precepto es público, lo que origina la nulidad absoluta de los actos a que hace referencia.

3º) La misma comprende al propio "acto" del oficial público, al "negocio jurídico" configurado y al "instrumento" que los contiene.

4º) Por todo ello, no opera a su respecto la "conversión formal" que contempla el artículo 987 del mismo Código.