

Podere a favor de parientes del escribano

Eloísa Baca Martínez, Néstor Condoleo, María Victoria Gonzalía

Sumario:

I. Competencia. Etimología. II. Competencia y Jurisdicción III. Competencia en Razón de las Personas V. El artículo 985 del Código Civil Argentino VI. Prohibición. Naturaleza Jurídica. Causales VII. Dictámenes VIII. Jurisprudencia IX. Legislación comparada X. Mandato y representación XI. ¿Mandato o poder? XII. Caso especial XIII. Conclusiones

I. COMPETENCIA. ETIMOLOGÍA

La palabra *competencia* proviene del término latino *competere*, que significa "lo que nos pertenece, se nos concede o corresponde", en este sentido es una facultad. También equivale a "competir, pretender o pedir lo mismo que otro", en este otro sentido es un ejercicio de esa facultad¹.

La competencia es la "aptitud legal atribuida a un órgano o profesión", es un concepto similar al de capacidad en el derecho civil. Dice Carnelutti que es el elemento característico de toda función pública ya que "establece la medida o esfera de atribuciones propias de todo funcionario".

Competencia notarial

La competencia notarial tiene tres dimensiones:

1. En razón de la materia.
2. En razón del territorio.
3. En razón de las personas.

(1) *Enciclopedia Jurídica Omeba*, tomos XVI, XX.

Caracteres

Los caracteres de la competencia notarial son:

1. Es improrrogable en principio pero admite excepciones.
2. Es modificable por ley.

II. COMPETENCIA Y JURISDICCIÓN

Generalmente estos términos se usan indistintamente, generando una grosera confusión. Se confunde *jurisdicción* con *competencia territorial*: el escribano no tiene jurisdicción, sino competencia.

La palabra *jurisdicción* proviene del término latino *iurisdictio*, esto es "*decir el derecho*", "*aplicar el derecho habiendo contienda o conflicto*". Golschmidt la define como "*la potestad atribuida por el estado a determinados órganos para decidir, mediante la sentencia, las cuestiones litigiosas que le son sometidas y la facultad de hacer cumplir esa misma sentencia o decisión*".

Los elementos de la jurisdicción son:

1. *Notio*: facultad de entender en determinadas causas.
2. *Vocatio*: es el derecho de hacer comparecer a las partes y poder seguir el juicio en rebeldía.
3. *Coertio*: es el empleo de la fuerza para el cumplimiento de determinadas medidas en el proceso.
4. *Iudicium*: manifiesta esencialmente la actividad jurisdiccional, es decir, dictar sentencia con efectos de cosa juzgada.
5. *Executio*: es el imperio y permite sus resoluciones aun con el empleo de la fuerza pública.

III. COMPETENCIA EN RAZÓN DE LAS PERSONAS

El fundamento legal lo encontramos en los artículos 985 del Código Civil aplicable a todos los instrumentos públicos y específicamente en materia testamentaria, los artículos 3664, 3653 y 3707 del mismo cuerpo legal.

El artículo 985 del Código Civil establece que: "*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 de sociedades anónimas, o ser gerentes o directores de ellas, el acto será válido”.

En Materia Testamentaria, el artículo 3664 del Código Civil establece que *“El escribano y los testigos de 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”.*

El artículo 3653 del Código Civil agrega además: *“El escribano pariente del testador en línea recta en cualquier grado que sea y en la línea colateral hasta el tercer grado de consanguinidad o afinidad inclusive, no puede concurrir a la redacción del testamento”.*

Asimismo, el artículo 3707 del Código Civil establece que *“Tampoco pueden ser testigos en los testamentos los parientes del escribano dentro del cuarto grado, los dependientes de su oficina ni sus domésticos”.*

Realizando una comparación de los mencionados artículos, podemos observar que el primero de ellos, es decir el artículo 985, no menciona al cónyuge y al referirse a los parientes lo hace de manera general sin individualizar a los afines. El artículo 3664 menciona a la esposa del escribano y cita a los afines. El artículo 3653 limita el grado de los colaterales hasta el tercero y también menciona a los afines. Y el artículo 3707 hace una enunciación genérica de los parientes sin distinción alguna y los limita al cuarto grado².

Excluidos

La segunda parte del artículo 985 dice: *“(...) pero si los interesados lo fueren sólo por tener parte de sociedades anónimas, o ser gerentes o directores de ellas, el acto será válido”.*

El artículo 985 excluye los siguientes casos de sociedades:

1. Tener parte.
2. Ser gerentes.
3. Ser directores.

En tales casos, el acto es válido.

(2) BENSEÑOR, Norberto Rafael. “El Artículo 985 del Código Civil Argentino”, *Revista del Notariado*, Año 2001.

Incompetencia. Distintas denominaciones

La doctrina y los diferentes autores le han atribuido distintas denominaciones, entre ellos, Spota y Salvat: "*incapacidad para instrumentar*", Carminio Castagno: "*ilegitimación del agente*", Zinny: "*legitimación negativa*", Pelosi y Gattari: "*incompetencia en razón de las personas*", Borda y Neri: "*incompatibilidad*", o Legón: "*inhabilitación*".

VI. LA PROHIBICIÓN

Naturaleza jurídica

Existen distintas teorías al respecto, a saber:

- 1) *Incapacidad para instrumentar* los civilistas Llambías y Salvat entre otros, siguiendo a la doctrina francesa, especialmente a los comentaristas del Código de Napoleón, consideran que la prohibición es una incapacidad para instrumentar.
- 2) *Incompatibilidad* la Doctrina española considera a la prohibición de autorizar escrituras donde esté la esposa o parientes como una incompatibilidad.
- 3) *Incompetencia en razón de las personas* esta postura es sostenida por Carlos A. Pelosi. La competencia es la aptitud legal conferida a un órgano o a una profesión determinada. Esta aptitud referida al escribano, le permite afirmar su competencia en lo que la ley le permite actuar y lo declara incompetente en aquello que le está prohibido³.

Causales de la prohibición

Son dos las causales:

1. En razón del parentesco.
2. En razón del interés.

Es importante destacar la importancia de que el artículo en cuestión no dice que el escribano no debe escriturar a sus parientes, sino que no debe hacerlo solo en los que ya sea él o sus parientes estén "*personalmente interesados*". Es decir que el escribano puede otorgar escrituras donde intervengan sus parientes. Lo que no puede hacer, por estar prohibido por el Código Civil, es autorizar escrituras donde él o sus parientes dentro del cuarto grado estén personalmente interesados.

(3) PELOSI, Carlos A. *El Documento Notarial*, Astrea, Buenos Aires, 1980.

En conclusión, para que el acto sea alcanzado por la prohibición, el mismo debe contener las dos causales: en razón del parentesco y en razón del interés.

CAUSALES EN RAZÓN DEL PARENTESCO

El artículo 354 del Código Civil define al parentesco como el "*vínculo subsistente entre todos los individuos de los dos sexos, que descienden de un mismo tronco*". Como esta definición es incompleta ya que no contempla el parentesco por afinidad ni por adopción la Doctrina ha elaborado una que es del siguiente tenor: "*Parentesco es el vínculo existente entre las personas en virtud de relación de consanguinidad, afinidad o adopción*".

El artículo 985 del Código Civil obedece al principio de imparcialidad del oficial público y por tal motivo se convierte en una disposición legal por la cual el escribano no podrá intervenir en asunto en que él o sus parientes dentro del cuarto grado fuesen personalmente interesados. Como la ley no distingue entre qué clase de parientes, la doctrina entiende que se incluye a todos los parientes, ya sean

1. Consanguíneos
2. Afines
3. Adoptivos.

Sea en la línea

1. Ascendente
2. Descendente
3. Colateral.

Parentesco por afinidad⁴

Concepto: Son los lazos que unen a cada uno de los esposos con los parientes consanguíneos del otro. El cónyuge se convierte en el vehículo necesario para caracterizar este tipo de parentesco.

Es importante recordar que el artículo 364 del Código Civil establece que no hay parentesco entre los parientes consanguíneos de uno de los cónyuges con relación con los parientes consanguíneos del otro cónyuge. ¿Cómo se cuentan los grados en la afinidad? De la misma manera que en que cada uno de los cónyuges con sus parientes por consanguinidad, es decir:

(4) BENSEÑOR, Norberto Rafael, op. cit. supra en nota 2.

1. Yerno y Nuera: 1º por afinidad
2. Cuñado o Cuñada: 2º por afinidad
3. Primos hermanos del cónyuge del notario: 4º de afinidad con el notario y por lo tanto le alcanza la prohibición del artículo 985 Código Civil.

Primo hermano. Spota analiza un fallo que consistió en decidir si la prohibición comprende a los afines y si, dentro de este, hasta el cuarto grado. Se trataba de una escritura en que la cónyuge del notario revestía la calidad prima hermana de uno de los comparecientes, por lo que estaba frente a un vínculo de afinidad. El juez interviniente de La Rioja, fallo del 9/12/1940, declaró que adolecía de nulidad absoluta por incapacidad del oficial público y por el artículo 985 del Código Civil.

Además, ese artículo no es el único del Código existe también el artículo 3664 que hable de los testamentos por acto público: dice que el escribano y testigos, sus esposas y parientes o afines dentro del cuarto grado no podrán aprovecharse de lo que él disponga a su favor. Se ha observado que Vélez se apartó de su fuente, que fue Bonnier, que hace referencia a la ley notarial de Ventoso que prohíbe autorizar escrituras en las que sean parte sus parientes consanguíneos o afines, en línea recta, en todo grado, y en la colateral hasta el grado de tío o sobrino.

Padrastra y madrastra con relación a los hijastros e hijastras. Lo establece el artículo 363 *in fine* del Código Civil y habiendo contraído matrimonio, los padrastrós y las madrastras están en el mismo grado en que el suegro o la suegra con relación al yerno o nuera. Por lo tanto rige la prohibición del artículo 985.

Parentesco por adopción

La ley 24.779 de Adopción, incorporada al Código Civil, en el artículo 323 regula:

1. Adopción plena, estableciendo que confiere al adoptado una filiación que sustituye a la de origen, es decir, que el adoptado deja de pertenecer a su familia biológica extinguiéndose todos los efectos jurídicos con ella, salvo los impedimentos matrimoniales. Por lo tanto, a los efectos del artículo 985:

- a) El adoptado adquiere parentesco por consanguinidad con el adoptante y sus parientes consanguíneos.
- b) Los parientes por afinidad del adoptante se convierten en parientes por afinidad del adoptado.
- c) Los parientes biológicos del adoptado dejan de ser parientes por los que en lo sucesivo, respecto de ellos, no se aplica la prohibición del artículo 985 relacionado.

2. Adopción simple, establecida por el artículo 329 del mencionado cuerpo legal y a diferencia de la anterior, este tipo de adopción, si bien confiere al adoptado la posición de hijo biológico, no crea un vínculo de parentesco entre él y la familia biológica del adoptante, salvo los casos expresamente determinados por este código.

A los efectos de la aplicación de la norma prohibitiva en estudio, es decir, el artículo 985, podemos concluir que:

- 1) Rige la prohibición con respecto al adoptante.
- 2) No rige con relación a los demás parientes del adoptante.
- 3) Subsiste la prohibición con relación a los parientes biológicos del adoptado.

CAUSALES EN RAZÓN DEL INTERÉS

El artículo 985 del Código Civil extiende la prohibición a los asuntos que el escribano se halle personalmente interesado. Esto supone que debe existir un interés personal que debe ser:

1. *Directo*: Debe ser consecuencia inmediata y necesaria de causa a efecto (artículo 520, Código Civil). Debe derivar de un hecho que acostumbra a suceder, según el curso natural y ordinario de las cosas (artículo 901, Código Civil).
2. *Económico*: No es exclusivo pero debe ser suficiente para que potencialmente desvíe la imparcialidad del escribano.
3. *Objetivo*: Se insiste en aplicar un criterio objetivo, excluyendo afectos o estimas ya que cualquier apreciación subjetiva puede afectar la mayoría de los actos jurídicos. Debe ser imputable a su autor (artículo 903, Código Civil).

En conclusión, para que el acto instrumentado esté alcanzado por la prohibición, este interés puede ser directo, objetivo, económico o de otra índole, pero el mismo debe tener tal magnitud que pueda considerarse que desvía al funcionario de su deber de imparcialidad. Asimismo destaca la importancia de que el artículo en cuestión no dice que el notario no debe escriturar a sus parientes, sino que no debe hacerlo solo en los "*personalmente interesados*".

SANCIÓN: NULIDAD INSTRUMENTAL

Son documentos nulos en razón del autor aquellos en los que:

- a.1** Falta de firma del autorizante.
- a.2** Falta de investidura o capacidad (artículo 983).
- a.3.** Falta de competencia material, territorial y personal (artículos 980 y 985)⁵.

LA CONVERSIÓN. 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.

El artículo 987 del Código Civil argentino dice: *“El acto emanado de un oficial público, aunque sea incompetente, o que no tuviera 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”*.

Nuestro Código exige en el artículo 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.

Legislación que surge de la nota al artículo 987 del Código Civil

Artículo 1318 del Código Civil francés: De acuerdo con lo dispuesto por este artículo 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.

(5) ZAVALA, Gastón Augusto. *Tratado de Derecho Notarial, Registral e Inmobiliario, Más de cincuenta años de Jurisprudencia Agrupada y Comentada*. Tomo III, Cap. “Nulidades Instrumentales”.

El fundamento del artículo 1318, dicen Aubry y Rau, 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.

El artículo 1415 del Código Sardo, 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 estas 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"*.

La doctrina nacional

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.

VII. DICTÁMENES

* *Revista Notarial 899, p. 913*

La consulta consistía en la posibilidad de pasar una escritura en su registro mediante la cual una persona otorga un mandato judicial a favor de un profesional con el cual le une el parentesco a que alude el artículo 985 del Código Civil, sin que en dicho acto comparezca el mandatario.

Los dictaminantes fueron los escribanos Silvia Rosa Martinelli y Jorge F. Dumon y concluyeron que dicha escritura no sería objetable legalmente ya que el mandatario ejecutaría todas las medidas a su alcance aplicables al asunto en litigio, en interés del mandante u otorgante y no para su interés personal. Y tampoco existiría impedimento ético ya que tratándose de un poder judicial, no se involucraría la imparcialidad notarial pues su desempeño se realizará en sede judicial, sometido a la inevitable y directa consideración judicial.

Por lo tanto se decidió que un poder judicial, dado a un profesional pariente del notario dentro del grado establecido en el artículo 985 del Código Civil, no cae bajo la sanción de dicho artículo.

* *Revista Notarial 904, p. 790*

Se requiere dictamen sobre la validez de un Poder General Judicial otorgado a favor de dos abogados para actuar en forma conjunta, separada e indistintamente cualquiera de ellos, siendo uno de los apoderados cónyuge de la suscripta. Y en el caso de estar afectado de nulidad, si es posible considerar al acto divisible y válido con relación al otro abogado (no cónyuge) para actuar en juicio. Los dictaminantes son los escribanos Silvia Rosa Martinelli, Norberto José Rey y Jorge F. Dumon.

La escribana Martinelli opina que el asunto en cuestión no entra en las restricciones del artículo 985 porque el cónyuge de la notaria autorizante no es el interesado personal, sino que lo es el mandante. Tampoco cree que haya impedimentos de orden ético, ya que, tratándose de un poder judicial no se involucra la imparcialidad que debe revestir todo asunto notarial.

El escribano Rey, cita a Legón en su artículo "La inhabilitación del actuario para el otorgamiento de actos públicos que interesen a el o a sus parientes", quien sustenta que el 985 habla de interés, quedando desterrado el concepto de parte. Agrega que el mandatario carece de interés ya que implica doctrinariamente un acto de gentileza que aunque sobrevenga remuneración, esta es una forma de compensación al servicio prestado para evitar el enriquecimiento sin causa.

La ley, destaca Rey, trata de evitar lo que se denomina conflicto de intereses. Este interés debe ser directo, objetivo, económico o de otra índole que pueda considerarse que desvía al funcionario de su deber de imparcialidad. Asimismo destaca la importancia de que el artículo en cuestión no dice que el notario no debe escriturar a sus parientes, sino que no debe hacerlo solo en los "*personalmente interesados*".

Entonces, llega a la conclusión de que en este caso la actividad del notario termina con el otorgamiento del poder y la actuación posterior estará sujeta a la relación poderdante apoderado, con todas las obligaciones para este último que surgen del mandato. Entonces, la opinión personal del dictaminante es que el poder es válido.

El Escribano Dumon manifiesta que comparte las posturas reflejadas.

* *Revista del Notariado 715, p. 198*

Un escribano adscripto desea saber el alcance de la incompatibilidad prescripta por el artículo 985 del Código Civil, pues considera que estas están referidas al escribano autorizante y no al registro, y en tal sentido consulta si puede autorizar una escritura de un familiar de segundo grado de parentesco de un escribano del mismo registro.

Los escribanos Ana María Colo y Jaime Giralt Font fueron los dictaminantes. La escribana Colo rescató que a pesar de no estar comprometido de manera directa algún precepto legal, autorizar tal acto, sería faltar a los deberes que todo notario tiene para consigo mismo y para con sus clientes.

Giralt Font comenzó su dictamen separando el problema jurídico del ético y su diferente interpretación en relación al acto a instrumentarse. Por lo tanto, desde un aspecto legal y jurisprudencial son válidas las escrituras autorizadas por un escribano en las que su titular o adscripto o alguno de los parientes de estos últimos, dentro del cuarto grado, tengan interés o sean partes, porque de lo contrario significaría declarar nulidades no establecidas por la ley.

Aunque desde el punto ético, moral y profesional, como consecuencia de la indubitabilidad del proceder del autorizante, el escribano debe abstenerse de instrumentar actos en los cuales otro integrante del registro o parientes de este, tengan interés o sean parte, en virtud del consabido principio de imparcialidad. Pero esta posición, comenta Giralt Font, no es absoluta, ya que no es lo mismo instrumentar una compraventa que una cancelación de hipoteca o un poder. Y a pesar de compartir la prohibición ética en algunos casos, no existe expresamente ninguna norma ética dictada por el Colegio de Escribanos que contemple esta cuestión.

Y textualmente dice que cuando el acto jurídico carente de interés económico positivo para el cointegrante del registro, o sus parientes, es autorizado por otro escribano del mismo registro, en nada se afecta a la ética, porque como se deduce del mismo Código de Ética Notarial citado, todas las violaciones a los valores éticos derivan directa o indirectamente del contenido o trasfondo económico de los hechos, actos o actitudes en él comprendidos.

Por lo expuesto, se considera que el problema ético en estudio deriva principalmente del contenido económico de los actos a autorizarse.

* *Revista del Notariado* 903, p. 550

El Tribunal Notarial de la Provincia de Buenos Aires, ha emitido un dictamen referido a los fundamentos jurídicos en virtud de los cuales el notario titular y el adscripto de un mismo registro, no pueden autorizarse entre sí escritura alguna. Quedan comprendidos en la prohibición los cónyuges y los parientes por consanguinidad y afinidad dentro del cuarto grado.

De acuerdo al acta obrante a fojas 2, en oportunidad de llevarse a cabo una inspección al registro en que actúan los imputados se constato la existencia de las escrituras

que allí se hacen mención, en las cuales el compareciente, ya sea a título personal o como apoderado lo fue el propio escribano Titular y autorizante su Adscripta.

La inhabilidad o incompetencia establecida por el artículo 985 del Código Civil para un funcionario público, en asunto en que él o sus parientes dentro del cuarto grado fuese personalmente interesados, se extiende al Adscripto.

* *Revista del Notariado 788, p. 433*

Se somete a consulta la validez de una escritura y de considerarla nula, si es un medio subsanatorio la conversión del acto. Dicha escritura versa sobre una venta de un inmueble a favor de una persona (A) que adquiere parte para sí y con dinero de otra (B), siendo este último hijo del escribano autorizante. Luego (B), acepta la gestión de negocios realizada a su favor ante otro escribano sin vínculo alguno.

Dictamen de la Comisión Asesora de Consultas Jurídicas sobre la base de un proyecto de la Escribana Sara Fisz de Schapira, aprobado por el Consejo Directivo en sesión de 22 de diciembre de 1982. En las consideraciones, comienzan aclarando que tres son las posturas que surgen: a) la que la considera un supuesto de "incompetencia en razón de las personas", b) la que la trata como un caso de "incapacidad de derecho del funcionario público", c) la que sostiene que este es un caso de "falta de legitimación en el agente".

Sin tomar posición con relación al punto, hablaremos de "incapacidad de derecho en el agente", siguiendo la terminología adoptada por la mayor parte de los civilistas y nuestros Tribunales.

Ratio Legis del precepto. El fundamento de la norma es preservar la absoluta imparcialidad del funcionario público en los actos por él autorizados.

La ley presume que falta al requisito de imparcialidad.

- a)** *En razón del parentesco.* El oficial público no puede intervenir en asunto en que él o sus parientes, dentro del cuarto grado fuesen personalmente interesados.
- b)** *En razón del interés.* He aquí el problema, el acto impugnado, ¿entra en la esfera de interés del hijo de escribano?

La doctrina distingue entre el sujeto de la voluntad y el sujeto del interés. Son sujetos de la voluntad quienes son meros ejecutores: mandatario, gestor, comisionista. En cambio, el sujeto del interés es quien resulta el *dominus*: es el mandante, el comiten-

te, el dueño del negocio. Citan a Pelosi que dice: *"el interés es del mandante y no del mandatario, mero ejecutor del negocio"*.

En consultas sobre el tema, la Comisión Asesora de Consultas Jurídicas de este Colegio estableció que los términos "personalmente interesados" del artículo 985 abarcan todos los aspectos en que el interés humano pueda manifestarse, sea mediato o inmediato, directo o indirecto, económico, moral, afectivo, etc.

La Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires estableció: *"El artículo 985 del Código Civil tiene por finalidad garantizar la imparcialidad del oficial público. El artículo 985 no declara nulos solo los actos realizados por el oficial público cuando por ellos se otorgan derechos para sí o para sus parientes. Basta para que quede invalidado que se trate de asuntos en que él o sus parientes fuesen personalmente interesados"*.

El pariente del notario para quien se estipuló o a favor de quien se realizó la gestión es tercero interesado en el negocio cuestionado.

Sanción por la transgresión: Nulidad del instrumento produce la nulidad del acto instrumentado (artículo 1044, Código Civil), es una nulidad refleja. Si es considerado nulo de nulidad absoluta, aun efectuada la confirmación, si el acto judicialmente tenido por nulo de nulidad absoluta, estará permanentemente sujeto a una acción de reivindicación. En base a todas estas consideraciones, nuestra opinión es que la escritura de venta motivo de la consulta no es confirmable en sede notarial.

* *Revista del Notariado 694, p. 749*

Los afines de los afines no son parientes y en consecuencia no rige la prohibición del artículo 985 del Código Civil. Sin embargo se ha entendido que tratándose de un bien ganancial la prohibición le alcanzaría por ser parte de la sociedad conyugal el pariente afín. Así lo ha resuelto por Dictamen de Consultas del Colegio de Escribanos de la Capital Federal aprobado por el Consejo Directivo en sesión del 5/7/1967 por dictamen del escribano Héctor E. Clarat.

Se consulta sobre la posibilidad de otorgar escrituras en las que comparezca su conyuñado, quien no estaría encuadrado dentro de las prohibiciones establecidas por el artículo 985 del Código Civil. Pudiendo tratarse de 1) compraventa de inmuebles; 2) Poderes y escrituras sin interés patrimonial; y 3) escrituras con o sin interés patrimonial en las que el compareciente actúe como socio solidario de una comandita por acciones.

El dictaminante Héctor E. Clarat comienza exponiendo que el concuñado, cónyuge de la cuñada, no es un pariente dentro del cuarto grado, según la clasificación de nuestra ley, por lo que, en principio, el acto a otorgarse no estaría viciado de nulidad.

Cabe agregar, sigue diciendo, que no exige el mencionado artículo para fulminar al acto con la nulidad, la comparecencia de un pariente dentro del cuarto grado del oficial público, sino que requiere solamente que el mismo este "*personalmente interesado*".

Al analizar el primer caso, llega a la conclusión de que no deben la consultante ni su titular proceder a la escrituración de adquisición o enajenación de inmuebles, aun de carácter propio, por impedirlo razones legales y éticas.

En los otros dos casos, opina que si bien, en principio, los actos a instrumentarse no caen bajo la prohibición legal, aunque en el caso del socio solidario de una comandita por acciones podría tener la cónyuge del mismo un interés patrimonial, le son aplicables todas las consideraciones efectuadas precedentemente, por lo cual se estima conveniente la abstención de la consultante en estos otorgamientos, en salvaguardia de los principios éticos y en defensa de la imparcialidad que deben regir todos los actos notariales.

Asimismo el mencionado dictaminante se refirió al caso de los bienes propios del concuñado y afirmó que aunque no exista interés patrimonial en la cónyuge del concuñado, la imparcialidad debe presidir en todos los actos del notario y por razones legales y éticas, debe abstenerse de escriturar los bienes aun de carácter propio.

En postura contraria, la Comisión Central de Consultas del Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, sostuvo que no hay impedimento para que un escribano autorice una escritura de un bien inmueble si el mismo es de carácter propio de la cónyuge de un primo de su cónyuge.

** Pre-constitución de pruebas. Actas notariales. Cónyuge abogado del escribano*

El Consejo Directivo del Colegio de Escribanos de la Capital Federal aprobó un Dictamen del Dr. Augusto F. A. Rossi, en 1966, estableciendo que el escribano debe actuar con las máximas garantías de imparcialidad y por lo tanto debe abstenerse de intervenir como en el caso que resultó una mera consulta generada por una escribana que preguntaba si podía intervenir en asuntos en que su esposo, abogado, le requiriera su intervención para preconstituir pruebas judiciales, o cualquier otra instancia judicial o extrajudicial.

VIII. JURISPRUDENCIA

* *CNCiv., Sala C, noviembre 12-965. Frujtman de Gotlib, Leila, suc.*

Es nula, de nulidad absoluta, de acuerdo con lo prescripto por el artículo 985 del Código Civil, dado que media el interés y parentesco a que se refiere la disposición aludida (artículo 3664, Código Civil), la cláusula testamentaria por la que se establece como condición para conservar la calidad de heredero, que los beneficiarios deben unificar representación en la persona del hermano del escribano autorizante del acto y albacea, y que este debe actuar bajo el patrocinio del letrado que tenga conformidad de aquel (en el caso, familiar dentro del cuarto grado).

* *C2 CC Eva Perón, Sala II, marzo 10-953. S.P., J. c. F. S., J. y otra*

El Escribano público tiene interés propio en la venta otorgada a favor de su concubina, por lo que la escritura pública extendida por él resulta nula. El Colegio de Escribanos opinando sobre el caso, a pedido de parte, entiende que no es aplicable el artículo 985 del Código Civil, aunque desde el punto de vista ético (...).

* *Suprema Corte Buenos Aires, agosto 3-954*

El artículo 985 del Código Civil no declara nulos los actos realizados por el oficial público cuando por ellos se otorga derechos para sí o para sus parientes sino simplemente cuando se trata de asunto en el que él o sus parientes dentro del cuarto grado fuesen personalmente interesados.

IX. LEGISLACIÓN COMPARADA

* La Ley Orgánica del notariado español en su artículo 22 indica que:

"(...) ningún notario podrá 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".

Este artículo está regulado por el artículo 139 del Reglamento Notarial que expresa: *"Los notarios no podrán autorizar escritura en que se consignen derechos a su favor, pero sí las que solo contraigan obligaciones o extingan o pospongan aquellos derechos con la antefirma 'por mí y ante mí'. En tal sentido, los notarios podrán autorizar su propio testamento, poderes de todas clases, cancelación y extinción de obligaciones. De igual modo podrán autorizar o intervenir en los actos o contratos en que sea parte su*

esposa o parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad, siempre que reúnan idénticas circunstancias. No podrán, en cambio autorizar actos jurídicos de ninguna clase que contengan disposiciones a su favor o de su esposa o parientes de los grados mencionados, aun cuando tales parientes y el propio notario intervengan en concepto de representantes legales o voluntarios de un tercero. Exceptúase el caso de autorización de testamentos en que se les nombre albaceas o contadores-partidores y los poderes para pleitos a favor de los mencionados parientes”.

* El Reglamento Notarial de la República Oriental del Uruguay adopta un criterio más restrictivo, lo que está evidenciado en el artículo 24, que fue modificado por la Acordada número 7533 del 22 de octubre de 2004. Ha quedado redactado de la siguiente manera:

“c) Por razón del contenido, y con excepción de los actos referidos a la custodia de documentos confiados por las partes al Escribano y los actos secretos o reservados en que este desconoce la voluntad del otorgante, los Escribanos no podrán autorizar escrituras públicas, actas, certificados o traslados, relacionados con ellos, sus cónyuges, sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad y demás miembros de su familia. Quedan también comprendidos en esta inhibición los testamentos solemnes abiertos que contengan disposiciones en su favor, de su cónyuge, de cualquiera de sus parientes dentro del cuarto grado, demás miembros de su familia o de sus dependientes asalariados.”

En la misma Acordada también se decidió incorporar al artículo 25 del Reglamento el siguiente inciso:

“(…) En general, se recomienda a los escribanos no autorizar acto alguno en que tengan interés personas privadas de quienes ellos o sus cónyuges dependan a sueldo o con quienes tengan sociedad.”

X. CASO ESPECIAL

Poderes a favor de parientes del escribano

La doctrina en general ha entendido que no rige para los casos en que el pariente del oficial público intervenga como apoderado de un tercero, si no estuviera personalmente interesado, o a condición de que el instrumento nada contenga que personalmente pueda interesarle.

El artículo 985 del Código Civil extiende la prohibición de actuar en los asuntos en que el escribano o sus parientes dentro del cuarto grado se hallen personalmente interesados. Esto supone que debe existir un interés propio, directo y económico.

Por ello la doctrina, en general, ha entendido que no rige para los casos en que el pariente del oficial público intervenga como mandatario de un tercero en la escritura que ha de autorizar, si no estuviere personalmente interesado a condición de que el instrumento nada contenga que personalmente pueda interesarle.

El Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires en una Consulta de 1988, estableció que un Poder Judicial, conferido a un profesional pariente del notario no cae bajo la sanción del 985 ya que no puede sospecharse el interés del abogado quien actúa bajo supervisión del juez y bajo normas legales: el interés es del mandante y no del mandatario que es el mero ejecutor.

La doctrina distingue el sujeto de la voluntad (mandatario) y el sujeto del interés (mandante). El mandatario es un cooperador jurídico del mandante, en el sentido de que el objetivo del mandante es tratar y ultimar un negocio jurídico en interés del mandante. Lo corroboran los artículos 1930 y 1947 del Código Civil. (RN, 1950, pp.287/89)

Una consulta del Colegio de Escribanos de la Capital Federal dio como resultado un dictamen del 25/8/1964, donde se estableció que la intervención del marido de la escribana en escrituras de compraventa, en el sólo carácter de mandatario del vendedor, no está alcanzado por la prohibición del artículo 985.

XI. ¿MANDATO O PODER?

En el ejercicio diario de la profesión, nos encontramos permanentemente con el problema de la confusión existente entre *mandato*, *representación* y *poder*.

Nuestro codificador dice en el artículo 1869 que "*El mandato, como contrato, tiene lugar cuando una parte da a otra el poder, que esta 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*". Aquí podemos apreciar que se mencionan los términos mandato, poder y representación, de donde podemos inferir que Vélez Sársfield distingue los institutos analizados.

Pero luego en el artículo siguiente, 1870, menciona el alcance de lo dispuesto para el título y menciona en su siete incisos situaciones que son representaciones y nada tienen que ver con el mandato. Recién en el artículo 1872 menciona el término "poder" y no lo vuelve a tratar hasta el artículo 1881 donde habla de los poderes especiales.

Resumiendo, entendemos que el codificador marca una clara distinción entre mandato, poder y representación, que trataremos de analizar sintéticamente en el presente trabajo.

XII. MANDATO Y REPRESENTACIÓN

El mandato es un contrato y es de carácter bilateral, donde el mandatario se obliga a realizar determinadas actividades por cuenta del mandante. Existe una *manda*, hay instrucciones precisas o no tanto, pero que en definitiva son las que guían el accionar del mandatario. El mandatario no hace "lo que quiere" sino que hace "lo que debe" y que surge del contrato. Quiere decir que la relación jurídica es entre el mandante y el mandatario, ellos son los que han llegado a un acuerdo de voluntades destinado a reglar sus derechos y al que se van a someter como a la ley misma. ¿Qué es lo que va a ocurrir? De un contrato entre mandante y mandatario, nacerá la obligación para el mandatario, ya que aceptó la manda, de ejecutar un acto jurídico en su nombre y en su cuenta.

El problema se presenta cuando el mandatario se presenta ante un tercero invocando la *representación*. Allí la persona que va a contratar con el mandatario tomó pleno conocimiento de que está contratando con el mandante y no con el mandatario y, en consecuencia, aplicando la debida diligencia de un buen hombre de negocios, deberá solicitarle al mandatario que acredite dicha representación. Es ahí donde toma fuerza el *poder*, es decir que el mandante le ha otorgado al mandatario el instrumento idóneo y necesario para que pueda demostrar que lo está representando. Mientras que el *mandato* es un contrato consensual, bilateral, oneroso o gratuito, no formal, el *poder* es un acto jurídico unilateral y formal, realizado solamente por el mandante, quien en los casos en que la ley así lo exija, concurrirá al escribano para *manifestar* su voluntad de *apoderar*, de *invertir* al mandatario de las armas necesarias para que cumpla con el contrato de mandato y que pueda ejercerlo.

En el contrato de mandato las partes han tenido en cuenta "la causa" del mismo como elemento esencial del contrato, junto con el consentimiento y el objeto, que es lo que las partes tuvieron en miras al contratar, y casualmente será entre otras tantas, ya que son subjetivas, la de apoderarlo. ¿De qué serviría un poder otorgado con las formalidades de la ley si no tiene el sustento del contrato del mandato o de la locación de servicio, o de la locación de obra? Necesariamente el mandante deberá contratar con el mandatario, instruirlo, proveerle de los elementos necesarios para ejercer la representación y actuar por su cuenta y en su nombre. Es más si el mandante no apoderara al mandatario en debida forma, el mandatario se negaría a actuar o no podría actuar, y hasta podría defenderse diciendo que aplica la excepción de incumplimiento contractual. No podrá ejercer el mandato si no tiene los elementos necesarios para ello.

Por lo expuesto, entendemos que en el caso particular que nos ocupa no existiría impedimento alguno, ni jurídico, ni ético para que el escribano autorice una escritura de poder a favor de su cónyuge, ya que dicho poder deviene como consecuencia de un contrato de mandato.

¿Cuál es el bien jurídico tutelado por el artículo 985? El principio de imparcialidad del funcionario público. Evidentemente es que el “funcionario público” no se aproveche de esa calidad en beneficio propio o de sus parientes. Es decir que no haya abuso de confianza por parte del funcionario o abuso de derecho o en definitiva, que “no haya vicio en el consentimiento” en la formación del acto, o del contrato de que se trate. Tengamos en cuenta que, por ejemplo en el caso del poder judicial otorgado a favor del cónyuge del escribano, existen dos contratos previos al apoderamiento, uno es el de locación de servicios entre la persona y el profesional de derecho para llevar adelante el juicio, y otro será el de mandato, entre las mismas personas; siendo entre otras “la causa” del contrato que la persona no tenga que ir a Tribunales, no tenga que ir a firmar cientos de papeles, etc.

¿Qué vicio pudo haber en la persona que fue a consultar con la cónyuge del escribano sobre una sucesión, sobre un incumplimiento de contrato, o sobre lo que fuera, y decidió celebrar con dicho profesional abogado un contrato de locación de servicios, que tiene como resultado un acto jurídico como el apoderamiento? ¿Acaso podría el escribano modificar lo que diga el contrato de locación de servicios, o el de mandato? ¿Qué otro sentido tendría la sanción de nulidad impuesta? El problema es que no estamos acostumbrados a tener a la vista, o a confeccionar en la misma escritura de apoderamiento, el contrato que dio origen a la misma. Por otra parte el mandatario, como consecuencia del contrato de mandato y no del poder, tendrá que rendirle cuentas al mandante de cómo ejerció el mandato.

XIII. CONCLUSIONES

El artículo 985 y concordantes del Código Civil, garantizan el Principio de Imparcialidad del oficial o funcionario público, tutelando el abuso de confianza por parte del funcionario público, que pretende viciar la voluntad del otorgante del acto. Es importante destacar que este artículo no dice que el escribano no debe escriturar a sus parientes, sino que no debe hacerlo solo en los que él o sus parientes dentro del cuarto grado estén “*personalmente interesados*”. Es decir, que el escribano puede autorizar escrituras donde intervengan sus parientes. Lo que no debe hacer, por estar prohibido por el Código Civil, es autorizar escrituras donde él o sus parientes dentro del cuarto grado estén personalmente interesados.

En conclusión, para que el acto esté alcanzado por la prohibición el mismo debe contener las dos causales, estas son:

- 1) En razón del parentesco.
- 2) En razón del interés.

La Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires estableció: *“El artículo 985 del Código Civil tiene por finalidad garantizar la imparcialidad del oficial público. El artículo 985 no declara nulos solo los actos realizados por el oficial público cuando por ellos se otorgan derechos para sí o para sus parientes. Basta para que quede invalidado que se trate de asuntos en que él o sus parientes fuesen personalmente interesados”*. Ese interés debe ser directo, objetivo o económico de cierta magnitud que pueda considerarse que desvía al funcionario de su deber de imparcialidad. No es lo mismo instrumentar una compraventa que una cancelación de hipoteca o un poder. Las violaciones derivarían directa o indirectamente del contenido o trasfondo económico de los hechos, actos o actitudes en él comprendidos.

En los casos donde exista un contrato de mandato entre una persona y el cónyuge, o pariente del escribano, el apoderamiento, en virtud de ser una consecuencia del citado contrato, puede otorgarse ante dicho escribano, sin que esté viciado de nulidad, principalmente cuando el cónyuge y/o pariente del escribano está siendo apoderado en el ejercicio de su profesión. La actividad del notario se limita a la autorización del poder (acto jurídico unilateral y formal) que el mandante le otorga al mandatario como instrumento idóneo y necesario para que este último pueda demostrar que lo está representando. De lo contrario, por vía de absurdo, este razonamiento podría llevarnos a conclusiones contrarias a la esencia de la función notarial ya que justamente los requerentes acuden al notario en razón de su conocimiento, amistad o a través de la relación profesional que durante años generó su confianza, pilar fundamental de nuestra incansable labor.