

La sociedad del 985*

Alberto María Miguens

RdN 916

RESUMEN

El artículo 985 del Código Velezano consideraba de ningún valor los actos autorizados por un funcionario público en asunto en que él o sus parientes fuesen personalmente interesados. Exceptuaba el caso en que el interés estuviere fundado sólo en tener parte en sociedades anónimas o ser directores de ellas. El presente trabajo intenta explicar qué motivos llevaron a Vélez Sarsfield a legitimar la excepción y por qué no la extendió a otros tipos societarios. Analiza también qué tipo de nulidad genera su violación. La excepción no se replica en el artículo 291 del nuevo Código unificado.

Sumario: 1. El artículo 985 del Código Civil. 2. Imparcialidad. 3. Fuentes de la norma. 4. Interés personal. 5. El contrato de depósito. 6. Conversión especial. 7. Normativa complementaria. 8. Nulidades. 9. Código unificado. 10. Conclusiones.

1. El artículo 985 del Código Civil

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 en sociedades anónimas, o ser gerentes o directores de ellas, el acto será válido.

La norma se enmarca bajo el Título “De los instrumentos públicos”. El artículo 985 es un corto párrafo, plagado de aristas.

Centraremos nuestra ponencia¹ en la excepción a la prohibición, referida al interés fundado en tener parte, ser gerente o director de una sociedad anónima.

* [N. del E.: este artículo es anterior a la sanción del Código Civil y Comercial de la Nación Argentina Ley 26.994. Por tal motivo, las referencias utilizan el término “Proyecto”].

1. [N. del E.: este trabajo fue galardonado con el Primer Premio en la XXXI Jornada Notarial Argentina, organizada por el Colegio de Escribanos de la Provincia de Córdoba y el Consejo Federal del Notariado Argentino, y que se llevó a cabo en la ciudad de Córdoba, los días 7-9 de agosto de 2014].

2. Imparcialidad

El *Diccionario esencial de la lengua española*² define la imparcialidad como la “falta de propósito anticipado o de prevención a favor o en contra de alguien o algo, que permite juzgar o proceder con rectitud”.

La normativa elaborada por Dalmacio Vélez Sársfield acude a un criterio objetivo y se inclina por evitar el favor. La imparcialidad busca evitar la falsedad por vía del favoritismo. El legislador presume la imparcialidad del funcionario en provecho propio o de sus parientes. Esquivó criterios subjetivos como la amistad o enemistad, a efectos de salvaguardar la seguridad jurídica, evitando generar una mayor incertidumbre que pudiera, a la vez, dar origen a innumerables pleitos.

Resulta difícil encuadrar y delimitar la imparcialidad. Ayuda hacerlo a través de sus sinónimos y antónimos. Son sus sinónimos: justicia, ecuanimidad, neutralidad, equidad, probidad, rectitud, integridad. Sus antónimos: injusticia, tendencia, arbitrariedad, prejuicio, favoritismo, privilegio, preferencia e interés. Sinónimos de interés e interesado: aprovechado, seducido, utilitario, ventajoso, privilegiado, preferido.

Von Ihering³ advierte que, en lenguaje corriente, “interesarse por es tomar partido por”. Precisa que “el interés es la condición indispensable en toda acción humana. Obrar sin interés es obrar sin un fin”, pero advierte:

Al interés del egoísmo individual, la sociedad tiene el derecho tanto como el deber de oponer su propio interés. El interés de la sociedad es no sólo el que sirve al individuo, sino el que es útil a la generalidad, el que garantiza la existencia de todos.

Según Goldschmidt⁴ –refiriéndose a la imparcialidad de los jueces– ser parcial da a entender que se juzga con prejuicios. Sostiene que la imparcialidad se asienta en poner entre paréntesis todas las consideraciones subjetivas del juzgador; éste debe sumergirse en el objeto, ser objetivo, olvidarse de su propia personalidad.

Highton, en un artículo titulado “El escribano como tercero neutral”⁵, parte de la premisa de que la neutralidad absoluta no existe, pues estamos inmersos en la vida y cada uno ve las cosas desde su propia subjetividad; que, en definitiva, la objetividad total es imposible. La idea de un tercero neutral indica que el notario tiene el deber de tratar en forma equidistante y sin favoritismos a los intervinientes, y de dar

2. Madrid, Real Academia Española, 2006.

3. VON IHERING, Rudolf, *El fin en el derecho*, Buenos Aires, Heliasta, pp. 31 y ss.

4. GOLDSCHMIDT, Werner, *Introducción filosófica al derecho. La teoría trialista del mundo jurídico y sus horizontes*, Depalma, 1976.

5. HIGHTON, Elena I., “El escribano como tercero neutral”, en *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Capital Federal, n° 850 noviembre 1997, pp. 87-101.

a conocer cualquier circunstancia que pueda constituirse en causal de prejuicio o de parcialidad.

Enfatiza que la neutralidad no implica un espectador pasivo y prescindente, sino todo lo contrario; una persona con actitud imparcial y transparente actúa sin predilecciones. La labor del notario es la de informar y asesorar a ambas partes; verificar la voluntad de las partes en un verdadero consentimiento informado, explicándoles e instruyéndolas sobre las ventajas e inconvenientes de los caminos que elijan para lograr su propósito. Dar consejo y conciliar sobre el sendero más exacto y seguro; precaver o cautelar a las partes de manera justa y equitativa, explicando las consecuencias y peligros que pueden resultar de los compromisos que asuman.

Por ello –a su entender–, la omisión de asesoramiento puede incluso acarrear responsabilidad notarial, ya que el “asesoramiento jurídico en la esfera de la administración de justicia preventiva es una delegación de la función de soberanía del Estado, que debe otorgar protección jurídica”. El notario debe administrar justicia preventiva e imparcial, libre de ataduras e influencias, a salvo de instrucciones de los interesados, llegando incluso a “reequilibrar a las partes” que ostentan desigualdad o relación de superioridad/inferioridad.

Como refieren las acordadas de la Corte Suprema, se busca “que no tenga asidero ni aún la sospecha de que la fe pública no presida los actos con completo desinterés”.⁶

3. Fuentes de la norma

La nota al artículo 985 se limita a señalar el *Tratado teórico y práctico de las pruebas en el derecho civil y en el derecho penal*, de Edouard Bonnier.⁷ La doctrina señala que Bonnier, en su tratado, reseña no sólo al Código Civil francés sino a la Ley del 25 Ventoso del año XI (según el calendario revolucionario)⁸ de Organización del Notariado, hoy todavía vigente –con muchas modificaciones–.⁹

Los artículos 1317 y 1318 del Código Civil francés son esencialmente el origen de los artículos 980 y 987 del Código de Vélez Sársfield, pero el Código francés no trata la invalidad del acto nacida del parentesco, sino que ésta surge de la reglamenta-

6. Acordadas de la Suprema Corte de Justicia del 11/7/1881 y 18/2/1889, citadas por BENSEÑOR, Norberto R., “El artículo 985 del Código Civil argentino”, en *Revista Notarial*, La Plata, Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, n° 938, 2001, pp. 171-219.

7. BONNIER, Edouard, *Traité théorique et pratique des preuves en droit civile et en droit criminel*, Paris, Joubert, 1843, § 357.

8. 16/3/1803 del calendario gregoriano.

9. El art. 8 fue derogado y los arts. 9 y 10 siguen vigentes, en una redacción modificada por el Decreto 71-941 del 26/11/1971. El art. 8 actualmente ha sido reemplazado por los arts. 2 y 3 del referido decreto.

ción notarial. Dentro de la Sección “De los títulos auténticos”, el artículo 1317 galo¹⁰ establece que es auténtico el acto emanado de oficial público en los límites de sus atribuciones legales y con las solemnidades que la ley establece (art. 980); y el artículo 1318¹¹ refiere a la conversión, señalando que el acto que no sea auténtico a causa de la incompetencia o la incapacidad del oficial público o por defecto de forma valdrá como instrumento privado si estuviere firmado por las partes (art. 987).

Bonnier narra también la Ley del 25 Ventoso del año XI, que en su artículo 8¹² dice:

Los notarios no podrán intervenir en aquellos actos en los que sus parientes o afines, en línea directa en todos los grados y en la colateral en grado de tío o de sobrino inclusive, sean partes, o que contengan cualquier disposición en su favor.

El artículo 10¹³, complementando al artículo 8, señala:

Dos notarios, parientes o afines en grado prohibido del artículo 8, no podrán concurrir al mismo acto. Los parientes o afines, sean del notario, sean de las partes contratantes, en grado prohibido por el artículo 8, los secretarios y los empleados¹⁴ tampoco podrán ser testigos.

Bonnier explica que la disposición es necesaria para otorgar a las partes suficiente garantía contra la prevaricación del oficial público.¹⁵ La prevaricación consiste en dictar a sabiendas una resolución injusta, una autoridad, un juez o un funcionario. Prevaricador es quien pervierte o incita a alguien a faltar a las obligaciones de su oficio.¹⁶

La doctrina notarial resalta como antecedente tácito u oculto del artículo 985, el inciso 5 del artículo 693 del *Esboço de Código Civil* de Augusto Teixeira de Freitas, que dice:

10. Todas las traducciones del presente trabajo son traducción libre del autor, con el consiguiente riesgo de error o su mala interpretación. Por ello, se transcriben los párrafos en idioma de origen para su constatación. Art. 1317: “*L'acte authentique est celui qui a été recu par officier public ayant le droit d'instrumenter dans le lieu ou l'acte a été rédigé, et avec les solemnités requises*”.

11. Art. 1318: “*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*”.

12. Art. 8: “*Les notaires ne pourront recevoir des actes dans lesquels leurs parents ou alliés, en ligne directe a tous les degrés, et en collaterale jusque'au degré d'oncle ou de neveu inclusivement, seraient parties, ou que contiendraient quelque disposition en leur faveur*”.

13. Art. 10: “*Deux notaires, parentes ou alliés au degré prohibé par l'article 8, ne pourront concourir au même acte. Les parents, alliés, soit du notaire, soit des parties contractantes, au degré prohibé par l'article 8, leurs clerks et leurs serviteurs ne pourront être témoins*”.

14. Habla de “*clerks y serviteurs*”. *Clerc* era un cierto tipo de secretario del escribano, que se preparaba para ser algún día también escribano.

15. “*... est nécessaire pour donner aux parties des garanties contre la prévarication des officiers publics*”.

16. Cfr. nota 2.

Son nulos los instrumentos públicos por sus vicios internos (Art. 681 n. 1): [...] 5) Cuando versaren sobre actos jurídicos en que el propio funcionario sea parte interesada, por sí o como representante voluntario o necesario de otro; o en que estén interesados, por sí mismos, sus parientes en línea recta o en línea colateral hasta el 3º grado, aunque el parentesco sea por afinidad o ilegítimo.¹⁷

Vélez Sársfield no sigue los citados antecedentes al pie de la letra, sino que toma lo que le interesa de cada uno. La ley francesa habla de *ser parte contratante* el pariente o que contenga disposiciones *en su favor*, concepto que no se identifica exactamente con el *ser personalmente interesado* del Código Civil. La ley gala no refiere al notario, sino sólo a sus familiares. Descarta –como algo natural– que el oficial pueda intervenir el acto en doble carácter de autorizante y de parte.

Vélez Sársfield se aparta de la supuesta fuente y se aferra a la noción de interés personal. No habla de partes y tampoco diferencia que el interés sea a favor o en perjuicio; sencillamente, lo inhabilita al notario para intervenir cuando él o sus parientes estén personalmente interesados. Profesa en este punto el criterio de Freitas en cuanto al interés del funcionario o sus parientes. Pero la redacción de Freitas no llega a satisfacer enteramente a Vélez Sársfield, quien adopta el criterio del interés personal como eje de la prohibición, en lugar de hablar de parte interesada; criterios análogos pero no equivalentes.

Para ambos jurisconsultos –criollo y carioca–, el notario estaría inhibido de intervenir cuando estuviera implicado el interés propio o de los parientes en el grado vedado. Freitas le prohíbe al escribano intervenir cuando el interés implicado fuera personal o de sus parientes, y también cuando el interés fuera de alguna persona representada por el notario, sea la representación voluntaria o necesaria. Sin embargo, no extiende la prohibición a los parientes que actúen en representación o interés de terceros, lo que marca un avance destacable sobre el precedente franco. No obstante, a Vélez Sársfield le pareció redundante referirse al caso del notario que actúa en representación legal o voluntaria, ya que no podría comparecer *ante sí* como representante.

Lo que aparece como un hallazgo del cordobés es el final del artículo 985. Establece *in fine* la validez del acto cuando el interés personal se limitare exclusivamente a tener parte en sociedades anónimas o ser gerentes o directores de ellas. Eso no surge ni del tratado de Bonnier ni del *Esboço* de Freitas. Para Vélez Sársfield, el único interés relevante sería el personal y directo. No le estaría vedado al funcionario intervenir cuando comparece un pariente ostentando un interés indirecto, colateral, vago o difuso. Esta genialidad del Codificador no fue de su invención, pero debemos reconocerle que ha sido el primero en plasmarlo como norma positiva.

17. Art. 693: “Sao nullos os instrumentos públicos por seus vicios internos (Art. 681 n. 1º): [...] 5º. Quando versarem sobre actos jurídicos, em que o proprio funcionario seja parte interessada, por si, ou como representante voluntario ou necessario de outro; ou em que se jáo interessados, por si mesmos, parentes seus na linha recta, e na linha colateral até o 3º gráo, ainda que o parentesco seja por afinidade, ou illegitimo”.

Por sugerencia del maestro Raúl Navas, investigamos y examinamos las fuentes que –al decir de Segovia– fueron las efectivamente empleadas por Vélez Sársfield en este punto. Segovia y Navas nos remitieron al *Curso de derecho civil francés* de Charles Aubry y Charles Rau¹⁸, n° 755, notas a pie de página números 3 y 11. En el tomo VI del tratado¹⁹ al n° 755, Aubry y Rau refieren a “los actos auténticos”. Comentando los artículos 1317 y 1318 del Código Civil francés, convergen en los artículos 8 y 10 de la Ley del 25 Ventoso del año XI.

Sin embargo, cuando la ley francesa habla de que los parientes sean parte o que el acto contenga cualquier disposición en su favor, los intérpretes señalan que el acto no valdrá si el oficial público interviniera en un acto en el cual él estuviera personalmente interesado o que concerniera a uno de sus parientes en grado prohibido.²⁰ Por la exacta coincidencia terminológica esgrimida por Vélez en el 985, no cabe duda de que ésta es su fuente directa. Coronan con la nota a pie de página n° 11²¹ –una de las que refiriese Segovia–, donde los juristas se cuestionan:

¿Podría intervenir válidamente el notario en actos en los cuales sus parientes en grado prohibido no concurren como parte **sino como mandatarios** de alguna de las partes?
 ¿Podría [el notario] intervenir **en actos de una sociedad anónima** en la que sus parientes fueran **accionistas o administradores** de dicha sociedad, o que **el mismo notario fuese accionista**?

Y responden individualizando jurisprudencia de las Cortes de París y de Grenoble, donde dichas materias fueron resueltas afirmativamente. El cuestionamiento de los juristas constituye la excepción volcada por Vélez Sársfield al final del 985, que no reconoce precedentes legislativos en otros códigos de la época.

No podemos dejar pasar la oportunidad de señalar otra curiosidad de la invaluable fuente a la que nos remitiera Navas. Los glosadores Aubry y Rau advierten que un acto bajo firma privada adquiere el carácter de acto auténtico cuando fuera depositado en una notaría por las partes firmantes; así como el instrumento firmado por la deudora, tendría valor de instrumento público opuesto a ésta.

Infelizmente, Vélez desaprovechó la ocasión de incluir en el Código dicho formalismo, que –interpretamos– se asemejaría al procedimiento del testamento cerra-

18. AUBRY, Charles y RAU, Charles, *Cours de droit civil francais d'apres l'ouvrage allemand de C. S. Zachariae*, Paris, troisième édition, entièrement refondue et complétée, t. sixième.

19. Bajo el título “Derecho civil práctico francés”, en el capítulo II “De la prueba directa”, apartado A “De la prueba literal”.

20. “... un acte dans lequel il était personnellement intéressé, ou qui concernait un de ses parents ou alliés au degré prohibé”.

21. “Un notaire peut-il valablement recevoir des acts dans lesquels un de ses parents ou alliés au degre prohibé figure, non point comme partie, mais comme mandataire de l'une des parties? Peut-il recevoir des actes pour une société anonyme, quoiqu'un de ses parents ou alliés soit actionnaire ou même administrateur de cette société, ou qu'il soit lui-même porteur de quelques actions? Voy. Pour l'affirmative: Grenoble [...] Paris...”.

do, sin límite por materia y con diversos beneficios. Pese a no estar positivamente legislado, no por ello debemos concluir que esté vedado y será labor de la justicia precisar qué valor probatorio pueda llegar a producir.

4. Interés personal

Corresponde analizar cuándo el interés es personal, cuándo es relevante y directo, y cuándo es indirecto o difuso, si los supuestos señalados por Vélez Sársfield siguen vigentes y si agotan el espectro de casos posibles.

El principio general indica que son de ningún valor los actos autorizados por funcionario público en asunto en el cual el notario o sus parientes tengan interés personal. Surgen dos casos de excepción mencionados por el legislador: 1) tener parte en sociedad anónima; 2) ser director o gerente de ella.

4.1. *Aclaración preliminar. Código de Comercio original*

Procede realizar una advertencia. Reflexionaremos sobre el Código de Comercio elaborado por Dalmacio Vélez Sársfield y Eduardo Acevedo en 1857 para el Estado de Buenos Aires, cuando éste era ajeno a la Confederación. Incorporada como provincia, el Código fue nacionalizado por la Ley 15 de la Nación²², sancionada el 10 de septiembre de 1862.

El Código original de Vélez Sársfield y Acevedo es difícil de conseguir, y la generalidad de los que se consiguen en las librerías reseña la Ley 2637, sancionada el 5 de octubre de 1889, modificatoria del citado Código. Experimentados juristas han caído en la trampa y nosotros –simples neófitos–, también.

Como señalaran Vélez y Acevedo en la nota de presentación del Código –informe de la comisión redactora– del 18 de abril de 1857, dirigida al brigadier general Bartolomé Mitre, jefe del Estado de Buenos Aires:

... es imposible formar un código de comercio porque las leyes comerciales suponen la existencia de las leyes civiles, son una excepción de ellas y parten de antecedentes ya prescriptos en el derecho común [...] [ante la falta de ellas] hemos tomado el camino de suplir todos los títulos del derecho civil que a nuestro juicio faltaban para poder componer el Código de Comercio.

Como agudamente sentenciara Alterini, podría decirse que el Código en la Argentina nació unificado.

22. Cuando buscamos en biblioteca la Ley 15, la primera que apareció fue una ley de 1854 sobre acuñación de moneda. Ahí nos enteramos de que hubo una primera numeración que va desde 1853 hasta 1860, cuando ya modifica la Constitución Nacional con la incorporación del Estado de Buenos Aires; y ahí se comenzó nuevamente el conteo.

Sancionado el Código Civil en 1871, numerosas normas se sobreponían a las del mercantil, y hubo de realizarse un reordenamiento, lo que supuso una gran poda de artículos –incluso, títulos enteros– y la reforma de algunos institutos, entre los cuales no se ha exceptuado la sociedad anónima. En el Código original de 1859, por ejemplo, el Título III “De las compañías o sociedades” inicia en el artículo 387 y el Capítulo II “De las sociedades anónimas”, en el artículo 403, mientras que en la versión de 1889 inician en los artículos 282 y 313, respectivamente.

Como en trabajos precedentes hemos referido al Código de Vélez Sársfield y Acevedo invocando –en nuestra ignorancia– la modificación de 1889, citando erróneamente su articulado, rogamos la indulgencia correspondiente y señalamos que cuando en este trabajo citemos el Código de Vélez y Acevedo estaremos refiriendo al original de 1862.

4.2. *Primera excepción. Tener parte en sociedad anónima*

Tener parte en sociedad anónima es ser accionista. Sobre el fundamento ontológico –piedra filosofal– de la excepción del artículo 985, los comentaristas han discurrido copiosamente. En un extremo del imaginario arco ideológico se encuentran quienes sostienen que la excepción no tiene hoy cimiento ontológico ninguno y debería suprimirse. Al otro extremo se sitúan aquellos que no sólo la justifican, sino que, a partir de la modificación de la concepción de persona jurídica, consideran que debería expandirse, abarcando todas las sociedades regulares que no sean de personas: la sociedad en comandita por acciones (por los comanditarios) y la sociedad de responsabilidad limitada.

En la ineludible noción ecléctica se emplazan quienes sustentan que la sociedad anónima de hoy en nada se parece a la de Vélez Sársfield y razonan que la excepción no sólo no debe extenderse, sino que sería conveniente derogarla o bien delimitarla.

4.2.1. *Un poco de historia*

Ya Savigny, a comienzos del siglo XIX, con su escuela histórica, demostró que un estudio histórico de la ley positiva era un precedente de condición al entendimiento de derecho. Imprescindible comprender cómo fueron evolucionando las diversas estructuras asociativas para entender por qué el Codificador no extendió la excepción del 985 a la sociedad en comandita por acciones.

Señalan Charles Lyon-Caen y Louis Renault en su *Tratado de derecho comercial*²³ que las sociedades por acciones como las conocemos hoy –refiriéndose a una obra escrita a principios del siglo XX– son una creación relativamente reciente. Has-

23. LYON-CAEN, Charles y RENAULT, Louis, *Traité de droit commercial*, París, Librairie Générale de Droit & De Jurisprudence, 1908, t. 2, 1ª parte.

ta entonces, las sociedades –civiles y comerciales– se originaban por contrato de derecho privado y, cuando nace la fiebre por la codificación, así son legisladas en los códigos del siglo XIX. Un contrato de dos o más personas que se asociaban poniendo en común sus bienes o industria para compartir los riesgos empresarios y partir el lucro que pudiera resultar.

La responsabilidad ilimitada de los socios era característica esencial de toda sociedad. Ello era acorde con la falta de necesidad de autorización para funcionar, bastando a efectos publicitarios su registración. Lo importante era saber quiénes integraban la sociedad, desde cuándo comerciaban asociados y quiénes la representaban y la obligaban válidamente.

De la esencia de la sociedad –se desprendía de su naturaleza contractual– era el interés personal de los socios. Integraban el ente los contratantes; en caso de fallecimiento de alguno de ellos –sea que la sociedad se disolviera o no–, los herederos recibían su parte, pero en principio no se incorporaban.

Para transmitir la participación se requería la aprobación del resto de los socios, a quienes no se podía obligar a admitir como socio a alguien que no fuera de su agrado.

Normalmente, el contrato establecía quién tendría el uso de la firma social, y para cambiar el sistema se requerían mayorías calificadas, generalmente la unanimidad. Si nada se establecía, todos los socios la obligaban.

Así funcionaron las sociedades durante siglos, pero llegó el momento en que las referidas estructuras societarias no pudieron satisfacer las necesidades del comercio y de las naciones. El descubrimiento del nuevo mundo; las nuevas rutas hacia el oriente y la colonización del continente africano generaron necesidades antes inexistentes. Grandes empresas demandaban formas y estructuras más sofisticadas para la obtención de capitales.

Influían además cuestiones socio-culturales: el ejercicio del comercio no era bien visto para la clase acomodada, lo que no la inhibía para aportar sus capitales y que otros los hicieran trabajar. Se requerían nuevas estructuras. Era esencial no tener que responder solidariamente; y que se facilitara el rápido y ágil ingreso y egreso de los capitales, facilitando la libertad de cesión. Se tendía a la simple asociación de capitales²⁴ desvinculada de las personas.

En el antiguo régimen monárquico, dichas sociedades se anclaban en el derecho público; sólo una patente o edicto real –con fuerza de ley– podría limitar la responsabilidad de los socios. Siendo la regla –la responsabilidad solidaria– de todos conocida, se requería una publicidad extraordinaria para validar la excepción.

Inicialmente, estas sociedades se constituyeron para grandes emprendimientos, a instancia de las distintas coronas y en el marco del derecho público: para la explotación minera, la fabricación y el comercio de armamentos y mercaderías de ultramar.

24. Código de Comercio de Vélez Sarsfield y Eduardo Acevedo (Ley 15 de la Nación). Art. 403: “La sociedad anónima es la simple asociación de capitales para una empresa o trabajo cualquiera”.

En Italia, surgen las primeras sociedades anónimas a principios del siglo XV, cuyo objeto fue bancario y asegurador. A principios del siglo XVII, aparece la sociedad holandesa de Indias Orientales y, casi simultáneamente, nace su par inglesa, todas auspiciadas por y para las respectivas coronas, destinadas al comercio y la colonización de ultramar. En Francia, durante el reinado de Luis XIII, se crearon las compañías de Saint Christophe y de Nueva Francia, y las compañías de Indias Orientales y de Indias Occidentales; y tiempo más tarde surgieron las de los estados de Quebec en Canadá y de Louisiana en la cuenca del Misissipi, y de varias islas del Caribe.

Como señalan los versados autores franceses Lyon-Caen y Renault, estas sociedades no reconocían reglas ni estaban sujetas a más ordenanzas que las patentes reales de su creación. Cada edicto establecía las reglas particulares y generalmente garantizaban el control estatal o, al menos, el derecho de intervención del monarca; y, junto con ello, otorgaban a la sociedad el monopolio de algún negocio, un privilegio real o ambas cosas.

Con la Revolución Francesa, se proclamaron los principios de libertad de comercio y de industria, mediante la Ley del 2 de marzo de 1791. Con la corona cayeron también ciertas instituciones; desaparecieron –entre otras– los organismos de control y funcionamiento de las compañías. La anarquía política imperante se contagió a las sociedades y las compañías quedaron a la deriva, licuándose sus patrimonios y saqueadas por oportunistas.

Como consecuencia de la bancarrota de varias sociedades –muchas de ellas escandalosas y fraudulentas–, la Convención Revolucionaria las consideró un instrumento de especulación que atentaba contra el crédito público. Se sancionó una ley mediante la cual se suprimieron las acciones al portador y sus efectos negociables. Dos años más tarde, advirtiendo el error, el Directorio hubo de volver sobre sus pasos y resolvió que podrían constituirse nuevas sociedades por acciones, mediando autorización previa legislativa.

Se inicia el proceso codificador y ve la luz el proyecto de primer Código de Comercio de Francia, el cual prevé reglamentar la sociedad por acciones junto con la sociedad colectiva y con la sociedad en comandita (simple), sujetando a todas ellas a la previa autorización gubernamental. Las cámaras de comercio parisinas y los tribunales mercantiles se opusieron al proyecto; sostenían que la autorización gubernamental solamente debía ser establecida para aquellas sociedades en las cuales los socios no garantizaran las pérdidas con su patrimonio, en las que no respondieran solidaria e ilimitadamente. Propusieron que el nuevo código contemplara dos clases de sociedades por acciones: aquellas que no tuvieran socios solidarios debían requerir autorización gubernamental previa, pero ésta sería innecesaria para las sociedades con socios ilimitadamente responsables. Propusieron un tipo mixto, una sociedad por acciones con alguno o algunos socios solidariamente responsables, que no requirieran autorización previa. Así, se promulga el primer Código de Comercio francés en el año 1807, dando nacimiento a la sociedad en comandita por acciones y a la sociedad anónima, a cuyos modelos acudirían Vélez Sársfield y Acevedo.

El gobierno autorizaría la constitución y funcionamiento en forma absolutamente discrecional, sin necesidad de fundar la denegatoria. Podría rehusar la autorización simplemente por considerar el objeto social peligroso, inconveniente, por vicios o lagunas del estatuto o por cualquier otro motivo; la resolución no era apelable judicialmente.

El Código de Comercio originario tenía una regulación sumamente escueta de la sociedad anónima. En el entendimiento de que la sociedad anónima era apropiada sólo para obras de gran envergadura y larga duración, poco importaba la persona de los fundadores o administradores, que podían ser cambiados en cualquier momento. El administrador de una sociedad anónima podía ser socio o no, era mandatario de la sociedad y no respondía personalmente.

Por el contrario, en la sociedad en comandita por acciones, la reputación y el crédito del socio comanditado eran esenciales, pudiendo formar parte de la razón social. El administrador no era un simple mandatario, sino que respondía personalmente por sus actos. Tal es así que la propia ley lo denomina socio solidario, aclarando que “la sociedad será al mismo tiempo en nombre colectivo para ellos y en comandita para los socios que no han hecho más que poner los fondos”.²⁵ El administrador no tenía una personería del todo diferenciada de la sociedad, y la falta del mismo por muerte, incapacidad u otra circunstancia era causal de disolución.

Tampoco existía el instituto de la transformación. La única forma de pasar del tipo en comandita al de anónima era disolver y liquidar totalmente la primera y luego constituir la anónima con la consiguiente autorización. El consejo de estado suponía –con cierta razón– que era una forma de disminuir la responsabilidad de un establecimiento en declinación, de hacer pasar por la nueva sociedad las viejas deudas de la anterior, en perjuicio de los acreedores.²⁶ Entonces, el gobierno galo propone en 1859 que su constitución y funcionamiento sean regulados con una reglamentación meticulosa y severa.

Abrimos un paréntesis para señalar que en 1859 se sanciona en el Estado de Buenos Aires el Código de Comercio de Vélez Sarsfield y Acevedo, basado en el Código francés, convertido en Ley 15 de la Confederación Argentina en el año 1862.²⁷

Cerrando paréntesis, en Francia se produjeron inconvenientes con las sociedades anónimas, básicamente por el favoritismo y la parcialidad en la concesión de la autorización y la indefensión en que se encontraban los acreedores de las sociedades anónimas fallidas. Es así que en 1863 se modifica parcialmente el Código de Comercio. A raíz de la firma de un tratado de libre comercio entre Francia e Inglaterra, que

25. Código de Comercio de Vélez Sársfield y Acevedo, art. 425 *in fine*.

26. Ver TROPLONG, Raymond, *Le droit civil expliqué, suivant l'ordre des articles du Code, depuis et y compris le titre de la vente*, Paris, Charles Hingray, 1843, t. I “Du contrat de société civile et commerciale, ou commentaire du Titre IX du Livre III du Code Civil”, § 469, p. 440.

27. Esclarece el particular leer la nota de elevación del Proyecto de Código de Comercio de Vélez Sársfield y Acevedo.

les permitía a las sociedades por acciones comerciar libremente en la orilla vecina, los franceses se agraviaban por tener que tramitar la autorización, que –a su juicio– los colocaba en inferioridad frente a sus competidores británicos.

En consecuencia, se modifica el Código francés, adoptando un sistema dual, según el cual las grandes corporaciones seguirían con el sistema de autorización previa. Pero aparece un nuevo tipo societario para aquellas sociedades cuyo capital no excediera una suma determinada; y es así que nace en Francia la sociedad de responsabilidad limitada, que algunos llamaron sociedad anónima libre. Estaban sujetas a una reglamentación meticulosa y severa –similar a la establecida para la sociedad en comandita–, destinada a suplir la autorización previa gubernamental.

4.2.2. *Sociedad contrato y persona jurídica*

Las sociedades pueden ser clasificadas de muchas maneras: civiles o comerciales; de personas y de interés o de capital, etc. La clasificación que sirve a nuestra ponencia es la que ha realizado el maestro Jaime Anaya, quien habla de sociedad-contrato por oposición a la sociedad-persona, en alusión evidente a la personería jurídica. Creemos que sobre esta clasificación reposa la excepción que establece el Codificador al artículo 985 y que por ello la limita a la sociedad anónima, excluyendo otros tipos societarios.

Anaya, en un impecable ensayo integrante del libro *Contratos*²⁸, sostiene que la inclusión de las sociedades anónimas en el ámbito del derecho privado fue un giro audaz del Código Napoleón. Anaya sostiene –en coincidencia con Lyon-Caen y Renault– que en su origen las sociedades anónimas provenían del derecho público, donde navegaban bajo la forma de compañías coloniales que fueron matriz no sólo de la sociedad anónima actual sino también de la sociedad de economía mixta. Considera que la anónima fue una ingeniosa invención destinada a la captación de recursos, que aunaba el estímulo del lucro expedicionario con la limitación de la responsabilidad y la facilidad de la negociación bursátil. Destaca que en el derecho anglosajón, en el alemán y en el holandés, la sociedad anónima nunca fue considerada como contrato sino como persona jurídica. Sostiene que Vélez Sársfield, siguiendo la codificación francesa, presentó todas las sociedades (civiles y comerciales) dentro del esquema obligacional o contractual; pero que, no obstante, siguiendo el tronco inherente a los sujetos, encasilló a la anónima entre las personas jurídicas del artículo 33 del Código Civil, lo que pone de manifiesto que para Vélez Sársfield la anónima no era un contrato equiparable a las demás sociedades:

28. ANAYA, Jaime L., “La sociedad como contrato”, en Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, *Contratos. Homenaje a Marco Aurelio Risolía*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1997, pp. 15-29 (AA. VV.: Anaya, Bustamante Alsina, Carneiro, Casás de Chamorro Vanasco, Cassagne, Cueto Rúa, Kemelmajer de Carlucci, Martínez Ruiz, Morello, Ray, Rouillon, Salerno, Trigo Represas, Vázquez Vialard, Videla Escalada).

Queda claro que la concepción del Codificador daba prioridad a la personalidad jurídica y al patrimonio de afectación por sobre los perfiles contractuales de la anónima... [sic]

Nadie discutía entonces que para Vélez la sociedad civil o la colectiva pudieran ser algo distinto de un contrato, mientras que la sociedad anónima descansaba sobre presupuestos distintos de los contratos de cambio.

El salto cualitativo que señala Anaya está vinculado además con la limitación de responsabilidad. Hace notar que las sociedades de persona gozan de mayor libertad para reglamentar sus relaciones en la medida en que sus socios responden solidariamente por las obligaciones sociales; mientras que la imperatividad de las normas legales acompaña razonablemente la limitación de la responsabilidad. Es por ello que el quebrantamiento de los deberes que incumben a los administradores de las sociedades por acciones excede el simple interés de los socios y justifica la intervención del ministerio público, prevista por los artículos 301, 303 y 251 de la Ley de Sociedades Comerciales. Así, el artículo 299 establece que las sociedades anónimas, además del control de constitución propio de todas las sociedades y del control de reformas y aumento del capital, quedarán sujetas a fiscalización estatal de funcionamiento cuando: 1) hagan oferta pública de sus acciones; 2) sean de economía mixta o de participación estatal mayoritaria; 3) realicen operaciones de capitalización, ahorro o requieran dinero al público; y 4) exploten concesiones o servicios públicos.

Concluye Anaya que las sociedades de interés se desenvuelven en un marco normativo de escasa movilidad, que consiente un amplio margen a la autonomía privada para su organización, mientras que la sociedad de capital “navega en una legislación inestable”, tendiente a la hiper-reglamentación, acompañada de la volatilidad propia de la actividad que constituye su objeto (bancario, asegurador, etc.) o por las impuestas para las sociedades que hacen oferta pública de sus acciones. Su normativa no da mucho espacio a la autonomía privada y los socios no participan directamente en la administración sino en forma indirecta, eligiendo a las autoridades, con el beneficio de no responder solidariamente por las pérdidas.

Remata diciendo que mantener la sociedad anónima en un mismo régimen con las sociedades de personas es artificioso y no presenta beneficio alguno; sobre todo en aquellas sociedades que hacen oferta pública de sus acciones, “caso en extremo distinto que la sociedad cerrada o de familia, y generalmente de pequeña magnitud patrimonial.” La sociedad anónima que cotiza en bolsa se rige por una disciplina propia. Para ser admitida como tal, debe adecuar su estructura organizativa.

En definitiva el maestro, con un profundo rigor científico y una sana practicidad, propugna el abandono de un régimen único para las sociedades anónimas cerradas o de familia y las cotizantes. En opinión del jurista, en las sociedades anónimas del artículo 299 debe primar la institucionalidad sobre la contractualidad; más allá e independientemente de que a todas se les reconozca la personería jurídica,

como ha sucedido a partir de la Ley 17.711 y de la sanción de la Ley de Sociedades Comerciales.

4.2.3. *La opinión codificada de Vélez Sársfield*

La opinión del Codificador puede inferirse de su obra, de los Códigos Civil y Comercial. La codificación de Vélez Sársfield claramente señala la sociedad anónima como una sociedad distinta de las demás. El principio general dice: “Toda sociedad debe tener objeto lícito y ser contraída en el interés común de los asociados”.

Señala Pothier²⁹ que el interés común de los socios es de la esencia de la sociedad. El propósito de lucro o ganancia en proporción al aporte o trabajo es tan esencial que no constituye sociedad aquel contrato en el cual alguno de los socios no obtenga ganancia.³⁰ En el mismo sentido, Von Ihering expresa que

... el contrato de sociedad está al servicio del egoísmo y no de la benevolencia. El egoísta no repartiría lo que puede conseguir solo; si lo hace es porque encuentra en ello una ventaja [...] La asociación, como hemos visto, se basa sobre relaciones interesadas: es un contrato de negocios.

A *contrario sensu*, la noción de persona jurídica del Codificador, por excepción, se limitaba a las entidades cuyo objeto tendiera al bien común, determinado por el inciso 5 del artículo 33 del Código Civil y los artículos 45 y 46 con sus respectivas notas. No resulta ocioso reproducir el artículo 33 original:

Las personas jurídicas, sobre las cuales este Código legisla [...] son creadas con un objeto conveniente al pueblo y son las siguientes: [...] 5° Los establecimientos de utilidad pública [...] las corporaciones [...] sociedades anónimas, bancos, compañías de seguros [...] y cualesquiera otras asociaciones que tengan por principal objeto el bien común [...] y no subsistan de asignaciones del Estado...

Surge claramente de las notas a los artículos 45³¹ y 46³² que el otorgamiento de la autorización para constituir una persona jurídica en el sistema de Vélez Sársfield dependía del gobierno, para quien conferirla no era indiferente o neutro, y se otorgaría

29. POTHIER, Robert. J., *Contenant les traités du droit francais*, Paris, Librairie de Jurisprudence de J. P. Roret, 1830, t. 2.

30. *Íd.*, p. 404: “*Il est de l'essence de ce contrat que la société soit contracté pour l'intérêt commun des parties [...] Il est de l'essence du contrat de société que les parties se proposent, par le contrat, de faire un gain ou profit, dans lequel chacune des parties contractantes puisse espérer d'avoir part, à raison de ce qu'elle a apporté à la société*”.

31. “Otras consideraciones políticas y económicas hacen indispensable la autorización del gobierno para crear la persona jurídica. La extensión ilimitada de las corporaciones de diversas clases no siempre es conveniente o indiferente a los pueblos...”.

32. “Queda así a los particulares la libertad de hacer las asociaciones que quieran [...] pero esas asociaciones no tendrán el carácter que el Código da a las personas jurídicas, creadas por un interés público...”.

sólo en interés público. De hecho, tal es el interés comprometido que incluso para disolverla se requería autorización gubernamental, según el artículo 48³³ y su nota, en la que señala:

... no debe ser disuelta por la sola voluntad de los miembros actuales, porque ella existe, como hemos dicho, independientemente de sus miembros y por el motivo principal de un interés público, permanente, mientras que el gobierno o la ley no hubiese declarado que había cesado la causa de su existencia. Las personas jurídicas pueden ser disueltas por la decisión sola de la autoridad pública [...] pues que sólo el interés público, y no intereses individuales [...] por grandes que sean, es el motivo de la autorización para su creación.

La existencia de la persona jurídica comenzaba con la autorización y aprobación de sus estatutos. El gobierno y/o la legislatura podían ejercer la facultad de autorizar o no la existencia de la persona jurídica con criterio restrictivo de oportunidad y conveniencia –léase amplia discrecionalidad–, de acuerdo con el artículo 405 del Código de Comercio, que establecía que las sociedades anónimas sólo podían

... establecerse por tiempo determinado y con la autorización del Poder Ejecutivo, dependiente de la aprobación de la asamblea general cuando hayan de gozar de algún privilegio.

Paralelamente, la sociedad se disuelve, según el artículo 422 del Código de Comercio, por la demostración de que no puede llenar el fin para el cual fue creada, sea que la misma sea resuelta por la resolución de la mayoría de los socios o de la declaración del Poder Ejecutivo. El artículo 417 señala que

... toda deliberación ulterior de los accionistas contra los estatutos de la sociedad, o que tenga el efecto de que sean violados o que dé a los fondos sociales otro destino, o que transforme la sociedad anónima en otra especie de asociación, es nula y de ningún valor...

El interés público comprometido es tal que el Código Civil establece en el inciso 8 del artículo 979 que: “Son instrumentos públicos [...] 8º Las acciones de las compañías autorizadas especialmente, emitidas en conformidad a sus estatutos”. Y el artículo 412 del Código de Comercio establecía que

Las acciones de los socios en las compañías anónimas pueden representarse para la circulación en el comercio por cédulas de crédito reconocido, revestidas de las formalidades que los reglamentos establezcan y subdivididas en porciones de un valor igual.

33. “Termina la existencia de las corporaciones con carácter de personas jurídicas: 1) Por su disolución en virtud de la deliberación de sus miembros, aprobada por el gobierno...”

Y es que en Francia los títulos accionarios de las sociedades anónimas podían ser acciones simples –bienes muebles–, representativas del capital social, o, según las normas de autorización, cédulas públicas, títulos públicos (asimilables a títulos inmobiliarios), como sucedía con el Banco de Francia, cuyos títulos públicos eran hipotecables³⁴, regidos por las mismas normas aplicables a los títulos inmobiliarios.

Vélez Sársfield y Acevedo habían vertebrado un sistema armónico en el Código de Comercio, luego complementado por Vélez Sársfield en el Código Civil.

Las que para Vélez y Acevedo debían ser entidades de bien público, con un objeto conveniente al pueblo o que tuvieran por principal objeto el bien común, fueron mutando y transformándose hasta convertirse, como reza el artículo 318 de la Ley 2637³⁵, en entidades “cuyo objeto no fuera contrario al interés público”. Gradualmente, se cruzó el abismo, pasando de exigirse algo bueno y conveniente al pueblo a tolerarse algo que no fuera contrario a la ley o a las buenas costumbres. La sociedad que otrora tenía un beneficio excepcional en base a la utilidad pública pasó a equipararse a aquellas que funcionaban en interés exclusivo de sus socios.

La previa autorización para funcionar, restrictiva, otorgada por el Poder Ejecutivo y en algunos casos con aprobación legislativa, se fue convirtiendo paulatinamente en sociedad de formulario, en un sello de goma de aplicación mecánica.

4.2.4. *La opinión profesional de Vélez Sársfield*

Además de la opinión volcada por el Codificador en ambos códigos, Civil y Comercial, existen otros escritos jurídicos de su mágica pluma. Adquiere gran valor el “Dictamen en el expediente sobre autorización para el funcionamiento de una sociedad anónima con el objeto de establecer molinos a vapor”,³⁶ cuando ocupaba el cargo de secretario de Gobierno del Estado de Buenos Aires.

En dicha pieza de extraordinaria nitidez jurídica señala:

La sociedad anónima implica una derogación completa de los principios generales que rigen los intereses privados. La abstracción llega a sus últimos límites. Como la sociedad anónima es la simple asociación de capitales, toda individualidad desaparece; el fondo social es el único obligado. El negocio de todos no es el negocio de persona alguna. Así, quedan derogadas las leyes generales de las sociedades que imponen la respon-

34. Téngase presente que en Francia la hipoteca podía garantizar no sólo inmuebles sino también bienes muebles.

35. “El Poder Ejecutivo acordará la autorización, siempre que la fundación, organización y estatutos de la sociedad sean conformes a las disposiciones de este Código, y su objeto no sea contrario al interés público”.

36. VÉLEZ SÁRSFIELD, Dalmacio, “Dictamen en el expediente sobre autorización para el funcionamiento de una sociedad anónima con el objeto de establecer molinos a vapor”, en *El Nacional*, Buenos Aires, 30/7/1858. (Material bibliográfico reproducido en VÉLEZ SÁRSFIELD, Dalmacio, *Escritos jurídicos*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1971, pp. 353-355 [INSTITUTO DE HISTORIA DEL DERECHO RICARDO LEVENNE - FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES - UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES, *Colección de textos y documentos para la historia del derecho argentino*, t. XI]).

sabilidad personal y solidaria absoluta de todos los socios en las sociedades colectivas o de la de los gerentes o administradores en las sociedades en comandita. Para que el Cuerpo Legislativo pueda autorizar tales sociedades y dispensar las leyes generales, es preciso que el negocio sea de un interés público y que la ley lo determine de una manera cierta y muy positiva en toda su extensión [...] Con esta libertad en sus transacciones, los socios deben reconocer las obligaciones personales que las leyes generales les imponen, y no escudarse con lo anónimo de la sociedad [...] Soy por lo tanto, de dictamen que V.E. se sirva no hacer lugar a la solicitud³⁷ [...] Buenos Aires, julio 23 de 1858. [Firmado:] Dalmacio Vélez Sarsfield.”

En otra pieza, caratulada “Dictamen en el expediente sobre autorización para el funcionamiento de sociedades anónimas extranjeras”³⁸, se presenta el representante legal de una sociedad anónima española, debidamente autorizada en su país, y solicita se la autorice a funcionar como tal en el nuestro. La autorización fue denegada. Vélez señala que mientras la sociedad anónima extranjera no sea autorizada a funcionar en nuestro país, responden por sus actos los agentes y factores en forma solidaria e ilimitada. Luego, cita algunos dictámenes del célebre jurisconsulto francés Ortolán, que transcribe y son del siguiente tenor:

Por consecuencia, si se trata de sociedades anónimas extranjeras, ella deben, para existir y obrar legalmente en Francia, obtener las mismas autorizaciones y someterse a las mismas condiciones que las sociedades francesas; bien entendido que el Gobierno [...] deberá exigir para dar su autorización que los inmuebles, los valores o fianzas destinadas a formar la garantía del público estén situadas o puestas en Francia y no en país extranjero.

4.2.5. *Concepto de persona jurídica*

Paralelamente con la evolución de las sociedades anónimas y con el aligeramiento de los requisitos para conferirles la tan deseada autorización gubernamental, se produce también un cambio en el férreo concepto de personería jurídica. El absoluto de los tiempos de Vélez se va relativizando. El rígido concepto que establecía que la persona moral era una persona distinta de sus integrantes fue paulatinamente derritiéndose.

El viejo artículo 43 del Código Civil establecía que

No se puede ejercer contra las personas jurídicas acciones criminales o civiles por indemnización de daños, aunque sus miembros en común o sus administradores individualmente hubiesen cometido delitos que redunden en beneficio de ellas.

37. Refiere a las Cámaras Legislativas, como se desprende de la resolución dictada por Bartolomé Mitre, en consonancia con el dictamen elaborado por Vélez Sarsfield.

38. VÉLEZ SÁRSFIELD, Dalmacio, “Dictamen en el expediente sobre autorización para el funcionamiento de sociedades anónimas extranjeras”, en *El Nacional*, Buenos Aires, 30/7/1858. (Material bibliográfico reproducido en VÉLEZ SÁRSFIELD, Dalmacio, *Escritos jurídicos*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1971, pp. 343-352 [INSTITUTO DE HISTORIA DEL DERECHO RICARDO LEVENNE - FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES - UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES, *Colección de textos y documentos para la historia del derecho argentino*, t. XI]).

En la nota, Vélez señala que no hay inconsecuencia en sostener que la persona jurídica pueda sufrir por un delito pero que no pueda cometerlo.

La evolución del principio de diferenciación de las personas jurídicas de sus miembros se puede advertir claramente analizando la jurisprudencia de la Suprema Corte referida a la responsabilidad del Estado –paradigma de la persona jurídica– por hechos de sus dependientes.

Partiendo del principio establecido por el viejo artículo 43 –en virtud del cual la persona jurídica nunca podría responder por hechos culposos o dolosos, pues carecía de voluntad para realizar actos que excedieran los fines de su constitución– debieron transcurrir más de sesenta años de sancionado el Código Civil para que por primera vez la Corte Suprema admitiera, en el caso “Devoto”³⁹ (1933), la responsabilidad extracontractual del Estado, en base a criterios de imputación subjetiva⁴⁰ y como responsabilidad indirecta o subsidiaria, previa excusión de los bienes del responsable principal.

La doctrina sentada en el caso “Devoto” sufrió un acomodamiento en 1938, cuando en el caso “Ferrocarril Oeste”⁴¹ la Corte aceptó la responsabilidad del Estado sin la necesidad de imputación subjetiva. Ya no era necesario identificar al funcionario o empleado culpable; bastaba acreditar el error objetivo del Estado: aparece el concepto de falta de servicio.⁴²

La última vuelta de tuerca en la evolución jurisprudencial la da el caso “Vadell”⁴³ (1984), donde la Corte admitió que la responsabilidad del Estado es directa para con el damnificado y no subsidiaria, teniendo en cuenta que ya a esta altura regía la nueva redacción del artículo 43 –según la Ley 17.711–:

Las personas jurídicas responden por los daños que causen quienes las dirijan o administren, en ejercicio o con ocasión de sus funciones. Responden también por los daños que causen sus dependientes o las cosas...

Es interesante ver la evolución producida luego de un siglo. Sobre la persona jurídica, Kelsen⁴⁴ señala que

Lo que se denomina la propiedad de una persona jurídica es la propiedad colectiva de los individuos que la componen [...] El crédito de una persona jurídica es el crédito

39. *Leading case* “Tomás Devoto y Cía. SA c/ Gobierno Nacional”.

40. La imputación subjetiva requería identificar positivamente al funcionario o empleado que hubiera cometido el hecho generador de culpa.

41. CSJN, 3/10/1938, “Ferrocarril Oeste c/ Provincia de Buenos Aires”, en *La Ley*, t. 12, p. 122.

42. Falta de servicio es un concepto jurídico acuñado por el derecho administrativo.

43. CSJN, 18/12/1984, “Vadell, Jorge c/ Provincia de Buenos Aires”, en *El Derecho*, t. 114, p. 215.

44. KELSEN, Hans, *Teoría pura del derecho. Introducción a la ciencia del derecho*, Buenos Aires, Eudeba, 1960.

colectivo de sus miembros [...] Todos los actos de una persona jurídica son, en rigor de verdad, actos cumplidos por individuos, pero imputados a un sujeto ficticio que representa la unidad de un orden jurídico parcial o total [...] [consecuentemente] Un acto ilícito le es imputable cuando es cumplido por un individuo que obra en calidad de órgano de la comunidad que constituye.

4.2.6. 985. *Doctrina vigente*

Mayoritariamente, los civilistas están de acuerdo en que la excepción establecida por el artículo 985 del Código Civil encuentra su fundamento en la personería jurídica que el Codificador le asignara a la sociedad anónima. El principio general sostiene que el ente es una persona moral distinta de sus integrantes y, en consecuencia, aunque el escribano o sus parientes tuvieran parte en ella, su interés –aunque personal– no sería directo.

Cuando el artículo refiere a que será válido el acto si los interesados lo fueren “sólo por tener parte”, se pueden hacer –al menos– dos lecturas. Una primera lectura sería que el escribano puede otorgar un acto en el cual intervenga una sociedad anónima, en la que él mismo es accionista o que lo sea alguno de sus parientes. La otra sería que el escribano interviniera en un acto en el cual sus parientes, accionistas de una sociedad anónima, negociaran esas acciones, sea la enajenación o el gravamen de las mismas.

Entendemos que la excepción de la ley se está refiriendo al primer supuesto y descartamos absolutamente que el escribano pudiera intervenir en el segundo. Ello porque el interés del funcionario o sus parientes en el primer caso sería un interés difuso e insignificante; lo que no pasa en el último.

Es tan obvia la salvedad que no hemos visto que nadie la realizara. Hemos visto que se refieran a la intervención notarial en actos de constitución de sociedad anónima, donde no queda duda que también se inscribe en la prohibición del artículo 985, sin poder escudarse tras el amparo de la excepción, pues la voluntad que recoge el instrumento público no es la voluntad de la sociedad a la que apunta el legislador sino la de los socios como personas constituyentes y personalmente interesadas, y no como meros accionistas. La ley se refiere, además de a aquellas personas que tuvieren parte en sociedad anónima, a aquellos que fueren directores o gerentes. Trataremos esta excepción con el tema de los representantes y mandatarios.

La doctrina civilista en general entiende atinada la excepción referida a los accionistas de sociedad anónima, partiendo de la base de que la personería jurídica que la misma ostenta es constituida por un ente absolutamente distinto de sus socios. Mayoritariamente, la doctrina está conteste en que, junto con la sociedad anónima, cabe extender la exención para otros supuestos de entidades con personería jurídica. Se incluye como exceptuadas a todas las personas jurídicas de carácter público: el Estado nacional, provincial o municipal; las entidades autárquicas y los organismos centralizados y descentralizados.

Entre las personas jurídicas de índole privada, junto con las sociedades anónimas, quedan comprendidas las asociaciones civiles, las fundaciones y las entidades mutuales, que cumplan los requisitos del inciso 1 del 2º apartado del artículo 33 del Código Civil: objeto principal de bien común, patrimonio propio y que no subsistan exclusivamente de asignaciones del Estado, capaces por sus estatutos de adquirir bienes y autorización para funcionar.

Como señala Benseñor en su ensayo “El artículo 985 del Código Civil argentino”⁴⁵ –lectura obligada para cualquiera que pretenda argüir seriamente sobre el particular–, estas entidades no fueron expresamente mencionadas en la excepción del 985 por ser innecesario. Debemos tener en cuenta que nadie podría tener parte en estas personas jurídicas y que, cuando se disuelven, si existiera remanente, debe destinarse a otras instituciones de bien público.

Tanto el notario como sus familiares que intervinieran en la administración o gestión de estas entidades no tendrían un interés directo sino meramente indirecto. A nadie se le ocurriría suponer que ser miembro o desempeñar un cargo en sus órganos implica –actuando dentro de la ley, claro está– disponer de un interés personal, toda vez que estas entidades tienen por finalidad el bien común, poseen un patrimonio propio y no distribuyen dividendos.

Sin menospreciar la real importancia del tema, la identidad de criterio doctrinario vertido sobre el particular confirma la innecesariedad de detenerse en él.

4.2.7. *Extensión de la excepción a otras sociedades de derecho privado*

Benseñor, junto con la doctrina civilista en general, señala que, a partir de la modificación del artículo 33 del Código Civil (Ley 17.711), mediante el cual se extiende y reconoce a las sociedades regularmente constituidas e inscriptas personería jurídica distinta de la de sus miembros, la excepción del artículo 985 debería extenderse a aquellas sociedades de capital en las que los socios no responden en forma solidaria e ilimitada, y que en ellas no se encuentra comprometido un interés directo sino indirecto. Se refiere básicamente a la sociedad de responsabilidad limitada y a los accionistas en la sociedad en comandita por acciones.

Por el contrario, la excepción del artículo 985 no sería extendida al socio administrador de la sociedad en comandita por acciones, ni a los socios de las sociedades de interés, dado que los socios son solidariamente responsables y, sin lugar, su interés personal y directo está comprometido.

Nos cuestionamos: ¿acaso la circunstancia de que sean personalmente responsables hace desaparecer la personería jurídica?

45. BENSEÑOR, Norberto R., ob. cit. [cfr. nota 6].

4.2.7.1. Nuestra opinión

A esta altura, fácilmente se puede intuir que estamos en contra de la extensión de la excepción. Básicamente podríamos decir que estamos en contra de la excepción misma, en la forma en que está planteada.

Cuando Vélez estableció la excepción, la sociedad anónima era realmente anónima. Siguiendo el artículo 29 del Código de Comercio francés⁴⁶, el artículo 404 establece que

Las sociedades anónimas no tienen razón social, ni se denominan por el nombre de uno o más de sus socios, sino por el objeto u objetos para que se hubiesen formado.

Nada tiene ello que ver con la circunstancia de que los títulos sean nominativos o al portador. Como señalara Ulpiano en el *Digesto*: “en las corporaciones nada importa si todos continúan los mismos o continúe una parte o todos hayan cambiado”⁴⁷.

Intentaremos explicarnos. La sociedad anónima debía tener un objeto ligado con la utilidad pública y el bien común. Entiéndase por tal –incluso– juntar capitales de tal magnitud que le permitiera brindar algún servicio útil a la comunidad que de otra forma no fuera viable. Por tal se incluían, entre otras, las actividades bancarias y aseguradoras, el tendido de vías férreas, caminos, puentes, puertos, astilleros y demás empresas que constituían un fuerte motor para la economía de las naciones. Sólo podía establecerse por tiempo determinado, con autorización del Poder Ejecutivo; y, si se le concedía algún privilegio, debían además ser autorizados por la asamblea general.⁴⁸

Sin embargo, la evolución asimétrica de las instituciones fue degenerando el sistema. La sociedad anónima codificada en 1859 (Ley 15 de la República, 1862) fue mutando, en armonía con el Código Civil. La autorización dejó de ser de conveniencia social, pasando a convertirse en el cumplimiento de ciertos y determinados requisitos legalmente establecidos. Así se arribó a la actual sociedad de formulario.

En el camino quedó diluida –hasta su desaparición– la conciencia general de la excepcionalidad, invirtiéndose el principio general de responsabilidad ilimitada por el principio de la no responsabilidad. Quedó también en el camino el criterio de excepcionalidad fundada en la necesidad de conseguir grandes capitales para obras de envergadura. Se llegó en la década de los 90 a constituir sociedades anónimas con un capital social mínimo tal que, con la integración parcial inicial del 25% del capital

46. “La société anonyme n'existe point sous un nom social; elle n'est désignée par le nom d'aucun des associés”.

47. “In universitatibus nihil referi, utrum omnes iidem maneant, an pars maneat, vel omnes immutati sint”. (ULPIANO, *Digesto*, 3, 4, 7, 2).

48. Art. 405 del Código de Comercio. Se debe tener en cuenta que el mismo fue escrito para el Estado de Buenos Aires y no para la República Argentina; por ello la denominación asamblea general.

suscripto, no llegaban a cubrirse los gastos y honorarios de constitución, inscripción y rúbrica de libros.⁴⁹

Todo ello ha llevado a que actualmente puedan existir sociedades anónimas que no son anónimas. El artículo 164 de la Ley de Sociedades permite ahora que la denominación pueda incluir el nombre de una o más personas de existencia visible; se abandona el principio general que prohibía que tuvieran razón social o que fueran designadas por el nombre de uno o más de sus socios –origen de la denominación del tipo social–. El grado de evolución ha sido tal que hoy, dicho con el mayor de los respetos, cualquiera puede tener su sociedad anónima *propia*.

Más allá de que ello obedezca a criterios de política legislativa sumamente respetables, cabe analizar desde un punto de vista técnico si la nueva legislación societaria se adecua a la legislación civil vigente. Claramente, lo que debe interesar, lo que debemos desentrañar los operadores del derecho es si el interés del accionista o el de los administradores sigue siendo indirecto, vago y difuso o si el aligeramiento de requisitos lo ha convertido en un franco interés personal; si el notario que interviene en un acto de una sociedad anónima en la que sus parientes tienen interés o control puede ser un interés directo en los términos del 985, que comprometa su imparcialidad.

Creemos que, si los padres del notario integran una sociedad anónima como únicos socios o tienen parte tal que les asegure el control, van a estar personalmente interesados. No encontramos diferencia alguna en cuanto a la afectación de imparcialidad que pueda sufrir el notario en el acto que otorguen sus padres y hermanos con el acto que otorgue la sociedad anónima que ellos integran o controlan.

En definitiva, la sociedad anónima de hoy nada tiene que ver con el modelo utilizado por Vélez Sársfield para justificar la excepción. Desde el punto de vista de la afectación de la imparcialidad del notario, es evidente que ésta podría verse comprometida en la misma forma que si intervinieren sus parientes personalmente.

Imaginemos qué va a pasar si se aprueba el nuevo Código Civil y Comercial unificado. ¿Es que por ventura alguien va a sostener que la imparcialidad del escribano no está comprometida cuando la que actúe sea la sociedad unipersonal de su padre, de su hermano o de su cónyuge, por la mera ficción de que son personas jurídicamente distintas? ¿No es esta la forma de esconder un interés personal por interposta persona?

En definitiva, lo que dirime la cuestión es la existencia de un interés personal y directo y no el reconocimiento de la personería jurídica. Si la personería fuera el centro de imputación diferencial, no se justificaría que se excluyeran las sociedades de persona e interés como comúnmente lo hace la doctrina.

49. En ese entonces el capital mínimo de la SA era de \$ 12.000; vale decir que si uno integraba el 25 %, apenas podía cubrir los gastos y honorarios de constitución. Hoy el mínimo se ha elevado a \$ 100.000, que mejora la situación pero dista del ideal.

4.2.8. Presunción vs. ficción

Se produce aquí una pugna entre la ficción que constituye la personería jurídica y la presunción de parcialidad que establece el 985.

Conceptualmente, toda presunción constituye –en cierto sentido– una ficción jurídica mediante la cual se tiene por probado un determinado hecho o derecho, invirtiendo la carga de la prueba, ya que la mayoría de las presunciones son *iuris tantum* o simplemente legales. Pero la diferencia entre la presunción y la ficción radica en que la última toma por verdadero un hecho que no existe, para fundamentar en él un derecho.

Podremos objetar que la presunción del 985 es arbitraria, que muchas veces uno no tiene un trato con sus parientes que justifique presumir la imparcialidad; y, por el contrario, pareciera llamativo que ésta no se presuma ante los amigos íntimos, hermanos de la vida. Si bien asiste razón al planteo, no es menos cierto que bajar a criterios subjetivos puede ser mucho más peligroso por la incertidumbre que produciría. Es sólo por ello que los ordenamientos acuden a un criterio objetivo como el parentesco.

La personería jurídica de las sociedades, si bien muy útil para determinadas circunstancias comerciales, no deja de ser una ficción. Nadie puede discutir seriamente que si el patrimonio de la sociedad de mis padres aumenta, también aumenta el patrimonio de mis padres y que, consecuentemente, aumentará el valor del acervo que algún día pueda yo heredar, de la misma forma que si la sociedad cae en falencia, disminuirá mi expectativa o directamente desaparecerá. Lo mismo sucede cuando los parientes ostentan la mayoría y el control directo de la sociedad, incluso en la anónima.

A nadie se le ocurriría pensar lo mismo si el notario debiera intervenir en un acto de una sociedad de gran envergadura –imaginemos las antiguas YPF, Aerolíneas Argentinas, Obras Sanitarias de la Nación, Ferrocarriles Argentinos, Banco de la Nación Argentina, etc.–⁵⁰. Aun en el caso de que el notario o sus parientes tengan participación accionaria en dichas compañías, ésta sería ínfima en relación con el patrimonio social; y, en caso de ser directores, gerentes o apoderados, no se beneficiarían directa y personalmente por el acto de la sociedad. A ello apuntaba Vélez Sársfield cuando redactó el 985: a sociedades de gran envergadura patrimonial y de bien público. Vélez no pudo pensar en la sociedad anónima cerrada o de familia con responsabilidad limitada, pues era inconcebible su existencia por ese entonces.

Si bien existe el clásico aforismo latino “*dura lex sed lex*”, en virtud del cual podríamos sostener válidamente que –a pesar de los cambios producidos en las sociedades anónimas– la excepción del 985 sigue siendo derecho positivo y autoriza la intervención del notario, existen aforismos que proclaman precisamente lo contrario.

50. Nombramos como ejemplo importantes entidades nacionales, muchas de las cuales hoy no existen o que tal vez nunca tuvieron acciones liberadas al público; simplemente para tener una idea y ejemplificar a donde apuntaba Vélez Sársfield cuando hablaba de tener parte en sociedades anónimas, ser director o gerente de ellas.

El Código Civil del Estado de Nueva York⁵¹ refiere máximas universales de jurisprudencia, precisando que no son normas per se pero sirven para una correcta interpretación y aplicación de la ley. Entre las primeras máximas enunciadas, están las siguientes: “Cuando cesa la razón de la norma, también lo debiera la norma misma”⁵² y “Cuando la razón de la norma es la misma, la norma también debe ser la misma”⁵³.

Por su parte, del Codex surge: “no hay duda de que procede contra la ley quien, ateniéndose a su letra, procura forzar su espíritu”⁵⁴. Por su parte, Paulo en el *Digesto* señala: “no todo lo que la ley permite es honesto”⁵⁵ y “no hay que tergiversar la ley ni sofisticar sobre las palabras, sino advertir con qué intención se dice algo”⁵⁶.

4.2.9. Incidencia según el tipo de acto

Otro tema a tener en cuenta es el tipo de acto que se está otorgando. Hay actos que conllevan per se intereses contrapuestos de las partes intervinientes; primeramente, los actos bilaterales conmutativos, en los cuales una parte puede beneficiarse a costa de la otra. Sin embargo, existen otros actos donde el interés no se verifica de la misma forma y con el mismo peso. Pensemos, por ejemplo, en los actos societarios con inscripción en el registro mercantil. Así, tenemos modificaciones de estatutos o inscripciones de autoridades que pueden formalizarse e inscribirse por instrumento privado. Interpretamos que en dichos supuestos no podría hablarse de un interés invalidante del notario, que se limita a incorporar las actas a la escritura pública. Sería absurdo sostener la nulidad del acto en la medida en que no habría una falsedad ideológica. Similar criterio señala Benseñor en cuanto a la protocolización de una subasta. No debemos perder de vista que la actuación del notario y el acto mismo están sujetos al control de legalidad del propio organismo.

Parecería *prima facie* que el interés comprometido, si existiera alguno, no sería cualitativamente apto o trascendente para generar un conflicto que pudiera sembrar la duda sobre la imparcialidad del notario.

51. “The Civil Code of the State of New York. Reported Complete by the Commissioners of the Code (1865)”, *New York Field Codes Series*, Clark, New Jersey, The Law Book Exchange, Ttd.

52. N° 1965: “When the reason of a rule ceases, so should the rule itself” (“*cessante ratione legis cessat ipsa lex*”).

53. “When the reason is the same, the rule should be the same” (“*Ubi eadem ratio ibi idem jus*”).

54. N° 1966: “*Non dubium est, in legem committere eum, qui verba legis amplexus contra legis nititur voluntatem*” (Codex, 1, 14, 5).

55. “*Non omne quod licet honestum est*” (PAULO, *Digesto*, 50, 17, 144).

56. “*Non oportet ius calumniari neque verba captari, se qua mente quid dicitur animadvertere convenit*” (PAULO, *Digesto*, 10, 4, 19).

4.3. Segunda excepción. Gerentes o directores.

Mandatarios

La segunda excepción que señala el 985 apunta a los directores o gerentes de sociedad anónima. Ante todo, puntualizamos que Vélez Sársfield no se refirió a los administradores de cualquier sociedad sino solamente a los de la anónima, sociedad distinta a todas las demás.

La normativa de las sociedades anónimas, tanto en el Código de Comercio francés como en el Código de Comercio de Vélez y Acevedo era sumamente escueta. El Código galo regula la sociedad anónima de los artículos 29 al 37 inclusive y complementa con un reglamento sobre la forma de solicitar la previa autorización de funcionamiento, que contaba con siete artículos más (dieciséis artículos en total). Medio siglo más tarde, Vélez y Acevedo trataron las sociedades anónimas de los artículos 403 al 424 inclusive, tan solo veintidós artículos.

Ninguna de las legislaciones dedicó mucho entusiasmo en reglamentar la forma de la administración y funcionamiento, dado que serían analizadas y reglamentadas por el órgano encargado de conceder la autorización para funcionar. Así lo establece el artículo 406 del Código de Comercio argentino y el artículo 37 del Código de Comercio francés.

Ambas legislaciones coinciden en que tanto los directores como los gerentes eran mandatarios de la sociedad. Así lo establece el artículo 405 cuando señala que “son administradas por mandatarios revocables, socios o extraños”; el precedente galo (art. 31), por su parte, señala que “será administrada por mandatarios temporales, revocables, socios o no socios, onerosos o gratuitos”⁵⁷.

Señala Troplong en su *Derecho civil explicado*⁵⁸, comentando los artículos 1841 y 1842, que en las sociedades anónimas los administradores son extraños, independientemente de que sean socios o no. Los pone y los remueve la mayoría; a diferencia de la sociedad en comandita, donde se confunde la calidad de administrador con la de socio solidario.

Nuevamente debemos volver del futuro. El concepto de persona jurídica era distinto y no existía –o simplemente no tenía reflejo normativo– la teoría del órgano. Quienes administraban una sociedad anónima, en carácter de directores o como gerentes, lo hacían bajo la figura del mandato.

Troplong ilustra que las ordenanzas reales prohibían que los socios fundadores se atribuyeran derechos irrevocables a la gestión, siquiera bajo pretexto de ser los inventores, descubridores o autores del proyecto; y todos los socios tendrían los mismos derechos en proporción a su aporte. Sólo cuando el objeto de la sociedad fuera una obra o un secreto industrial se permitía que le pagaran al inventor o artista con

57. “Elle est administrée par des mandataires à temps, revocables, associés ou non associés, salariés ou gratuits”.

58. TROPLONG, Raymond, ob. cit. [cfr. nota 26].

acciones industriales de un valor proporcional al valor de la obra o a su invento, pero no les daban derecho a intervenir en la administración.⁵⁹

Vélez, por su parte, no se tomó el trabajo de mencionar la relación del notario con el mandante o mandatario en el 985, sino que sólo se refirió a la relación específica de los (mandatarios) administradores de las sociedades anónimas, diferenciándolos de los administradores de las demás. Y ello obedece nuevamente al criterio sustentado por Vélez en el sentido de que el interés personal que puede tener el mandatario de una sociedad anónima sólo puede ser indirecto y difuso. En todas las demás sociedades el administrador era socio y respondía solidariamente, implicando un interés directo. Sin embargo, el Codificador no se detuvo a realizar distingos en el artículo 985, porque los realizaría más adelante, al tratar el artículo 1892 sobre el mandato:

El mandato puede tener por objeto uno o más negocios de interés exclusivo del mandante, o del interés común del mandante y mandatario, o del interés común del mandante y de terceros, o del interés exclusivo de un tercero; pero no en el interés exclusivo del mandatario.

Sobre la base del interés personal de quien se otorga, el mandato puede ser: en interés exclusivo (1. del mandante/2. de un tercero) en interés conjunto (3. del mandante y el mandatario/4. del mandante y un tercero).

Claramente, la fuente del artículo fue el *Esboço* de Freitas.⁶⁰ Ambos excluyen del concepto de mandato el otorgado únicamente en interés del mandatario.⁶¹ El artículo 2955 del Código de Louisiana⁶², en cambio, establece que en función del interés el mandato puede otorgarse de cinco formas y suma a la de Vélez Sársfield el conferido en interés conjunto de mandatario y un tercero. Independientemente de que las posibilidades sean cuatro o cinco, todos descartan dentro del concepto de mandato aquel otorgado en interés exclusivo del mandatario.

A todo evento, frente al 985, lo dirimente para saber si el notario o sus parientes están personalmente interesados o no es determinar en interés de quién se confiere el

59. “*Lordonnance du roi n'admet jamais que, sous pretexte d'invention, de découverte, de fondation, les auteurs du projet s'attribuent un droit irrevocable à la gestion. Les gérans des sociétés anonymes doivent toujours être des mandataires révocables, et chaque associe doit avoir des droits égaux et proportionnés à sa mise*”. (Íd., § 467, p. 438).

60. Art. 2874: “*O mandato póde ter por objecto um ou mais actos ou negocios á exercer do interesse exclusivo do mandante, ou do interesse commum do mandante e do mandatario, ou do interesse commum do mandante e de terceiro, ou do interesse exclusivo de terceiro*”. (FREITAS, Augusto Teixeira de, *Código Civil. Esboço*, Rio de Janeiro, Thyphographia Universal de Laemmert, 1860).

61. Art. 2875: “*Será nullo o mandato por falta de objecto: [...] 2) Quando o acto ou negocio encarregado fór do interesse exclusivo do mandatario*”.

62. Art. 2955: “*Le mandat peut se contracter de cinq manières, savoir: pour l'intérêt du mandant seulement; pour l'intérêt commun des deux parties; pour l'intérêt d'un tiers; pour l'intérêt de ce tiers et celui du mandant, et enfin pour l'intérêt du mandataire et d'un tiers*”.

poder. En líneas generales, debemos concluir que cuando en el otorgamiento de un poder o en la ejecución del acto en el que interviene el notario, éste o sus parientes estén interesados personalmente, el notario debe abstenerse de intervenir, por encontrarse alcanzado por el artículo 985. *A contrario sensu*, cuando el poder se confiera o se ejerza en interés exclusivo o conjunto de alguien que no sea el notario o sus parientes, no habrá conflicto de intereses y el notario no estará inhibido para intervenir.

Sobre el particular existe muy poca jurisprudencia, si bien hay muchas consultas realizadas a los diversos colegios de escribanos.

Volviendo a las fuentes, ya dijimos que Aubry y Rau⁶³ se manifestaron en el sentido de validar la intervención del notario en poderes a favor de sus parientes.

Lo que decide si el notario puede intervenir es en interés de quién se actúa. Existen casos en los cuales es difícil determinar si existe un solo interesado o si hay un interés principal y otro secundario. Más allá de que dichos casos serán resueltos por el juez, como operadores del derecho debemos conocer el principio que inspira la norma, antes de llegar a dicha instancia.

Entre la poca jurisprudencia que encontramos, se destaca un caso de 1936, autos “Ternavasio, Octavio c/ Ferreira Heraclio”, de la Cámara Civil 1ª de la Capital Federal, en el que prosperó una excepción de falta de personería por un poder judicial otorgado ante un notario donde se apoderaba, entre otros abogados, al hijo del notario. En primera instancia, el juez entendió que el poder era válido, pero la Cámara hizo lugar a la excepción, sentenciando que el poder era nulo por haber sido otorgado en violación al artículo 985.

En nota al fallo, Fernando Legón hace un exhaustivo análisis. Señala el distinguido comentarista que “el concepto de parte está desterrado del artículo 985: sólo se trata del interés [...] La idea del interés es la que debe prevalecer”, y que el objetivo legal de la prohibición es “evitar la falsedad por vía del favoritismo”. Según Legón, lo que distingue el mandato de la locación de obra es “el carácter de representación, cuyo resultado es convertir la ausencia real en presencia jurídica”.

La *Instituta* de Justiniano –según Legón– distinguía cinco categorías de mandato, según la orientación impresa al interés (como el Código de Luisiana). Por oposición –complementando la idea–, el derecho alemán pivotea sobre el principio de la revocabilidad del mandato como dirimente de la existencia de interés.

Basta cualquier interés propio del mandatario sobre la cosa que constituye el objeto del mandato para que el mismo sea *in rem propriam* e invalidante, pero, mientras tanto, puede decirse que el mandatario carece de interés jurídicamente.

Concluye entonces Legón que “el ejercicio del mandato implica un acto de gentileza que repugna a la idea del interés, aún en el caso de que sobrevenga remuneración.” Cuando la gestión a emprenderse no toque el interés del mandatario, el es-

63. “Un notaire peut-il valablement recevoir des actes dans lesquels un de ses parents ou alliés au degré prohibé figure, non point comme partie, mais comme mandataire de l'une des parties?” (AUBRY, Charles y RAU, Charles, ob. cit. [cfr. nota 18]).

cribano no se halla inhabilitado para elaborar el instrumento por interposición de parentesco.

En definitiva, el escribano que autoriza el poder judicial a favor de su pariente no está beneficiándolo, y, ante la ausencia lógica de interés, perjuicio o aprovechamiento, la fe pública no sufre agravio.

5. El contrato de depósito

Los juristas Rau y Aubry definen además –al menos *obiter dictum*– otra cuestión largamente debatida por el notariado argentino: que el notario puede intervenir como depositario en un acto otorgado ante sí. Importantes voces del notariado sostienen que el profesional estaría inhibido de concurrir en doble carácter, como autorizante y como depositario, violando la letra y el espíritu del 985. Otros señalan que si las partes contratantes depositan su confianza en un notario, es justamente porque confían en su capacidad técnica e imparcialidad moral, y que su actuación sería funcional, no contractual. Que verse obligados a acudir a distinto notario para que formalice el contrato de depósito no solo sería irregular sino contradictorio. El depositante busca además la investidura notarial del depositario, no la persona del notario desprovisto de ella, como un simple particular.

Cuando el depósito se realiza en interés del depositante o de un tercero, el funcionario puede intervenir. Únicamente debería abstenerse si el depósito fuera realizado en su propio interés o en el de sus parientes.

En forma algo caprichosa y artificial, solemos asociar ideas que por lo general se reputan no asociables. Se nos ha ocurrido esta vez vincular el depósito notarial no sólo con el testamento cerrado sino también con la institución del albaceazgo. En cierta forma, podríamos argumentar que el testamento cerrado constituye un acto de depósito –inter vivos– que hace el testador en poder del notario, y que la ley expresamente autoriza –o instruye– que el testamento sea entregado al notario. Así como podríamos decir que en el testamento cerrado existe un depósito entre vivos, análogamente diríamos que el albaceazgo –al menos metafóricamente– podría verse como un depósito *mortis causae*. Claro que lo que deposita el causante no es una cosa en sentido técnico jurídico sino su esperanza. Deposita su confianza en el cumplimiento de su voluntad para cuando él ya no esté entre nosotros.

El artículo 985 no es óbice para que Vélez Sársfield dispusiera en el artículo 3848⁶⁴ que el mismo notario que interviene en la confección del testamento puede ser designado albacea; ello a pesar de que el artículo 3664⁶⁵ establece que el escriba-

64. “El incapaz de recibir un legado hecho en el testamento, puede ser ejecutor testamentario; pueden serlo también los herederos y legatarios, los testigos del testamento mismo y el escribano ante quién se hace”.

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

no y los testigos no pueden beneficiarse con el testamento. Y no hay inconsecuencia alguna, pues el Codificador apunta siempre a la causa y al interés del acto.

El testador instituye albacea en su propio interés –y en el de sus herederos y legatarios–, en garantía del cumplimiento de sus propios deseos para después de su muerte. Nadie testa en interés del albacea o del notario. Con acierto señala Benseñor que Vélez considera al albacea mandatario, más allá de la discusión volcada en la nota al 3844 sobre quién es el mandante.

La exclusiva circunstancia de que, por la confección del testamento o por el ejercicio del cargo de albacea o por la ejecución de un mandato, puedan verse beneficiados con la percepción de honorarios profesionales no implica que el acto sea realizado en interés del notario, del albacea o del apoderado. Entenderlo así implicaría inhibir a todo notario de autorizar cualquier escritura, pues se presume que percibe honorarios por todas ellas. Ello es muy distinto a sostener que el acto se realiza en interés del notario. Por ello, cuando las partes de común acuerdo deciden constituir al notario interviniente en depositario de algo, no lo hacen en interés del notario sino en beneficio del negocio que tienen entre sí.

Normalmente, la institución del notario como depositario es la forma de poder continuar con el negocio principal hasta tanto se aclare algún punto álgido o accesorio. El depósito viene a constituir la forma de viabilizar dicho negocio, que se otorga en interés de las partes, no del notario. Lo mismo sucede cuando una de las partes, frente a un conflicto cierto o potencial, decide depositar llaves o valores en poder del notario. El notario podría tener un impedimento de incompetencia, pero no un conflicto de intereses personales, pues no interviene en propio interés sino como depositario. Sería un mandatario o fiduciario de las partes.

6. Conversión especial

Otra curiosidad asociativa que hemos hilvanado es que la institución del testamento cerrado admite en el artículo 3670⁶⁶ una conversión sui generis del acto. Con absoluta razonabilidad, establece que si el testamento cerrado no pudiese valer por la falta de alguna de las solemnidades, valdrá como ológrafo si estuviera todo escrito y firmado por el testador.

Hacemos notar que Vélez no dice que valdrá si cumple con todos los requisitos del testamento ológrafo. El testamento ológrafo debe contar con fecha, escritura y firma, pero en este caso de excepción Vélez lo valida sólo con los dos últimos; y da por cierta la fecha del instrumento público ineficaz.

Cuando el más formal de los actos –el testamento– sea anulable por falta de alguna de las solemnidades formales, el Codificador lo salva.

66. “El testamento cerrado que no pudiese valer como tal por falta de alguna de las solemnidades que debe tener, valdrá como testamento ológrafo, si estuviere todo el escrito y firmado por el testador”.

7. Normativa complementaria

El artículo 71 del Decreto 1624/2000, reglamentario de la Ley 404 Reguladora de la Función Notarial en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, establece que

El escribano podrá excusar su intervención cuando el acto a formalizar pudiere afectar moral o económicamente a su cónyuge o a parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o afinidad, o pudiere resultar contrario a sus principios éticos, morales o religiosos. También podrá excusarse cuando el acto comprenda a personas de su íntima amistad...

El Código Procesal Civil y Comercial de la Nación señala en el artículo 17 las causales de recusación judicial: el parentesco del juez con las partes, sus mandatarios o letrados; tener el juez o sus parientes interés en el pleito o en otro pleito semejante, o tener sociedad o comunidad con los litigantes o procuradores. Los demás incisos hablan de tener pleito pendiente el juez con el recusante o ser acreedor, deudor o fiador de alguna de las partes; haber hecho denuncias el juez o haberlas recibido del recusante; tener el juez amistad con alguno de los litigantes o enemistad, odio o resentimiento que se manifiesten por hecho conocidos.

En el Código Procesal Penal de la Nación se pueden ver similares prevenciones bajo el título “Motivos de inhibición” en el artículo 55. Asimismo, el artículo 242 les prohíbe declarar como testigos contra el imputado a su cónyuge, ascendientes, descendientes o hermanos; y el artículo 243 señala que podrán abstenerse de testimoniar los parientes hasta cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad. Por último, el artículo 244 establece que deberán abstenerse de testimoniar quienes tuvieran deber de guardar secreto profesional.

En fin, todas presunciones que podrían reducirse a la afectación de la imparcialidad, a sentirse el testigo en la obligación moral del falsear la verdad. La ley sabiamente lo corre, buscando evitar situaciones conflictivas e irritantes en el seno familiar. Como señala Von Ihering:

Nadie puede ser juez en su propia causa; no se debe serlo en la de un enemigo, de un amigo o de un pariente cercano [...] el derecho debe sustraer al juez de todas las tentaciones, a todas las seducciones posibles, tanto en interés de éste como de la sociedad.

En definitiva, el artículo 985 es una norma de profundo contenido moral, que –al decir de Bonnier– es de aplicación rigurosa y reconoce su origen en un reglamento del año 1550. Una norma que –con distintas redacciones y distinto alcance– fuera adoptada por muchas naciones civilizadas. Refiere Von Ihering que

Aprovechar las ventajas de una profesión sin querer sujetarse a los deberes que impone es destruir el equilibrio, perjudicar la profesión. Quien lo hace comete un acto de piraería social y la sociedad debe echarse encima del malhechor.

No debemos interpretar el 985 sólo como una norma que lesiona y menoscaba al notario. El 985 es una moneda de dos caras, cuyo reverso protege al notario del hostigamiento moral de sus parientes. ¿A quién le resulta sencillo negarse al pedido de aquellos que le dieron la vida? ¿Quién puede rechazar el reclamo de su amada, de la madre de sus hijos? La norma viene en auxilio del notario. Así expuesto, parecería frívolo y pueril, pero la historia reconoce innumerables precedentes de violencia moral. ¿Acaso la cabeza del Bautista no terminó en una bandeja de plata para satisfacer el capricho de la hija de la concubina? ¿Y Enrique VIII no llevó al trono inglés a una guerra por legitimar su matrimonio? ¿Y la noble Helena de Troya? Y así podríamos ejemplificar sin parar.

Que la coacción moral de nuestros afectos existe y pesa es incontrovertible; y fue tenido en cuenta por los franceses hace cientos de años y esculpido en casi todas las legislaciones que abrazaron el notariado latino. Ciertamente no fue obra del azar.

Si hemos tomado el trabajo de comentar la normativa específica de recusación de los jueces es porque desde siempre la labor notarial fue considerada justicia preventiva, jurisdicción voluntaria destinada a evitar y evadir los pleitos. Así lo sostiene Bonnier:

La autoridad cuasi-judicial de los actos auténticos se explica históricamente, porque el notariado en su origen era una rama del poder judicial, en ejercicio de una jurisdicción graciosa.⁶⁷

Originariamente eran secretarios (escribientes) de los tribunales y, por una ordenanza de 1319, adquirieron cierta independencia funcional de los juzgados. Aclara el autor que por un decreto de 1543 se les permitió ejercer la jurisdicción voluntaria que le fuera delegada desde tiempo inmemorial en todo el reino francés.

En palabras del obispo de Tarragona monseñor Antolín López Peláez⁶⁸, la fe pública del notario es una delegación de la propia función del Estado:

El notario es también la base de una buena justicia. Ejercéis en la jurisdicción voluntaria funciones del todo semejantes a las que son atribuidas a los jueces en la jurisdicción contenciosa [...] Los jueces terminan los pleitos; los fedatarios, jueces preventivos, procuráis que no existan...

Y el pontífice Paulo VI, en una nota al VIII Congreso Internacional del Notariado Latino, señala:

67. *“L'autorité quasi-judiciaire des actes authentiques, s'explique, on le voit, historiquement, puisque le notariat n'était, dans l'origine, qu'une branche du pouvoir judiciaire, que l'exercice de la jurisdicción gracieuse”* (BONNIER, Edouard, ob. cit. [cfr. nota 7]).

68. Sermón del Arzobispo de Tarragona Antolín López Peláez, del 6/5/1914, en la Iglesia de San Agustín de Barcelona, con ocasión de los festejos en honor de San Juan Evangelista, Santo Patrono del Colegio Notarial de Cataluña.

La función notarial [...] ¡Cuántas veces desde vuestro estudio podéis devolver la paz a las familias, apagar los rencores, arreglar pleitos, defender patrimonios, evitar dispendios en litigios inútiles, tutelar a los débiles en sus intereses morales y materiales!⁶⁹

8. Nulidades

Uno de los grandes temas que deambulan en derredor del artículo 985 es el de la nulidad. A raíz de que el tema del 985 salió al ruedo por las Jornadas Notariales, hemos advertido cierta aflicción en los cófrades, una aprehensión de *déjà vu*, de no hagan olas. Poner especial cuidado sobre qué se escribe en un congreso notarial, pues todo lo que se diga podría ser utilizado en nuestra contra. Y ciertamente existe motivo de aprehensión.

Se ha contendido profusamente sobre si la prohibición del artículo 985 es una incapacidad, una invalidez, una incompetencia en razón de personas, falta de legitimación o cómo encuadrarla técnicamente. Lo cierto es que el enunciado cardinal “son de ningún valor los actos autorizados” parece ser una referencia ineludible a un acto nulo, nulidad absoluta, insalvable, imprescriptible, inconfirmable, etc. Pero a poco que avancemos en la observación descubriremos que ello no es exacto.

Como toda norma, debe interpretarse en su contexto y, si bien el artículo 985 asusta por su absolutismo devastador, el 987 constituye un bálsamo que auxilia al oficial público, al señalar que el *acto* “vale como instrumento privado” si está firmado por las partes. Debemos entonces compatibilizar el acto otorgado, que al menos vale como instrumento privado –desmintiendo la premisa inicial de que sea de ningún valor–, el cual además, por aplicación del artículo 1185⁷⁰, si bien no queda concluido como instrumento público, vale como contrato en que las partes se han obligado a otorgar escritura pública. En definitiva, quedaría pendiente la obligación (no menor) de escriturar.

Vale decir que el acto no es nulo absoluto sino relativo, toda vez que si vale como instrumento privado, los hechos y circunstancias en las que se otorgó tienen entidad jurídica y, en consecuencia, es confirmable, prescriptible y salvable. Debe interpretarse de la misma forma que el artículo 980 cuando habla de “la validez del acto como instrumento público”; vale decir, que el acto vive, existe, más allá de que lo haga como instrumento público o privado.

Esto que intentamos exponer es explicado Federico Carlos Von Savigny, con su excelsa pluma e indiscutible autoridad. Nuevamente bajo indicaciones del maestro

69. Mensaje remitido por el Sumo Pontífice, leído en la Catedral de la ciudad de México el 3/10/1965.

70. Art. 1185: “Los contratos que debiendo ser hechos en escritura pública, fuesen hechos por instrumento particular, firmados por las partes o que fuesen hechos en 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”.

Raúl Navas, buceamos en el clásico *Sistema de derecho romano actual*⁷¹. Señala Savigny que cuando la ley prohíbe un acto jurídico sin determinar precisamente sus consecuencias, la nulidad es una consecuencia demasiado grave si la ley no la pronuncia expresamente. Advierte que Teodosio II, discurrendo sobre las normas de interpretación, indicaba que toda prohibición de la ley entraña la nulidad del acto prohibido, aunque esta nulidad no se exprese formalmente; y que Ulpiano, avalando la interpretación teodosiana, la potenciaba diciendo, además, que están heridos de nulidad todos los actos simulados que tengan por objeto ocultar el acto prohibido por la ley. Pero el jurista alemán aclara que esta norma general (prohibición = nulidad) “experimenta una excepción natural cuando la ley atribuye al acto prohibido una consecuencia distinta de la nulidad o incompatible con ella”.

Concluye así que el obstáculo sería un impedimento no dirimente.⁷² Precisa que esta excepción sólo funciona en aquellos casos en que la nulidad sea incompatible con la pena prevista y que, cuando ambas consecuencias fueren compatibles, funcionan ambas.

Vélez, siguiendo a Savigny, estableció en el artículo 18 del Código Civil que “los actos prohibidos por las leyes son de ningún valor si la ley no designa otro efecto para el caso de contravención”.

Hay quienes consideran que el 987, a pesar de su vecindad numérica, no está previsto para sanear la nulidad del 985. La solución nuevamente surge de la fuente: la Ley del 25 Ventoso. El artículo 68, bajo el título “Disposiciones generales”, establece que

Todo acto realizado en contravención con las disposiciones contenidas en los artículos 6, 8, 9, 10 [...] es nulo si no está revestido de la firma de todas las partes; y aquellos actos que cuenten con las firmas de todas las partes contratantes valdrán como instrumento bajo firma privada; sin perjuicio, en los dos casos, de los daños y perjuicios que correspondan al notario contraventor.⁷³

Expresamente, la ley francesa de 1803 (año XI) ratifica la solución del ya citado artículo 1318 del Código Civil francés y le aplica el efecto saneador al artículo 8, origen del 985. Vélez Sársfield lo sabía y no hay razón que justifique entender algo distinto. Sobre el particular,⁷⁴ luego de señalar que “la materia de las nulidades es la más ardua de la Jurisprudencia”, ha dicho que

71. VON SAVIGNY, Federico C., *Sistema de derecho romano actual*, Madrid, F. Góngora y Cía. Editores, 1879, (trad. Jacinto Mesia y Manuel Poley), t. III, § CCII y CCIII.

72. “*Impediens, pero no dirimens*”.

73. “*Tout acte fait en contravention aux dispositions contenues aux art. 6, 8, 9, 10 [...] est nul, s’il n’est pas revêtu de la signature de toutes les parties; et lorsque l’acte sera revêtu de la signature de toutes les parties contractantes, il ne vaudra que comme écrit sous signature privée; sauf, dans les deux cas, s’il y a lieu, les dommages-intérêts contre le notaire contrevenant*”.

74. VÉLEZ SÁRSFIELD, Dalmacio, “Causa de Don Miguel Azcuénaga con Da. Vicenta Costa. Sobre nulidades absolutas y relativas en los actos jurídicos” (1840), publicado por primera vez en *Revista de Legislación y Ju-*

Prohibir y anular no son sinónimos en el derecho. Privar⁷⁵ un acto es ordenar no hacerlo. Anular es obrar sobre lo que ha sido hecho contra las formas prescriptas [...] hay actos prohibidos que no son nulos [...] hay actos declarados nulos aun cuando no sean positivamente prohibidos. Se presume que la forma de un acto no es ordenada sino para hacerlo más seguro y auténtico. Los intérpretes [...] dividen las formalidades esenciales o sustanciales de las que son accidentales o secundarias, cuya omisión no puede destruir la sustancia del acto [...] todas esas formalidades son infinitamente útiles y algunas moralmente necesarias para impedir los fraudes; sin embargo, su omisión no causa una nulidad de los actos [...] Las nulidades absolutas son aquellas que tienen por causa el interés público [...] Al contrario, aquellas leyes dadas en el interés solo de los particulares [...] no causan sino una nulidad respectiva⁷⁶ porque esta nulidad se juzga que no interesa sino a aquel en cuyo favor está pronunciada...

Señala Vélez que existen ciertas nulidades absolutas que son establecidas en el solo interés de los particulares:

La nulidad respectiva no es sino una facultad dada a una de las partes contra un acto que puede causarles algún perjuicio y como todo derecho facultativo puede dejarse de ejercer validando el acto, con sola esta falta de acción o de excepción.

Volviendo sobre las máximas del Código Civil del Estado de Nueva York, aparece bajo el n° 1989: “La expresión especial califica aquellas expresiones generales”⁷⁷.

Debemos tener presente otra cuestión. Sería sumamente atípico toparnos con una escritura de la que resulte en forma manifiesta el vínculo parental que relacione el interés del notario con el acto prohibido. Usualmente dicha circunstancia no es ostensible ni manifiesta, no es conocida por todos los otorgantes y su anulación depende de cierta investigación. Suele aparecer en casos de simulaciones e interposiciones de personas no ligadas por parentesco.

En esos casos no ostensibles, estaremos frente a actos anulables, en los términos del artículo 1045 del Código Civil⁷⁸ –no nulos–; los que se reputan válidos

risprudencia, Buenos Aires, 1872, t. VII, pp. 206-226; también en *Revista del Colegio de Abogados de Buenos Aires*, n°1, noviembre 1921, pp. 184-200. (Material bibliográfico reproducido en VÉLEZ SÁRSFIELD, Dalmacio, *Escritos jurídicos*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1971, pp. 79-90 [INSTITUTO DE HISTORIA DEL DERECHO RICARDO LEVENNE - FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES - UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES, *Colección de textos y documentos para la historia del derecho argentino*, t. XI]).

75. Utiliza privar como sinónimo de prohibir.

76. Nulidad respectiva como sinónimo de relativa.

77. “*Particular expressions qualify those which are general*” (“*In toto jure per speciem derogatur et illud poltissimum habetur quod ad speciem directum est*”).

78. “Son anulables los actos jurídicos, cuando [...] o cuando no fuere conocida su incapacidad impuesta por la ley al tiempo de firmarse el acto, o cuando la prohibición del objeto del acto no fuese conocida por la necesidad de alguna investigación de hecho [...] y si dependiesen para su validez de la forma instrumental, y fuesen anulables los respectivos instrumentos”.

mientras no sean anulados por sentencia firme. Siendo en estos casos una nulidad relativa, no podría ser declarada de oficio sino a pedido de aquellos en cuyo beneficio se establece.⁷⁹

En la nota al Título VI “De la nulidad de los actos jurídicos”⁸⁰, Vélez designa anulables aquellos actos que Savigny denomina rescindibles o atacables. En la nota al 1045 especifica que los actos anulables, dependientes de alguna investigación, son aquellos a los que atribuye nulidad relativa; y se reputarán válidos mientras no sean anulados (art. 1046). Consecuentemente, cuando el vínculo parental no aparece manifiesto, el acto se presume válido, prescriptible y confirmable, en los términos del artículo 1059⁸¹, con efecto retroactivo al día que tuvo lugar el acto (art. 1065). Al acto además se le aplicarían los efectos del artículo 1051, vale decir que no sería oponible a terceros adquirentes de buena fe y a título oneroso.

Por el contrario, cuando el interés del notario o sus parientes surgiera manifiesto del acto, la nulidad sería absoluta, insalvable, imprescriptible e inconfirmable; debiendo ser declarada de oficio por el juez, en interés de la moral y de la ley (art. 1047).

9. Código unificado

Al momento de redactar esta ponencia, existe un Proyecto de Código Civil y Comercial Unificado, en trámite parlamentario. Más allá de que la mayor parte de la doctrina hace votos para que nunca sea aprobado, corresponde alguna alusión.

El artículo 291 del Proyecto (Libro Primero, Parte General, Título IV “Hechos y actos jurídicos”, Capítulo 5 “De los actos jurídicos”, Sección 4ª “De los instrumentos públicos”) reemplaza específicamente al 985. Luego de enumerar los requisitos del instrumento público, dice:

Prohibiciones. Es de ningún valor el instrumento autorizado por un funcionario público en asunto en que él, su cónyuge, su conviviente o un pariente suyo dentro del cuarto grado o segundo de afinidad sean personalmente interesados.

La nueva redacción despeja la incógnita –que a nadie le quitaba el sueño– de incluir al cónyuge e incorpora además al conviviente, lo que importa un progreso relativo, teniendo en cuenta la deficiente redacción. Además, importa dos cambios sustanciales.

79. “La nulidad relativa no puede ser declarada por el juez sino a pedimento de parte, ni puede pedirse su declaración por el ministerio público en el sólo interés de la ley, ni puede alegarse sino por aquellos en cuyo beneficio la han establecido las leyes”.

80. Título VI, previo a tratar el art. 1037.

81. “La confirmación es el acto jurídico por el cual una persona hace desaparecer los vicios de otro acto que se halla sujeto a una acción de nulidad”.

Liminarmente, ha sido desactivada la excepción de si el interés personal invalidante lo fuere solo por tener parte en sociedad anónima o por ser gerentes o directores de ellas. Aplaudimos. Creemos que bastaba con determinar la mera existencia de un interés personal, máxime teniendo en cuenta que el Proyecto prevé la modificación de la Ley de Sociedades, autorizando las sociedades unipersonales.

Más sutil aparece que sustituye la invalidez del acto por la del instrumento. Si bien muchas veces el instrumento contiene un solo acto y de la nulidad de uno deviene la del otro, en muchos casos un mismo instrumento contiene más de un acto; a veces, incluso, de distinta jerarquía, alguno principal y otro accesorio.

El cambio normativo proyectado nos introduce en un túnel difícil de atravesar, cual es el de dictaminar la validez parcial del instrumento. Creemos que no es un tema menor y merece un estudio profundo que excede el presente.

Del “Memorial presentado ante la Comisión Bicameral” por la Academia Nacional del Notariado con motivo de la modificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación⁸², se tiene en cuenta este tema –al menos *obiter dictum*– al tratar el artículo 290. La Academia propone que la falta de una firma en el instrumento público, en lugar de generar la nulidad absoluta directa, simplemente atenúe el valor probatorio del instrumento; y que sea el juez quien determine la extensión de la ineficacia conforme las circunstancias del caso. Señala la Academia que ello armoniza con la invalidez parcial, como una de las clasificaciones de las ineficacias.

Con relación al artículo 291 propiamente dicho, el memorial de la Academia se limita a observar que, cuando se refiere al conviviente, debería exigir como recaudo de seguridad que la convivencia esté debidamente inscripta. Nuevamente, se busca un criterio objetivo para evitar los subjetivismos y la consiguiente inseguridad jurídica.

Por último, señala la Academia el error de limitar la existencia de sociedades unipersonales al tipo de sociedad anónima y propone que dicha posibilidad se extienda también al tipo de la sociedad de responsabilidad limitada.

10. Conclusiones

Luego de todo lo analizado, estamos en condiciones de exponer algunas conclusiones:

- 1) La fuente principal del artículo 985 no fue el tratado de Edouard Bonnier, ni el *Esboço* de Código Civil elaborado por Augusto Teixeira de Freitas para Brasil, sino la citada obra de los franceses Charles Aubry y Charles Rau.
- 2) Debe considerarse que los parientes del notario no están personalmente interesados, en los términos del artículo 985, por el hecho de ser asociados o tener

82. Publicado en *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, nº 909, pp. 21-59.

parte en las personas jurídicas de derecho público o aquellas personas jurídicas del derecho privado del inciso 1 del artículo 33 del Código Civil –asociaciones y fundaciones que tengan por principal objeto el bien común, posean patrimonio propio, no subsistan exclusivamente de asignaciones del estado y obtengan autorización para funcionar–.

- 3) La concepción de sociedad anónima utilizada por Vélez Sársfield difiere notablemente de la actual. En su origen era una sociedad generada en el derecho público, sobre la base de tener objeto de interés público y de bien común. En ello se apalancaba la excepción del artículo 985 relativa a quienes tuvieran parte en las mismas.
- 4) En el esquema actual, sólo cabe presumir que cumplen las circunstancias que llevaron a Vélez Sársfield a establecer dicha excepción las sociedades anónimas que hacen oferta pública de sus acciones y, en cierta medida, aquellas del artículo 299 de la Ley 19.550 (salvo las del inc. 2).
- 5) No es razonable presumir que cumplen las condiciones de excepción aquellas sociedades anónimas que integraran el artículo 299 sólo por su capital (art. 299 inc. 2) ni las llamadas sociedades cerradas o de familia.
- 6) Tampoco sería razonable presumir que cumplan las condiciones de excepción las sociedades de responsabilidad limitada ni las en comandita por acciones ni las de persona o de interés.
- 7) En las sociedades de los dos puntos precedentes, deberán analizarse en cada caso las circunstancias para determinar si está involucrado un interés directo y personal del notario y/o de sus parientes.
- 8) De *lege ferenda* sería una mejora cualitativa que podríamos aceptar la de limitar la excepción, excluyendo a las sociedades anónimas cerradas o de familia y a aquellas que integran el artículo 299 de la Ley de Sociedades sólo por el inciso 2 (capital social). Sin embargo, lo óptimo sería directamente eliminar la excepción, como lo hace el Proyecto de Código Unificado.

Nota

Códigos franceses utilizados: *Code Civil des Français*, édition originale et seule officielle, a Paris, de L'Imprimerie de la République, an XII, 1804; *Code Civil de ROYAUME DE SARDAIGNE, Précédé d'un travail comparatif avec la législation française*, 1844; *Code de Commerce et les lois commerciales. Commentaire usuel indiquant sous chaque article. Les solutions theoriques & pratiques de la jurisprudence*, par T. Campenon, Paris, Henri Plon, 1865.