

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

EL ARTÍCULO 985 DEL CÓDIGO CIVIL ARGENTINO(*) (388)

CARLOS A. PELOSI

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN. - 1. Formulación del tema. - 2. Mi posición. - II. COMPETENCIA. CAPACIDAD. LEGITIMACIÓN. - 3. La doctrina argentina. - 4. Aceptación traslativa. - 5. Concepto de competencia. - 6. La competencia como límite de ejercicio. - 7. Significado de competencia en derecho administrativo. - 8. La cuestión en lo atinente a la función judicial. - 9. La competencia personal en los autores franceses. - 10. La doctrina belga. - 11. El tema en la doctrina notarial española. - 12. Las legislaciones notariales extranjeras. - 13. Capacidad y prohibición. - 14. Legitimación. - 15. Adecuada aplicación de los vocablos capacidad y legitimación. - 16. La prohibición crea incompatibilidad. - 17. Conclusión. - III. LA CONVERSIÓN. - 18 Definición. - 19. Supuestos de aplicación en el derecho francés. - 20. Corolario parcial. - 21. Otras legislaciones. - 22. Deducción más general. - 23. El art. 987 del Código Civil argentino. - 24. La doctrina nacional. - 25. Conclusión.

I. INTRODUCCIÓN

1. Formulación del tema.

En un sagaz estudio publicado recientemente, el talentoso escribano José Carlos Carminio Castagno(1)(389)ha planteado dos cuestiones fundamentales referidas al sentido y aplicación del artículo 985 del Código Civil argentino.

Una de ellas se refiere a los conceptos de competencia y capacidad, que se vienen empleando como intercambiables, e interpreta que la prohibición contenida en la norma debe ser considerada como un problema atinente a la capacidad del escribano, ajeno a la competencia por razón de las personas.

El otro trata el alcance de la figura de la conversión en orden al texto del artículo 987 del cuerpo legal citado.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

2. Mi posición.

Sin ánimo de adjudicarme la paternidad de ideas que muchas veces se extraen de pensamientos que están en el dominio público, creo ser el responsable de la difusión, en nuestro medio, de la concepción que califica de competencia o, más precisamente, de incompetencia por razón de las personas, la prohibición antes mencionada.

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.

Con respecto al instituto de la conversión formal, que se halla íntimamente vinculado al presupuesto de entender que hay incapacidad o incompetencia, estimo, al margen de esta primera postulación, que el campo de aplicación es más amplio al que se reconoce en aquel análisis y, por lo mismo, me parece también conveniente exponer mi tesis.

II. COMPETENCIA. CAPACIDAD. LEGITIMACIÓN

3. La doctrina argentina.

Siguiendo las huellas de la doctrina francesa, especialmente de los comentarios del Código de Napoleón, los civilistas argentinos han incluido en el requisito de la capacidad, tanto los supuestos de los arts. 982 y 983 del Código Civil (esto es, cualidades o condiciones necesarias para el nombramiento y actuación en ejercicio de funciones) como los del art. 985, que comprende dos hipótesis diferentes: a) Autorización de documentos en asuntos en que esté interesado personalmente el escribano; y b) lo estén sus parientes dentro del cuarto grado.

Estas disímiles situaciones, englobadas dentro del concepto de capacidad o competencia, tienen importancia en la conversión, como se verá más adelante.

¿Qué fundamentos me han llevado a apartarme de esa tradicional postura? Trataré de razonar ordenadamente para ir hilvanando la trama de mi construcción mental.

4. Aceptación traslativa.

He creído, en primer lugar, que por razones de comodidad de lenguaje, simplificación en el enunciado de la materia y mayor claridad para su comprensión, conviene extender el sentido de la palabra competencia a la situación de que se trata.

Pienso, además, que no faltan argumentos de cierta consistencia para aplicar el vocablo con traslación de su significado, por lo menos para despejar las dudas que se generan respecto de la precisión del empleo de la idea de capacidad.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

5. Concepto de competencia.

Ya he tenido oportunidad de explicar⁽²⁾(390) que la palabra competencia proviene del infinitivo latino *competere* que significa: lo que nos pertenece o lo que se nos concede, y equivale también a competir, esto es, pedir lo mismo que otro. En el primer sentido equivale a una facultad, y en el segundo, al ejercicio de esa facultad. El término se utiliza también con distintas acepciones, especialmente para dar la idea de idoneidad.

Opina Bielsa que competencia "denota un poder legal atribuido al órgano del Estado o de otra institución por él reconocida, para actuar, decidir o ejecutar en un poder (constitucional) un órgano, sea jurisdiccional o no"⁽³⁾(391).

Es en el sentido de idoneidad o aptitud donde la voz competencia adquiere mayor relevancia jurídica, al utilizarse para designar técnicamente la medida en que un órgano participa en el ejercicio de las funciones estatales⁽⁴⁾(392).

Lo expuesto me ha llevado, por simplificación, a sostener que competencia es la aptitud legal conferida a un órgano o a una profesión determinada⁽⁵⁾(393).

Abreviando aún más la noción, para no entrar en la discusión problemática de la naturaleza de la función notarial y si debemos considerar al escribano como órgano o simplemente como un profesional, arribo al concepto de competencia identificándolo con la aptitud legal conferida al escribano, y, por lo tanto, es competente en lo que la ley le encomienda o le permite actuar e incompetente en cuanto le está prohibido.

Aceptado este sencillo razonamiento, que no es ingenuo ni carente de sustancia jurídica, nada obsta a que junto a la distinción de la competencia notarial por razón del territorio y de la materia agreguemos por razón de las personas.

6. La competencia como límite de ejercicio.

La competencia notarial es límite de ejercicio, toda vez que determina el derecho o inhibición para que un escribano actúe en ciertos asuntos, ya sea en razón de la materia o del ámbito geográfico en que puede intervenir y también en relación con las personas que sean sujetos negociales o instrumentales del acto sometido a su autorización y, finalmente, del interés personal que pueda tener en él.

En suma, a varias funciones se aplica el criterio de que la competencia es la facultad para el conocimiento de determinados asuntos.

7. Significado de competencia en derecho administrativo.

Siguiendo a Forti, en *Lezioni di diritto amministrativo*⁽⁶⁾(394), puede afirmarse que, si bien es exacta en teoría la separación del requisito de

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

la competencia del de la capacidad, puesto que la capacidad debe predicarse de las personas jurídicas de derecho público, mientras que la competencia debe predicarse de sus órganos, no existe inconveniente en utilizar esta última expresión en un sentido amplio, de forma que cualquier acto administrativo dictado por una persona jurídica pública en materia para la que carece de capacidad, así como todo acto producido por órgano incompetente, se diga que es un acto viciado de incompetencia. En este sentido amplio puede hablarse de la competencia.

Sostiene por su parte Garrido Falla que los casos de incompetencia absoluta son, de una parte, aquellos que pudieran explicarse también como defectos de capacidad del ente que actúa(7)(395).

En nuestro país, expresa Altamira(8)(396) que se incurre en vicio de incompetencia cuando quien produjo el acto no estaba legalmente habilitado para hacerlo, por ser de incumbencia de otra autoridad. La invasión de funciones es la forma más frecuente del vicio de incompetencia, y hay invasión de funciones *ratione personae* cuando la decisión tomada por un funcionario fuese de la competencia de otro no vinculado al primero por razón de la jerarquía administrativa.

Estas referencias dan la idea de que es admisible la licencia de asimilar capacidad y competencia en tema de prohibición para actuar con relación a determinadas personas.

8. La cuestión en lo atinente a la función judicial .

En materia judicial se establece también la competencia por razón de las personas en diversas causas, como surge de los arts. 111, incisos 3 y 5 de la ley 1893 y art. 41, inciso a) de la ley 13998(9)(397).

Pero lo que me interesa destacar fundamentalmente es que tanto en los códigos procesales como en la literatura especializada al referirse al órgano de la función, se establecen las causas de recusación y excusación de los jueces, medios destinados a afianzar la garantía de imparcialidad que es inherente al ejercicio de la función judicial - o sea el mismo fundamento del art. 985 para la función notarial - y en ningún caso se trata como requisito de capacidad.

En cambio se habla de compatibilidad relativa en lo que atañe a la abstención o recusación(10)(398)

9. La competencia personal en los autores franceses.

Ya hice referencia a que los autores franceses en sus comentarios a la ley notarial de 25 de Ventoso del año XI y al Código de Napoleón sistematizaron los requisitos de validez del acto o título auténtico (equivalente a nuestro instrumento público) incluyendo en ellos el de capacidad.

Esta postura ha incidido en los autores nacionales, que se han remitido a esas exposiciones sin aportar argumentos válidos.

Sin embargo, es tan grande la influencia de las connotaciones de

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

incompetencia que aún en los doctrinarios franceses se comprueba el empleo de ese vocablo como indicativo del concepto de capacidad, según sus propias elaboraciones.

Así, Demolombe(11)(399), al mencionar la situación relativa al notario que ha recibido un acto de sus parientes o afines dentro del grado prohibido y de los que contienen disposiciones a su favor, subraya: "Esta incompetencia personal no es obstáculo para la aplicación del artículo 1318". Y más adelante habla de la incompetencia territorial o personal, que son relativas en tanto que la material es absoluta(12)(400).

Cuando tratan las condiciones de aplicación del artículo 1318, Baudry - Lacantinerie y Barde(13)(401) expresan: "La garantía que ofrece la presencia de un oficial público no obstante su incompetencia o el vicio de forma...", es decir, que incluyen en la incompetencia la incapacidad.

Mucho antes, Pothier(14)(402) decía: "Cuando la escritura no es auténtica, ya sea por la incompetencia o suspensión del notario, ya sea por defecto de forma...". Esto significa, a mi juicio, que distinguía por un lado la incompetencia (por razón del territorio, de la materia y de las personas), y por otra la incapacidad, consistente en la suspensión.

En la misma orientación, Aubry y Rau expresan: "En resumen, los actos que el art. 1318 declara valer como escritura privada... son tratados como actos jurídicos auténticos con una causa de nulidad, referente sea a la incompetencia territorial o personal del oficial público..."(15)(403).

Estos mismos autores definen el acto auténtico como el recibido o redactado por un oficial público que tenga capacidad y competencia a ese efecto y con las solemnidades requeridas. Al explicar la capacidad solo aluden a los actos que el oficial público suspendido, destituido o reemplazado haya extendido después de la suspensión, destitución o reemplazo, circunstancias que originan su nulidad, y en cuanto al parentesco de las partes lo definen como impedimento particular(16)(404).

Describe Marcadé(17)(405) la competencia del oficial público del siguiente modo: 1º) Que el acto que extiende sea de la naturaleza de aquellos para los que él tiene misión; 2º) Que lo reciba en el lugar donde tiene derecho a instrumentar; 3º) Que el acto no concierna a las personas a las cuales les está prohibido prestar su ministerio. Así, un notario no puede... recibir un acto en el cual es parte su pariente o afín en línea directa en cualquier grado o en línea colateral hasta el tercer grado.

Y para no hacer una lista interminable concluimos con Planiol y Ripert, quienes, no obstante subsumir dentro de la capacidad del notario a la prohibición de que se trata, escriben más adelante: "El documento puede ser nulo por razón de la incompetencia territorial o personal del funcionario público..."(18)(406).

Si agregamos algo contemporáneo, podemos recordar que una obra práctica de los notarios Maguet(19)(407) explica la antedicha interdicción que viene del art. 89 de la ley de Ventoso, la cual, manifiestan, "proclama la incompetencia del notario cuando el acto concierna a uno de sus

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

parientes o afines..., etc.".

10. La doctrina belga.

Es sabido que en Bélgica rige todavía, con modificaciones, la ley notarial del 25 de Ventoso.

Se puede advertir asimismo el empleo del concepto de incompetencia personal a la prohibición impuesta por el artículo 8º antes recordado en la obra de Harmel y Bourseau.

Estos autores estudian las acciones a que dan lugar la violación de ciertas reglas relativas a la validez de los documentos autorizados por notarios y agrupan dentro de la rúbrica competencia personal del notario los supuestos de prohibición prescriptos en dicho artículo 8º(20)(408).

11. El tema en la doctrina notarial española.

Son por demás ilustrativas las palabras de Sanahuja y Soler: "Otra de las condiciones que fundamentan la autorización, es la competencia específica del notario, es decir, no la competencia general o potestad del notario para autorizar dentro de su demarcación (la cual queda sentada en el título primero de esta parte, como supuesto general de la relación jurídico notarial), sino la competencia relativa al acto o contrato que ha de ser objeto de autorización. Además de las incompatibilidades estudiadas en dicho título, que tienen cierto carácter de perpetuidad o general, existen otras prohibiciones o limitaciones impuestas al notario, las cuales le vedan intervenir en la autorización de algunos instrumentos. Según el artículo 22 de la ley, ningún notario puede autorizar contratos que contengan disposiciones a su favor, o en que alguno de los otorgantes sea pariente suyo dentro del cuarto grado civil o segundo de afinidad..."(21)(409).

La materia de que me ocupo es examinada por Escobar de la Riva en lo tocante al ejercicio de la función notarial, y hace comprender dentro de las incompatibilidades (en este caso con relación a determinadas personas) las prohibiciones del artículo 22 de la ley orgánica y correlativas disposiciones del reglamento notarial(22)(410).

También De Velasco(23)(411) divide las incompatibilidades notariales por razón del territorio y del ejercicio de otro cargo y por parentesco. Pero estas últimas son las contempladas en el artículo 138 del reglamento, que se refiere a otro notario pariente que resida en la misma localidad. Y luego, dentro de las prohibiciones impuestas a los notarios, incluye la del artículo 22 de la ley, derivada del parentesco.

La caracterización de "prohibición", que es la que a mi juicio corresponde, aparece ya en Fernández Casado(24)(412) que establece primeramente las incompatibilidades que tiene cierto carácter de perpetuidad o generalidad y señala después las prohibiciones o limitaciones impuestas a los notarios en el ejercicio del cargo, relacionadas ya con las personas, ya con el lugar, ya con la naturaleza

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

del acto, las cuales, no imposibilitándole para el desempeño de la profesión, le vedan intervenir en la autorización de algunos instrumentos o ejercer la profesión en ciertas condiciones.

Destaca Fernández Casado que incompatibilidad es la imposibilidad legal de que el notario tenga el ejercicio simultáneo de su profesión y de otro cargo público, y la prohibición, la imposibilidad de que el notario actúe accidental o perpetuamente en determinadas condiciones y circunstancias.

Dentro de las prohibiciones referentes a las personas se halla la resultante del parentesco del notario con los otorgantes establecida por el artículo 22 de la ley orgánica, que se funda en que una de las cualidades morales del notario ha de ser la imparcialidad, y el mismo fundamento tiene la prohibición de intervenir en contratos que contengan disposiciones a su favor.

Casi todos los autores españoles analizan incompatibilidades y prohibiciones como restricciones al ejercicio de la función, pero algunos, como Azpitarte y Sánchez(25)(413), consideran que las incompatibilidades por parentesco pueden ser absolutas, como las relativas a otros funcionarios, esto es, la coexistencia en un mismo punto de dos notarios parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, o relativa, establecida por el art. 22 de la ley que prohíbe a los notarios autorizar contratos en que alguno de los otorgantes sea pariente suyo dentro de los grados ya expresados.

Incorpora asimismo Giménez Arnau(26)(414), dentro de las incompatibilidades, la prohibición de autorizar actos jurídicos que contengan derechos o disposiciones a su favor o de ciertos parientes.

12. Las legislaciones notariales extranjeras.

En ninguna ley notarial se conceptualiza el asunto en estudio como requisito de capacidad o como incapacidad del notario. Es nota común considerarlo, simplemente, una prohibición.

En la ley alemana de documentación de 28 de agosto de 1969 se determinan por el artículo 3º las intervenciones prohibidas, y entre ellas figuran los asuntos propios (inciso a), de su cónyuge, ex cónyuge, o su prometido (inc. b), de persona que tenga con el notario parentesco hasta el tercer grado o afinidad hasta el segundo (inc. c), etc.

En la ley notarial de Austria de 1871, dentro del capítulo que versa sobre disposiciones generales respecto de la actuación notarial, se dispone que no podrá otorgar documentos en asuntos en que él fuere parte, ni en asuntos de su cónyuge o de personas que tengan con él relación de parentesco directo o por afinidad, o por adopción, en línea recta, y, en línea colateral, parentesco hasta el cuarto grado o afinidad hasta el segundo. Lo mismo rige cuando se deba consignar en un documento una disposición a beneficio propio del notario o a beneficio de una de las personas arriba indicadas.

Completan esas disposiciones impedimentos tan variados como las de

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

no intervenir en un acto con personas de las cuales tiene conocimiento o deba presumir fundadamente que por su minoría de edad o por otra causa no son hábiles para realizar el acto (art. 34); normas sobre secreto profesional, acerca de la exactitud de lo consignado en el documento (art. 38), reglas de forma, etc., etc.

El artículo 16 de la ley notarial de Bolivia estatuye que los notarios no podrán extender escritura alguna en que sean partes o tengan interés directo o indirecto determinados parientes y forma parte este precepto del capítulo 2º, título 1º en el que se prescriben los requisitos formales de las escrituras y otros documentos notariales.

Estatuye la ley notarial italiana, del año 1913, en el artículo 28, los actos que el notario no puede recibir, como los prohibidos por las leyes o contrarios a las buenas costumbres y al orden público, y se comprenden también en estas prohibiciones aquellos en que intervengan como partes el cónyuge y otros parientes o que contengan disposiciones que interesen al notario o los parientes. Asimismo este artículo faculta al notario para rehusar su ministerio si las partes no depositan el importe de los impuestos, honorarios y gastos del acto.

Bastaría lo estatuido por este artículo, si no se desprendiera de cuanto tengo citado, que es imposible asimilar prohibiciones de este género con la capacidad.

Y como creo haber llegado a un punto culminante en la demostración de mi tesis, omito hacer referencias a otras leyes notariales, para entrar específicamente en este tema.

13. Capacidad y prohibición.

No debe asimilarse capacidad y prohibición, pues existen impedimentos o inhibiciones legales que no constituyen circunstancias modificativas de la capacidad o aptitud para ser sujeto activo o pasivo de relaciones jurídicas determinadas.

Así como hay impedimentos de hecho que no son incapacidades de derecho (por ejemplo: el sordo no puede testar porque no puede oír la lectura, que es una formalidad indispensable)(27)(415), y supuestos de inoponibilidad del acto que tampoco significan incapacidad, según la tesis dominante (como la inhabilidad del fallido para contratar sobre los bienes de la masa)(28)(416), y hay también que distinguir entre capacidad y poder de disposición, lo que ha llevado a elaborar la teoría de la legitimación para contratar; de ciertas prohibiciones puede decirse, en opinión de Messineo(29)(417), que se trata más propiamente de casos de incompatibilidad por razones de orden público y, como en lo compatible subyace la idea de aptitud, nada obsta a encuadrar la cuestión dentro del concepto de competencia o incompetencia, y, en lo específico objeto de examen, competencia por razón de las personas.

14. Legitimación.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

El concepto de legitimación ha sido tomado de la doctrina de los procesalistas y en el campo del derecho civil su noción es muy discutible.

Entre los autores que más la han estudiado sobresale Betti, quien la define como "competencia para alcanzar o soportar los efectos jurídicos de la reglamentación de intereses a que se ha aspirado y resulta de una específica posición del sujeto respecto a los intereses que se trata de regular"(30)(418).

He tenido ocasión de referirme al concepto de legitimación en la nota 24 de mi trabajo "El consentimiento en las cancelaciones de hipotecas"(31)(419)con cita de la opinión de varios autores. Estima Ladaria Caldentey que capacidad es aquel modo de ser del sujeto en sí del cual depende el efecto jurídico del acto, por lo que es un concepto estrictamente subjetivo. La legitimación, en cambio, es la idoneidad de la persona para realizar un acto jurídico, inferida de su posición respecto del acto. No es como la capacidad, una cualidad, sino una posición. La define como "el reconocimiento otorgado por el Derecho, de un poder suficiente, es decir, de la posibilidad concreta de llevar a cabo el acto en cuestión".

Entre nosotros, según allí lo recordé, Alterini estima que la legitimación "es la aptitud atribuida o integrada por la ley o por la voluntad para adquirir derechos, contraer obligaciones, o para disponer de objetos concretos, por sí o por medio de otro o por otro".

De lo expuesto se infiere la posibilidad de caracterizar la prohibición del artículo 985 del Código Civil argentino como falta de legitimación para actuar o intervenir o para autorizar el acto en los casos especificados en dicho artículo.

Cabe advertir que hasta en la definición de Betti se inserta el vocablo competencia y ello es así porque, en definitiva, la legitimación es concreta aptitud, y, aplicada la noción a la materia que interesa, importa aptitud concreta, y no abstracta, de intervención funcional, por lo que, en el supuesto del art. 985, corresponde hablar de ineptitud o de incompetencia, y esta incompetencia debe ser calificada por razón de las personas.

En derecho público se ha dicho que incompetencia es la irregularidad resultante de practicar por un órgano o agente administrativo un acto para el que no tenga poder y siempre que esa ilegabilidad no constituya una usurpación de poder(32)(420).

15. Adecuada aplicación de los vocablos capacidad y legitimación.

Así como la legitimación procesal se refiere a las partes en el proceso y no al juez, en mi criterio no es adecuado ni rigurosamente necesario el uso de los vocablos capacidad y legitimación en lo que concierne al notario y debe reservarse ambos a las partes, a efectos de separar las calificaciones de las situaciones que atañen a ellas o a los otorgantes y al notario.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Conviene, pues, en lo que al notario respecta, inclinarse a la idea de competencia ya que, en síntesis, nos hallamos ante una actividad con su contrafigura de la prohibición, que se desarrolla en mérito de un poder o aptitud funcional que en el caso concreto del artículo 985 encuentra su límite en el parentesco del interesado o en el interés del notario.

De allí se sigue que quizá podría aceptarse como más técnico el vocablo legitimación, pero no acepto su empleo por las razones expuestas.

Ello explica, además, que Gómez Acebo al formular el esquema de la intervención del notario frente al acto o negocio propuesto por los otorgantes incluye en primer lugar el juicio de idoneidad del propio notario, que versa sobre su propia competencia por razón del lugar y, por razón de función, ausencia de prohibición legal concreta⁽³³⁾(421), y luego añade, entre otros, el juicio de capacidad de los otorgantes y el juicio de legitimación de los otorgantes.

16. La prohibición crea incompatibilidad.

La incompatibilidad, sobre todo en materia notarial, no es sólo la imposibilidad de desempeñar la función notarial y simultáneamente otras funciones, cargos o actividades, sino también la prohibición de actuar en determinados supuestos.

Ya se ha visto que en la doctrina española se comprende en los casos de incompatibilidad la prohibición para autorizar escrituras en que se consignen derechos a su favor, de su esposa o parientes en los grados que especifica la ley.

La prohibición se diferencia de la incapacidad, expresa Garrigues⁽³⁴⁾(422), en que la prohibición supone la capacidad, mientras que la capacidad e incapacidad son estados que se excluyen mutuamente. Distingue además este autor las prohibiciones de derecho público y de derecho privado. Las primeras pueden ser absolutas y relativas. En las absolutas se unifica las situaciones de incapacidad y de prohibición.

En punto a legitimación, aduce Cariota Ferrara que en la noción de legitimación debe prescindirse del carácter de legitimidad o licitud que por algunos se le atribuye, limitándola así a los casos en los que incluso el no titular iure actúa por otros, teniendo el derecho o, al menos, la facultad de actuar. Y sostiene que el fenómeno de la legitimación en su aspecto negativo (falta de legitimación) puede reducirse al de incapacidad jurídica relativa a determinadas personas o más propiamente a incompatibilidad que deriva de razones de orden público; es decir, exactamente el supuesto objeto de este análisis⁽³⁵⁾(423).

17. Conclusión.

A mi juicio, la prohibición impuesta al notario por el artículo 985 del Código Civil, fundada en el principio de imparcialidad, es una suerte de incompatibilidad por razón de las personas, que puede ser juzgada por

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

las reglas de la legitimación. Nada obsta a denominarla incompetencia por razón de las personas, aunque el supuesto abstracto de la norma se refiere también al interés personal del autorizante.

III. LA CONVERSIÓN

18. Definición.

Se entiende por conversión formal el fenómeno jurídico operado por imperio de la ley, en virtud del cual un instrumento público nulo, que reúne determinadas condiciones, se transforma en otro instrumento sucedáneo al frustrado, equiparado al privado, el que cumple esencialmente con los fines probatorios que las partes tuvieron en vista al otorgar el primero.

19. Supuestos de aplicación en el derecho francés.

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1318 del Código Civil francés, vale como documento privado, si está firmado por las partes, el acto que no se reputa auténtico, por

- a) Incompetencia del oficial;
- b) Incapacidad del oficial; y
- c) Defecto de forma.

Esta norma es reproducción del artículo 68 de la ley notarial del 25 de Ventoso, según el cual todo acto hecho en contravención de las disposiciones contenidas en los artículos 6º, 8º, 9º, 10, 14, 20, 52, 64, 65, 66 y 67 es nulo si no lleva la firma de todas las partes, y cuando tenga las de todos los contratantes, valdrá sólo como escritura con firma privada, salvo las penas que fueren procedentes en ambos casos al notario contraventor.

Los artículos que se relacionan con el tema son:

- a) El artículo 6º, que veda a los notarios el ejercicio fuera de su distrito, so pena de suspensión del cargo por tres meses, de destitución en caso de reincidencia y de indemnización de perjuicios.
- b) El artículo 8º, que prohíbe a los notarios autorizar actos en que intervengan sus consanguíneos o afines en todos los grados de la línea directa, y en la colateral hasta el grado de tío o sobrino inclusive, ni los que contengan disposiciones en su favor.
- c) El artículo 52, según el cual, todo notario suspendido, destituido o reemplazado, después de habersele notificado la suspensión, destitución o reemplazo deberá cesar en el desempeño de su cargo, so pena de indemnización y resarcimiento de perjuicios y demás que las leyes

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

pronuncien..., etc.

d) El artículo 65, de carácter transitorio, que impone la obligación de prestar juramento.

e) El artículo 66, también transitorio, que obliga a renunciar los, cargos incompatibles so pena de entenderse que renuncian al cargo notarial.

Estas disposiciones dieron lugar a diferentes interpretaciones en varios aspectos, principalmente en los casos de actos unilaterales (porque la ley alude a la firma de las partes) y en los supuestos de instrumentos otorgados por personas que no saben o no pueden firmar (desde que la norma establece la condición de que se hallen firmados).

En cambio, no ha provocado ninguna oposición ni repulsa el sistema aun cuando se tratara de actos en los que haya intervenido un notario incapaz, según el sentido amplio que a la capacidad han otorgado los autores franceses.

El fundamento del artículo 1318, dicen Aubry y Rau(36)(424), emana de la confianza que merecen los oficios públicos en la redacción de los actos de su ministerio y sobre la garantía que su intervención ofrece a las partes.

Claro está que debe tratarse de un acto otorgado ante notario, y por ello todos los autores al ejemplificar señalan que si el acto ha sido recibido por un "clerc", no puede dar lugar a la aplicación del artículo, esto es, no es procedente la conversión.

Si el artículo habla de la incompetencia o de la incapacidad del oficial público en términos generales y sin ninguna restricción y se remite al art. 68 de la ley de Ventoso, se desprende de tales disposiciones y de lo establecido por los arts. 6º y 8º de esta última ley que el legislador no ha tenido en vista más que la incompetencia territorial y la incapacidad personal del oficial público, pues uno y otro son impedimentos relativos.

La pena de nulidad pronunciada en los casos de inobservancia de las diferentes formalidades prescriptas, expresa Toullier(37)(425), no influye sobre la prueba que resulta de un escrito en el que todas las partes han estampado su firma. La ley lo declara nulo en tanto acto auténtico, pero le concede la fe de un acto bajo firma privada porque la existencia de la convención es anterior al acto e independiente a él. Este principio de que el acto nulo por defecto de forma es válido como escrito bajo firma privada se aplica a todas las nulidades de formas pronunciadas por la ley, incluso a aquellas que resultan de la inobservancia del artículo 12, como la falta de fecha.

De igual manera se expiden Baudry - Lacantinerie y Barde, haciendo notar que el principio reconoce excepción en dos casos: a) Cuando el contrato es solemne; y b) Cuando las partes han subordinado la formación de un contrato consensual de esta naturaleza, como la venta, a la condición de que será constatado por un acto auténtico. Asimismo, como otros autores, destacan que el motivo radica en que es razonable presumir que los contratantes han querido constituir la prueba literal,

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

pero no han entendido, en el caso de una irregularidad que vicie el acto auténtico, renunciar a la fuerza probante que puede restar(38)(426).

Algunos tratadistas, sin embargo, sostienen que la incompetencia mentada en el art. 1318 se refiere sólo a la incompetencia por razón del territorio. Aduce Laurent que la ley no lo dice pero se infiere de la definición del art. 1317(39)(427).

Pero es casi unánime la opinión de que no es aplicable el artículo a los supuestos de actos autorizados por un notario que estuviese interesado en ellos. Copiosa es la jurisprudencia que así lo ha decidido. Es que, al decir de Zachariae, el artículo 1318 protege a las partes contra las faltas del notario pero no ampara a éste contra sus propias faltas(40)(428), aunque también se han dictado fallos en contrario, como el de la Audiencia de Orléans de 10 de febrero de 1851 que cita Bonnier(41)(429).

20. Corolario parcial .

Como corolario corresponde señalar que ningún impedimento existe en el derecho francés para la conversión del acto o documento notarial nulo, sea por incapacidad o incompetencia del notario o por defectos de forma, si reúne las condiciones establecidas en el artículo 1318 del Código Civil. Sin embargo, esta aplicación amplia del precepto legal encuentra límites creados por la doctrina y la jurisprudencia en menor grado cuando se trata de incompetencia por razón de la materia y más fuertemente cuando el notario ha autorizado documentos en los que él estuviese interesado.

21. Otras legislaciones.

El artículo 1415 del Código sardo, que cita Vélez Sársfield en la nota al artículo 987, dispone que "El acto que por incompetencia o por incapacidad del oficial, o por defecto de forma no tiene fuerza de acto público, vale como escritura privada entre las partes si éstas lo han firmado, o a falta de la firma de las mismas o una de ellas, el acto presenta el sello y las firmas requeridas por el artículo 1433, y solamente en el caso en que no se requiera un acto público"(42)(430).

Estatuía el artículo 1316 del Código Civil italiano de 1865: "El acto que por incompetencia o incapacidad del oficial público o por defecto de forma no tiene la fuerza de acto público, vale como escritura privada cuando ha sido suscripto por las partes".

El actual Código italiano de 1942 en su artículo 2701 establece que "el documento formado por oficial público incompetente o incapaz o sin la observancia de la formalidad prescrita, que ha sido firmado por las partes tiene la misma eficacia probatoria de la escritura privada".

Varía el Código Civil español, ya que su artículo 1223 prescribe que "La escritura defectuosa por incompetencia del notario o por falta en la forma tendrá el concepto de documento privado si estuviere firmado por los

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

otorgantes".

A tenor de este artículo parecería que la conversión no es admisible tratándose de la incapacidad del notario o de otras causas.

Entendemos que no es así y la defensa de esta tesis conviene anticiparla por ser de aplicación al artículo 987 del Código Civil argentino.

Como puede comprobarse leyendo a García Goyena(43)(431), en España el concepto de incompetencia se ha aplicado en sentido amplio.

En efecto, este autor en su proyecto de código redactó el artículo 1203 del siguiente modo: "Fuera de los casos indicados en el artículo anterior, la escritura defectuosa, por incompetencia del escribano o por falta en la forma, vale como instrumento privado si está firmada por las partes".

En las pertinentes explicaciones manifiesta que "en la incompetencia del escribano no debe hacerse distinción de la causa u origen de que proceda: puede estar suspendido o privado de sus funciones; puede estar limitada su competencia a ciertos actos, lugar o demarcación; puede, en fin, no ser en realidad tal escribano, aunque en la opinión común sea tenido por tal. De manera que en esta materia, subraya, cesa ya toda cuestión y no podrá invocarse la máxima de que error communis facit ius.

Conviene completar la idea de García Goyena recordando que según el artículo 1199 entendía por instrumento público el autorizado por un oficial o empleado público competente, con las solemnidades requeridas por la ley.

Explicita el concepto de competente en los siguientes términos: "Puede un oficial o empleado público, el escribano o notario estar autorizado por la ley para ciertos casos o instrumentos, puede esta misma autorización hallarse circunscripta a cierto lugar o territorio. En estos casos el oficial público deja de ser competente desde que traspasa su autorización legal; y tampoco lo será el suspenso, mientras dure la suspensión".

Resulta claro, entonces, que dentro de la competencia engloba la capacidad y por ello es innecesario que la disposición referente a la conversión contemple expresamente el supuesto de incapacidad siendo suficiente los extremos de incompetencia y defectos de forma.

Como antecedentes es oportuno significar, asimismo, que Freitas, en el Esboço, artículo 704, establece que el instrumento público nulo o anulado por vicios internos o externos, si estuviere firmado por la parte, tendrá valor como instrumento privado en los casos en que fuere admisible uno y otro. Conforme al artículo 693 los vicios internos que constituyen causal de nulidad comprenden lo atinente a la capacidad del notario (inciso 2°) y al caso de que versaren sobre actos jurídicos en que el propio funcionario sea parte interesada (inciso 5°).

22. Deducción más general .

De los textos legales recordados se infiere, sin lugar a dudas, que en otras legislaciones, al menos, es posible la conversión en todos los supuestos previstos en el artículo 1318 del Código Civil francés.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Por consiguiente, no puede admitirse, como principio, la improcedencia de la conversión cuando hay incapacidad por parte del notario. Esto sólo puede aceptarse si un derecho positivo determinado así lo prescribe expresamente.

23. El art. 987 del Código Civil argentino.

Nuestro Código exige en el art. 987, para la conversión formal, que concurren los requisitos comunes a todas las legislaciones, es decir:

- a) Que el acto emane de un oficial público; y
- b) Que esté firmado por las partes.

La aplicación del instituto la refiere a los casos de:

- a) Incompetencia; y
- b) Falta de las formas debidas.

Está claro que la norma no mienta la incapacidad del oficial público, no obstante que el Código, además de establecer la invalidez del instrumento cuando el oficial público no obre en los límites de sus atribuciones, respecto de la naturaleza del acto, y que éste se extienda dentro del territorio que se le ha asignado para el ejercicio de sus funciones (art. 980 con las excepciones del art. 981), declara también sin valor los actos que autorizase un oficial público suspendido, destituido o reemplazado..., etc. (art. 983).

Y si bien es cierto que en la nota al artículo 985 hace referencia, entre otros, al artículo 1318 del Código Civil ya examinado, y de la confrontación de textos surge nítida una diferencia en cuanto este último incluye la incapacidad del oficial público, no así Vélez Sársfield, corresponde formular las siguientes reflexiones:

a) Nada autoriza a suponer que Vélez Sársfield se apartó de su antecedente francés con la deliberada intención de excluir de la conversión el supuesto de incapacidad.

b) Los artículos 980 y 983 no califican, respectivamente, los supuestos de hecho que contienen como "competencia" y "capacidad".

c) Como no ha podido ignorar lo escrito por García Goyena, debe entenderse como posible que Vélez Sársfield participara de su criterio y englobara dentro de la incompetencia lo que se reputa incapacidad, posición que, por otra parte, como se ha visto en este trabajo, han adoptado autores franceses de la época, en que tenía categoría casi de dogma considerar que la capacidad configuraba un requisito diferente a la incompetencia.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

24. La doctrina nacional .

Para abordar la cuestión con más facilidad, partiré de la premisa que el artículo 985 importa incapacidad o falta de legitimación. ¿Es posible entonces la conversión, o a tenor del artículo 987 debe rechazarse su viabilidad?

Opina Machado que "El oficial público debe obrar en los límites de sus atribuciones y dentro de la jurisdicción designada. . .; del mismo modo, si hubiera sido suspendido, destituido o reemplazado. Esta es la inteligencia que debe darse a la expresión del funcionario incompetente..."(44)(432). Se ve, por tanto, que para este autor la incapacidad está comprendida en la incompetencia y no es obstáculo para la conversión.

Hace notar Salvat(45)(433)la diferencia de nuestro artículo 987 y el artículo 1318 del Código Civil francés en cuanto el primero no enumera en caso de incapacidad del oficial público. Estima que en este supuesto debe considerarse también aplicable la conversión. Ello así, pues el adverbio "aunque" que precede a la enumeración de ese artículo parece significar que, aparte de los casos expresamente enumerados, existen otros en los cuales debe también aplicarse: esos casos, dice, no pueden ser sino los de suspensión, destitución o reemplazo del oficial público o los de parentesco con las partes otorgantes del instrumento público. La razón de la ley, por otra parte, afirma, existe lo mismo en estos casos que en los de incompetencia territorial del oficial público o defectos de forma. ¿Por qué, entonces, aplicaríamos una regla distinta?

Con acierto advierte Salvat que el art. 987 no debe aplicarse si el instrumento fuera nulo por estar personalmente interesado el oficial público que lo autoriza, y, por consecuencia, no podría aplicarse dicho artículo, que supone siempre un instrumento público emanado de un oficial público actuando en el desempeño de sus funciones.

Expresa Borda(46)(434)que algunos autores pretenden que, al hablar de incompetencia, la ley se ha referido solamente a la territorial, pero no a la que surge por razón de la materia porque, en estos casos, el oficial público no sería más que un simple particular en relación a ese acto. Por su parte, piensa que tal opinión es equivocada: tanto en un caso como en el otro, el oficial público está legalmente inhabilitado para autorizar tales actos y no se advierte razón alguna para establecer diferencias entre ambas situaciones.

Asimismo es categórico Llambías, quien expresa: "Esta conversión del instrumento público tiene lugar en todos los supuestos de nulidad, sea por incompetencia territorial o material del oficial público, sea por falta de capacidad suya como si actuase después de habersele hecho saber la suspensión o cesantía, sea por inobservancia de formalidades legales". En todas las hipótesis la razón para decidir es la misma, por lo que nos parece improcedente excluir el supuesto en que el oficial público estuviese personalmente interesado, como se ha sostenido por algunos autores, ya que esa irregularidad, hasta de orden moral, no le quita al

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

oficial su carácter de tal, ni al documento su naturaleza de instrumento público, por inválido que sea. Otro tanto ocurre con los instrumentos otorgados por el oficial público después de la suspensión o cesantía, si el funcionario ha seguido actuando "de hecho" como tal. Por tanto, el documento obrado, aunque nulo por la incapacidad del autorizante, es un instrumento público que aprovecha del beneficio de la conversión previsto en el art. 987"(47)(435).

25. Conclusión.

Si concurren las condiciones necesarias y no se trata de escritura pública que revista carácter de forma constitutiva o de ser por disposición legal o acuerdo de partes, es aplicable el artículo 987 del Código Civil tanto en los casos de incompetencia como de incapacidad o falta de legitimación del escribano autorizante, cualquiera sea el sentido que se asigne a las locuciones incapacidad y falta de legitimación.

Doctrinariamente debe sostenerse la tesis que no es admisible la conversión cuando la nulidad se funde en el interés del notario autorizante o de su cónyuge.