

# Nuevamente acerca del artículo 985 del Código Civil

## A propósito de las conclusiones de la XXXI Jornada Notarial Argentina\*

José C. Carminio Castagno\*\*

RdN 919

### RESUMEN

Se efectúa un análisis crítico de los documentos que se detallan en el trabajo, todos ellos referidos a la consideración que se efectuó en la última Jornada Notarial Argentina de la variada temática implicada en el artículo 985 del hoy derogado Código Civil.

He leído detenidamente el informe inicial de la señora coordinadora nacional y las conclusiones del Tema III<sup>1</sup> de la referida Jornada: “Las prohibiciones del art. 985 del C. C. Interés contrario. Interpretación de la norma frente a la actuación con personas jurídicas y la celebración o ejecución de contratos de fideicomisos. Otros supuestos. Carácter de la nulidad consagrada”.

Comenzando por el citado informe de la señora coordinadora nacional, me sorprende que afirme que “a poco de indagar en su tratamiento resulta llamativo que el mismo no haya sido motivo de análisis en jornadas y convenciones notariales anteriores”. Y así lo digo ya que al menos asistí a dos en las que fue tratado expresamente: en el Congreso de Derecho Notarial (Córdoba, julio de 1971) y en la V Reunión Jurídico-Notarial del Colegio de Escribanos de la Provincia de Santa Fe (Rosario, julio de 1972). También se dice allí –a pesar de que al final se cita un buen número de obras y trabajos en los que se trata el tema– que “no existe tampoco demasiada bibliografía al respecto”, insistiéndose luego en la propuesta de “analizar esta temática inédita”.

A continuación, se reitera la postura dominante –repetida hasta el hartazgo desde el primer congreso de la entonces recién fundada Unión Internacional del Nota-

\* El autor disertó sobre el mismo tema en la sede del Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires el 13/11/2014, durante el LXVIII Seminario “Laureano Moreira” de la Academia Nacional del Notariado. Sobre la base de esa disertación ha elaborado el presente trabajo. En la aludida Jornada (Córdoba, 7-8/8/2014), el análisis del artículo citado constituyó el Tema III.

\*\* Información sobre el autor en la RDN digital <http://www.revista-notariado.org.ar/>.

1. No así los trabajos que se presentaron.

riado Latino<sup>2</sup>– así: “La doctrina en forma mayoritaria ha expresado que el notario es un profesional del derecho a cargo de una función pública”. Pregunto: ¿existe, en los sistemas republicanos, algún funcionario público “por derecho de sangre”? ¿No están todos –aunque mal les parezca– “a cargo” de una función pública? ¿O es que hay aquí un príncipe de Asturias, de Nápoles, de Gales o un delfín, herederos de tronos desde su nacimiento? He dicho más de una vez que esta posición es aprovechada por el notariado para enarbolar la bandera “profesionalista” (si la amenaza es su absorción como un cuerpo estatal) y la “funcionarista” (si el peligro consiste en la supresión del número limitado de registros), actitudes veletas que –por su mutabilidad e inconstancia, como también lo he dicho– lo desprestigian. Un ejemplo de ello lo dio un renombrado catedrático de derecho notarial que –ante lo prescripto en el artículo 1768 del proyecto de la comisión redactora del nuevo Código (en armonía con el 774)<sup>3</sup>– propuso que se sostuviera que los notarios están encuadrados en la norma porque ejercen como “profesionales liberales” y, por ende, asumen una obligación “de medio” (postura que concitó la adhesión de otros distinguidos notarialistas). Por mi parte, precisé cómo entiendo la obligación “de resultado” del notario autorizante al exponer sobre el tema “Estudio títulos y responsabilidad notarial”<sup>4</sup>.

Creo ser uno de los pocos que proclaman decididamente el carácter de funcionario público del escribano al ejercer la función fedante –que denomino desde hace varios años “factidiccional”–, luego de hacerme cargo detalladamente de cada uno de los argumentos de la tesis profesionalista y de las “intermedias”, lo que mereció de esa inolvidable figura que fue el ya nombrado doctor Pelosi elogiosos conceptos, al prologar mi *Teoría general del acto notarial*.<sup>5</sup> Además, debo señalar que en el mismo informe se repiten conceptos que me pertenecen –los que a veces ocupan largos párrafos– con olvido, quizá involuntario, del entrecomillado, la letra cursiva y la nota con la cita correspondiente, omisiones que hacen que esos pasajes –y los argumentos

2. Buenos Aires, 2/10/1948.

3. Art. 1768 (en lo pertinente): “Profesionales liberales. La actividad del profesional liberal está sujeta a las reglas de las obligaciones de hacer. La responsabilidad es subjetiva, excepto que se haya comprometido un resultado concreto”. Art. 774 (en lo pertinente): “Prestación de un servicio. La prestación de un servicio puede consistir: a) en realizar cierta actividad, con la diligencia apropiada, independientemente de su éxito. Las cláusulas que comprometen a los buenos oficios o a aplicar los mejores esfuerzos están comprendidas en este inciso...”.

4. En el XIX Seminario sobre Técnica Notarial (Buenos Aires, 11/1989) del Instituto Argentino de Cultura Notarial (Academia Nacional del Notariado) y en la sesión del Consejo Académico de la Academia Nacional del Notariado (13/5/1996), cuya síntesis fue publicada en *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Capital Federal, n° 852, abril-junio 1998, pp. 27-33 [N. del E.: ver también *Reseña*, Buenos Aires, Academia Nacional del Notariado, n° 4, noviembre 1997, pp. 3-9]

5. “... quiero subrayar la calidad de su aporte en lo que atañe a la evaluación de la figura del escribano [...] ya que es tal vez el tema que más polémicas ha originado entre los estudiosos de la disciplina notarial [...] Sobre estas fatigas doctrinarias, Carminio Castagno se enrola decididamente en la tesis funcionarista. Se podrá compartir o no su posición, pero es imperioso reconocer que –en nuestro medio, al menos– nunca antes se ha hecho un análisis tan profundo, circunstanciado y brillante de los argumentos a favor del carácter de funcionario público del escribano, con señalada crítica de los contrarios”. Este trabajo –distinguido con los primeros premios de los Concursos “José María Moreno” (bienio 1971-1972) y “Lauro Notarial” (1974)– fue publicado por primera vez en *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Capital Federal, n° 727, enero-febrero 1973, pp. 17-102; y luego, con el mencionado prólogo, en mi obra *Teoría general del acto notarial y otros estudios*, Paraná, [ed. del autor], 2006, en la que están incluidos todos los aportes aquí citados (excepto los que menciono en las notas 38 y 41).

que contienen– se puedan adjudicar al autor del escrito.<sup>6</sup> Amén de ello, se mencionan solo dos de mis trabajos,<sup>7</sup> omitiendo toda referencia a varios otros en los que me explayo sobre el tema.<sup>8</sup>

Me parece prudente –previo a dar inicio al análisis de la mayoría de las conclusiones del despacho– transcribir el texto del artículo 985:

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.

- Punto 1) «*La prohibición establecida en el artículo 985 del Código Civil es aplicable a todo funcionario público, ya que la ley no realiza distinción alguna. La invalidez prevista puede afectar actos de origen notarial, judicial o administrativo*».

Si bien es cierto que la ley no distingue, no hay que olvidar que la norma está inserta en el Título III “De los instrumentos públicos” y –también– que no todos los funcionarios producen instrumentos públicos en sentido estricto, sino únicamente aquellos investidos de potestad factidiccional (que corresponden solo a los mencionados en los incs. 1, 2, 4 y 10 del art. 979).<sup>9</sup>

- Punto 2)<sup>10</sup> «*La imparcialidad es de la esencia de la función notarial como exigencia legal y ética*». (Declaración esta que recordaré *infra* más de una vez).
- Punto 3) «*La prohibición regulada en el artículo 985 del Código Civil genera una nulidad instrumental de carácter absoluto, sea el acto nulo o anulable*».

6. Ello me trae a la memoria una curiosa frase del escritor, filósofo y poeta norteamericano Ralph Waldo Emerson: “A mí me gustan mis versos, porque no los hago yo”.

7. a) “El artículo 985 del Código Civil argentino” –escrito para el Primer Congreso de Derecho Notarial (Córdoba, 1971); publicado en *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Capital Federal, n° 720, noviembre-diciembre 1971, pp. 1979-1988– y b) “El artículo 269 del Proyecto de nuevo Código Civil y una disvaliosa innovación” –publicado en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, n° 107, 5/6/2000 [N. del E.: ver *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Capital Federal, n° 859, enero-marzo 2000, pp. 35-42]–.

8. Tales como: a) la ya mencionada “Teoría general...” (cfr. nota 5); b) “La forma de los actos jurídicos en el proyecto de Código Civil de 1998” (conferencia dictada el 7/9/1999 en el Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires); c) “El artículo 985 del Código Civil y un fallo que lo vacía de contenido”, en *La Ley Buenos Aires*, La Ley, n° 7, agosto 2004, y en *Doctrina Judicial*, Buenos Aires, La Ley, n° 36, 8/9/2004; d) “Invalidez de los instrumentos notariales” (XLII Seminario “Laureano Moreira”, Academia Nacional del Notariado [Buenos Aires, noviembre 2001]); y –en cuanto al proyecto y al nuevo Código Civil y Comercial–: e) “Proyecto de unificación de los Códigos Civil y Comercial. Un análisis crítico de sus artículos 284 a 312”, en *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, n° 910, octubre-diciembre 2012, pp. 37-72; amén de numerosas contribuciones en el seno de la Academia –en la cual propuse a fines de 2009 que se procediera a su estudio, designándose una comisión que integré con los consejeros Horacio Luis Pelosi y Jaime Giralto Font–, la más reciente de las cuales fue f) mi exposición del 23/6/2014, “Inhibiciones”.

9. Al respecto, remito a: a) “Teoría general...” (cfr. nota 5) y –más específicamente– b) “Reflexiones en torno al concepto de instrumento público”, conferencia que dicté el 18/5/1995 en la Academia Matritense del Notariado (publicada en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, t. 35, 1996, pp. 511-526).

10. Luego de repetir la ya analizada caracterización del notario, se proclama lo que transcribo en el texto.

Anticipo que –por las razones que más adelante expresaré– disiento en esta primera parte de la conclusión, en tanto limita la invalidez al instrumento (como se infiere de la omisión del acto jurídico contenido).

- «Esta norma resulta un supuesto de incompetencia en razón de las personas...».

Dejando de lado “resulta” –que podría sustituirse, verbigracia, por “consagra”–, advierto que dicha aseveración es formulada como verdad indubitable que es innecesario fundamentar –ya que no aparece cual una mera opinión (“creemos” o “consideramos”)–.<sup>11</sup> En efecto: el despacho continúa en este punto:

- «... sin perjuicio de otras posturas expuestas, que la consideran como una incapacidad de derecho o un caso de ilegitimación».

Confieso que no entiendo el “sin perjuicio”, ya que en este caso –en lugar de significar “dejando a salvo”– parece ser más “con perjuicio” y hasta en desdén de las otras posturas. ¿Qué más da –podría preguntarse– que sea incompetencia o ilegitimación? Respondo que –como no se trata de un simple problema denominativo, sino de una gravitante cuestión conceptual– importa y mucho (ya que no todas las opiniones pueden ser a un tiempo correctas<sup>12</sup>). De allí que lo más sensato es describir sin afirmar.

Y bien: desde mi primer trabajo sobre el tema (1971) impugné su caracterización como “incompetencia personal”, buceando en la obra de Eduard Bonnier, que el codificador consultó: el *Tratado teórico y práctico de las pruebas en derecho civil y en derecho penal*.<sup>13</sup> Tal como anticipé, Carlos A. Pelosi, hidalgamente –en el trabajo que, con idéntico título que el mío, dedicó a este tema en 1972– dijo acerca de lo que yo había sostenido un año antes:

Sin ánimo de adjudicarme la paternidad de ideas que muchas veces se extraen de pensamientos que están en el dominio público, creo ser el responsable de la difusión, en nuestro medio, de la concepción que califica de competencia o, más precisamente, de incompetencia por razón de las personas la prohibición antes mencionada. La solidez de los argumentos esgrimidos en el trabajo de referencia me obliga, por razones obvias, más que a defender mi punto de vista a justificarme y explicar los motivos por los cuales he sostenido un criterio que merece aceptables reparos.<sup>14</sup>

11. Vemos, pues, cómo el despacho se despacha panchamente (en el sentido de la conocida frase “como Pancho por su casa”) –a despecho de la prudencia y con indisimulada osadía– por una posición que mereció la pública rectificación de quien la introdujo entre nosotros, como luego se verá.

12. Fácilmente se comprende que verde y blanco son colores distintos, y siguen siéndolo a pesar de que en el muy divulgado sumario policial n° 3 de 1909 de la “Comisería de Las Flores”, la denunciante afirma vivir “en una casa blanquiada de verde que ay al otro lao de la estación”.

13. BONNIER, Eduard, *Tratado teórico y práctico de las pruebas en derecho civil y en derecho penal*, (5ª ed. francesa), y Madrid, Hijos de Reus Editores, 1902 (3ª ed. española, traducción y adiciones por José Vicente y Caravantes), t. I y II. Comprobé, además, que el parágrafo en el cual se analiza el art. 8 de la Ley del 25 de Ventoso del Año XI es el 474 y no el 357, como está citado en la nota respectiva.

14. PELOSI, Carlos A., “El artículo 985 del Código Civil argentino”, en *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Capital Federal, n° 723, mayo-junio 1972, pp. 665-684.

Es que la cuestión estriba en mantener precisamente establecidas y diferenciadas seis nociones –tarea que juzgo imprescindible para evitar los errores que engendra la plurivalencia terminológica y me he impuesto en todos mis aportes– y que aquí repasaré muy brevemente, comenzando por tres de ellas: “persona”, “órgano” y “agente”.

La primera equivale –entre nosotros– a sujeto de derecho: el *quídam* en el mundo jurídico. Para Kelsen, es el destinatario de las normas; su término de imputación unitario; la duplicación del derecho subjetivo y del deber jurídico concebido de modo substancializado.<sup>15</sup> Por su parte, el órgano es todo puesto o cargo existente en la estructura interna de una persona jurídica colectiva. Por ende, ellos constituyen unidades abstractas e impersonales. El tercer concepto, el agente –vocablo con el cual, por las razones dadas, reemplazo la expresión “órgano individuo”, empleado por los administrativistas franceses– refiere al ser humano que ocupa el puesto o cargo –o sea: el órgano– para ejercer la específica función que éste tiene atribuida.

Por lo que hace a las restantes tres nociones –capacidad, competencia y habilidad–, basta decir que ellas implican ámbitos asignados, en ese orden, a la persona, al órgano y al agente (y, asimismo, determinadas aptitudes psicofísicas y jurídicas requeridas a las personas y a los agentes).<sup>16</sup>

Del anterior repaso, queda establecido que la competencia –y su reverso negativo– se predica del órgano, correspondiendo ahora determinar si existe algún caso de incompetencia en razón de las personas. Respondo afirmativamente, pero me apresuro a agregar que ello se da en materia judicial, según dispone el artículo 117 de la Constitución Nacional, “en todos los asuntos concernientes a embajadores, ministros y cónsules extranjeros, y en los que alguna provincia fuese parte”, los que están reservados originaria y exclusivamente a la Corte Suprema. Y uno de tales casos servirá de ejemplo para que se comprenda lo que es una clara hipótesis de una distinta patología.

Supongamos que en una causa que le concierne a un embajador extranjero todos los magistrados del Máximo Tribunal tienen interés en el pleito (art. 17, inc. 2, del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación), por lo cual –obviamente– se excusan. ¿Se tratará de un caso de incompetencia por razón de las personas? Analicemos: La Corte –el órgano–, ¿dejará de entender en el caso? De ningún modo, ya que dicho tribunal seguirá siendo el único competente y por y ante él –constituido por conjueces– proseguirá tramitándose el proceso. Desechada la incompetencia, ¿cómo hallar el vicio que afectó el caso? No cabe duda de que se trata del interés de los jueces (o sea: algo referido a los agentes y no al órgano).

Vuelvo ahora al análisis del artículo 985. Visto que en él también se menciona el interés, cabe preguntar: ¿el órgano tiene interés? ¿El órgano tiene parientes? Coincidirán conmigo en responder “no” en ambos casos. Entonces: ¿quién es el que tiene

15. Destaco la exactitud de la noción que Vélez Sársfield plasmó en el art. 30 (a pesar de que, siguiendo a Freitas, consigna en la nota del 495 que “las definiciones son impropias de un código de leyes”).

16. No está de más clarificar esto último con un ejemplo –práctico y que se vincula al notariado– que demuestra la diferencia que existe entre los conceptos de *capacidad* y *habilidad*: mientras el ciego no es incapaz en nuestro derecho vigente, es inhábil para el desempeño de la función factidiccional, consistente en declarar hechos sensorialmente percibidos.

–o puede tener– interés o parientes? El agente. Queda así descartado su encuadre como un supuesto de incompetencia, ya que no tiene relación con el órgano.

Abro un paréntesis para efectuar una necesaria referencia –en cuanto aquí interesa– al concepto de legitimación, del que me he ocupado en varias ocasiones, con la mira principalmente puesta en marcar su distinción de la capacidad como presupuestos de validez del negocio jurídico. Me limitaré a transcribir lo que –como conclusión– expresé en la antes citada exposición del mes de junio de 2014:<sup>17</sup>

En síntesis, remarco: la nota distintiva entre ambas figuras radica en el carácter de la previsión normativa: la capacidad es genérica, por categorías de actos –adquirir, enajenar, donar, comprar– sin interesar qué, a quién, ni de quién; la legitimación versa sobre concretas relaciones funcionales, entre sujetos determinados o de ellos con un preciso objeto negocial (no poder vender tal cosa o no poder venderla a tal persona). Queda en evidencia, así, que caracterizar la prohibición contenida en el artículo 1358 (“El contrato de venta no puede tener lugar entre marido y mujer, aunque hubiese separación judicial de los bienes de ellos.”) como “incapacidad de derecho” entraña el mismo yerro conceptual, ya que se trata un caso de “ilegitimación”.<sup>18</sup>

Retorno a la prohibición de nuestro artículo. Descartado que su contenido refiera a la competencia del órgano y ubicada la patología en referencia al agente, la inmediata conclusión suele ser que se trataría de un supuesto de inhabilidad. Sin embargo –y paralelamente a lo que sucede con la capacidad– la habilidad comprende categorías de actos notariales (no interesando quiénes son los que los otorgan ni sobre qué intereses versan). Así entendida la noción, no cabe duda de que un notario daltónico

17. Cfr. nota 8f).

18. Escribí en 1972, en “Teoría general...” (cfr. nota 5): “El carácter general que por definición poseen las normas se origina [...] en la imposibilidad de realizar previsiones pormenorizadas que agoten la infinita gama de relaciones que puede establecer un elenco de protagonistas en constante mutación. De allí que jamás se prescriba en atención a un sujeto considerado en su individualidad, sobre determinado objeto y respecto de otros entes aprehendidos en sus peculiaridades propias. Por ejemplo: ocurre excepcionalmente que una norma autorice a Fulano a vender a Mengano tal bien. Por ende, la enunciación genérica y categorial debe ser complementada necesariamente en cada caso concreto con múltiples operaciones de encuadre de diversos aspectos conformantes de la especie en la disposición normativa. Con otras palabras, y ejemplificando: no basta la invocación de los principios generales ‘la capacidad es la regla’ (argumento de los arts. 35, 52 y 53 del Código) y ‘las cosas cuya enajenación no sea prohibida pueden venderse’ (art. 1327 del mismo código), para concluir sin más en que el ente A puede celebrar como vendedor un contrato de compraventa con B sobre el objeto lícito C. Para arribar a tal conclusión, por el contrario, se requiere establecer: 1) El carácter de persona de A y B, que –de tratarse de entes ideales– debe acreditarse fehacientemente (ya que si interviene una persona física, se da por sentado que lo es si exhibe ‘signos característicos de humanidad’, frase empleada en el art. 51). 2) La calidad de dueño de C o de su apoderado o representante legal en el vendedor (sin considerar la posible y permitida venta de cosa ajena). 3) La inexistencia de impedimento respecto a la disposición de C (por ejemplo: por integrar la masa de bienes del concurso o quiebra). 4) Que no existe obstáculo para la venta de la cosa a B (verbigracia: por ser cónyuge de A). Adviértase que las operaciones señaladas pueden y deben ser referidas asimismo a B: que no sea dueño, que no exista impedimento para comprar C y que no haya obstáculo para comprar de A”. Cinco años después –en la introducción a la ponencia de la delegación argentina al XIV Congreso Internacional del Notariado Latino (Guatemala, 1977), Tema II (“La validez de los actos y contratos otorgados por las sociedades mercantiles antes de su inscripción en el Registro Mercantil”)– agregué acerca del mismo concepto: “La legitimación es así la aptitud de un ente determinado para asumir cierto rol en una situación jurídica específica, con sujetos y sobre objetos precisamente individualizados. Su carácter concreto marca, en síntesis, su diferencia con la capacidad, que implica un ámbito abstracto, como lo demuestra el hecho de que personas plenamente capaces difieran, en situaciones determinadas, en punto a legitimación”.

es inhábil para autorizar actas de comprobación de los colores que confunde o no percibe. Pero si se trata de una escritura de venta y el comprador es el padre del notario, dicho parentesco lo ilegitima para intervenir (aunque posea habilidad). De allí que la correcta calificación de las prohibiciones dispuestas por el artículo 985 es la de supuestos de ilegitimación del agente.

- Punto 4) *«Debe interpretarse que la norma incluye a los parientes consanguíneos, afines y adoptivos, en línea ascendente, descendente y colateral, hasta el cuarto grado. El cónyuge debe entenderse comprendido en la prohibición».*

Intentaré salvar la palmaria ausencia de los imprescindibles fundamentos –lo que convierte frecuentemente al despacho en una sucesión de afirmaciones que pretenden ser incondicionalmente ciertas– diciendo que la validez de la primera estriba en que la norma no distingue entre las diversas clases de parentesco que, de existir, hace que el caso quede alcanzado por la prohibición. Pero precisamente por ello es necesario –en materia de adopción– establecer una diferencia: si bien incluye la plena en todos los casos, en la simple se limita solo a los padres, hijos y hermanos adoptivos.<sup>19</sup> En cuanto al cónyuge, si bien no es pariente<sup>20</sup>, la causa por la cual está también ilegitimado surge de la siguiente deducción, según los principios de la lógica formal: si los “afines” están comprendidos, más aún debe estarlo la persona a través del cual se establece ese tipo de parentesco.

- Punto 5) *«La norma exige un interés personal, que deberá ser relevante e inmediato, para que opere la invalidez».*

Ante la falta de precisiones en cuanto a lo que debe entenderse por “relevante e inmediato”, recorro nuevamente a un caso hipotético: una persona formula una oferta de venta de un inmueble por escritura pública –con todos los detalles del negocio jurídico–, dirigida a alguien con quien no desea verse, haciendo constar en el documento que ruega al escribano que se entreviste con el destinatario dentro de los diez días, le notifique la oferta y le solicite que –dentro de otro plazo similar– exprese, en idéntica forma, si la acepta o la rechaza. ¿Existe un interés de la clase exigida en el despacho? Mucho me temo que se pueda responder que no, dudando de su relevancia y –por existir un lapso temporal de hasta veinte días– negando la requerida inmediatez. Sin embargo, no tengo duda alguna de que el destinatario de la oferta exhibe un interés personal, relevante e inmediato. ¿O es que, acaso, lo que se pretende es exigir que el interesado ya sea, en el acto notarial, parte de un negocio jurídico perfecto? Dicha pretensión –amén de no respetar el texto del artículo<sup>21</sup>– se transforma en un repudiable artilugio en fraude de la ley, como se evidencia claramente si el destinatario es el cónyuge del notario.<sup>22</sup>

19. Cfr. arts. 323 y 329 del Código, reformados por la Ley 24779 de Adopción.

20. En la nota del art. 363 se lee: “En el parentesco por afinidad, no hay grados porque no hay generaciones. La computación se hace por analogía, suponiéndose que los dos cónyuges forman una sola persona”.

21. Dice –y basta– “fuesen personalmente interesados” (y no: “fuesen ya parte negocial”).

22. Y además, aunque no incida, excónyuge del ofertante.

- Punto 6)<sup>23</sup> «Frente a la violación de la prohibición legal, es posible aplicar el instituto de la conversión formal regulado en el artículo 987 del Código Civil si se cumplen los requisitos contemplados en el mismo».

En esta primera parte, se incurre otra vez en una afirmación apodíctica, cuyo desacierto trataré de poner en evidencia. Comienzo con los argumentos que vertí en mi primer trabajo sobre el tema,<sup>24</sup> cotejando los textos del artículo 8 de la ya citada Ley del 25 de Ventoso del año XI y el artículo 1318 del Código Napoleón –indicados por Vélez Sársfield como fuente (el primero, a través de Bonnier)– con el que se menciona en el despacho.

Recordando que en la doctrina francesa de la época lo atinente al notario (agente) se denomina *capacité e incapacité*, hago notar que el Código velezano –en sus artículos 982 y 983– contiene disposiciones que carecen de equivalentes en las normas citadas. Del cotejo entre el artículo 1318 del Código Napoleón y el 987 del nuestro, surge una muy significativa diferencia: mientras aquel establece tres supuestos de conversión (“*l’incompétence ou l’incapacité de l’officier, ou par un défaut de forme*”), el de Vélez indica solo dos (“aunque sea incompetente, o que no tuviera las formas debidas”). Resumen y repito: incompetencia, incapacidad o defecto de forma en el 1318 (francés); únicamente incompetencia o defecto de forma en el 987 (argentino), lo que equivale a excluir la “incapacidad” de la conversión formal.

Además de ello, cabe preguntar: ¿cuál es la razón de las prohibiciones del artículo 985? Al respecto, escribí en el mismo artículo lo siguiente:

La aprehensión de la *ratio legis* de la norma que nos ocupa reviste –en nuestro concepto– capital importancia, dado que entendemos llegar, de tal modo, a una comprensión más clara del propio precepto legal. Siendo la “imparcialidad” uno de los valores que deben presidir la actuación de todo “oficial público”<sup>25</sup>, lógico es que la ley sustraiga de la capacidad del “sujeto titular” de un “órgano competente” todo asunto en que sea dable sospechar que aquel principio pueda no ser observado con estrictez. Tal presunción legal reviste, en el presente caso, el carácter de *iuris et de iure*, interesando indagar en qué consideraciones ha sido fundada [...] El fundamento de la presunción de parcialidad se encuentra –a nuestro entender– en el “afecto” que la ley presume existente entre el “funcionario público” y la “persona interesada”. Ello es de toda evidencia cuando se trata del mismo “agente” quien tiene “interés” en el asunto –el amor asimismo es propio de la naturaleza humana–, lo que nos exime de mayores comentarios. Algo distinto ocurre con relación a los otros supuestos aprehendidos por la norma, en los cuales el “oficial público” carece de “interés” personal. La cuestión plantea, en efecto, este interrogante: ¿por qué no se exceptiona a los “parientes desavenidos” y no se incluye a los amigos íntimos? La respuesta nos lleva a considerar la enorme trascendencia jurídica y socio-económica del instrumento público. Reparando en ella, se impone que el derecho opte, sin hesitar, por la certeza, fulminándolo de nulidad solamente en situaciones susceptibles de determinación objetiva (como ocurre en la figura del homicidio “preterintencional”). De allí que contemple tan sólo la zona del “parentesco”, tome como índice lo que sucede de or-

23. Comienzo con la transcripción y el análisis de su primera parte.

24. Cfr. nota 7a).

25. Lo que en el despacho se comparte y se destaca expresamente, como señalé *supra*.

dinario y disponga la consiguiente “presunción”, cuyo carácter no puede ser otro –por lo que se señalara– que *iuris et de iure*. En resumen: la ley establece la “parcialidad” del funcionario público sobre la base del “afecto” objetivamente presumido. Apuntando a la “seguridad jurídica”, no exige su prueba ni la admite en contra.

Indaguemos ahora dónde se concreta la parcialidad en el acto notarial (descartando los casos de falsedad ideológica,<sup>26</sup> lo que significa que el notario narra con verdad lo que percibe). En tal sentido, es evidente que el campo más amplio se da en las escrituras públicas de contenido negocial (y no en las que Carlos Alberto Pelosi denominó “escrituras-actas”). En efecto: las cláusulas contractuales constituyen la materia más propicia para que se concrete la preferencia, inclinación o favoritismo del notario por una de las partes o por sí mismo, que es precisamente lo que el artículo 985 consagra –como ya vimos– con la jerarquía de una presunción invulnerable.

Al respecto, repito lo que expresé en el mismo trabajo:

Un nuevo argumento intentamos sumar [...] sobre la base de lo preceptuado por el artículo 1185 del mismo Código, que dispone: “Los contratos que debiendo ser hechos en escritura pública fuesen hechos por instrumento particular, firmados por las partes, o que fuesen hechos por instrumento particular en que las partes se obligasen a reducirlo<sup>27</sup> a escritura pública, no quedan concluidos como tales mientras la escritura pública no se halle firmada; pero quedarán concluidos como contratos en que las partes se han obligado a hacer escritura pública”. La idea fluye espontáneamente: si se acepta la posibilidad de “conversión”, el “negocio” contenido en tal “instrumento particular” debería ser obligatoriamente repetido en otra escritura pública, con lo que uno de los fines esenciales que persigue el artículo 985 quedaría burlado por imperio de otra norma del mismo cuerpo legal. La ley, en efecto, no queda satisfecha con la sola nulidad del acto del funcionario público; es menester que caigan asimismo –e *in totum*– el “negocio” distorsionadamente configurado en su virtud y el “instrumento” que los contiene. De así no ser, de perdurar éste cual soporte de conductas obligatorias, se obtendría un resultado no querido por el derecho, consumándose un inaceptable “fraude legal”. El precepto en que hemos centrado nuestro estudio no apunta a la nulidad “aparente” de “negocios” que –por mantener aptitud jurídica bastante cuanto para que a su respecto opere la “conversión formal”– habrán de recobrar plena y necesaria validez. Si el juego de las normas llevara a semejante consecuencia, se frustraría el propio “interés público” que la inspira, lo que es inadmisibles.

Y es tan así que hasta el propio Carlos A. Pelosi –que en su ya citado estudio se pronuncia a favor de la viabilidad de la conversión formal– admite en el párrafo final de su conclusión: “Doctrinariamente debe sostenerse la tesis que no es admisible la conversión cuando la nulidad se funde en el interés del notario autorizante o de su cónyuge”, postura que –como escribí en el mismo ensayo– también adoptó la jurisprudencia francesa al “sentar una doctrina interpretativa tendiente a” evitar el señalado

26. V.g.: antedatándolo, alterando el precio o el lugar de celebración, o las cantidades de cosas en un inventario.

27. No cabe duda de que este vocablo está aquí muy mal empleado (*Reducir*: “1. Volver algo al lugar donde antes estaba o al estado que tenía. | 2. Disminuir o aminorar”), ya que considero que se impone atribuirles a los instrumentos públicos, al menos, el mismo valor que el de los instrumentos privados (¿o es que estoy exagerando?).

fraude “en la especie más irritante: aquella en la que el propio notario es parte interesada. En tal supuesto, se ha decidido que el acto no vale –respecto del autorizante– ni siquiera como instrumento privado”.<sup>28</sup>

Pese a considerar sumamente plausibles tales interpretaciones –que no aparecen acogidas ni mencionadas en el despacho–, señalo:

- 1) La *ratio legis* del artículo 985 es única para todos los casos.
- 2) El legislador ha establecido expresamente cuáles son las personas alcanzadas por la prohibición.
- 3) Ergo: igual razón existe para extender las repasadas posiciones de la doctrina y la jurisprudencia a todos los supuestos aprehendidos por la norma.

Agrego ahora otro argumento –extraído de lo normado por el artículo 3664 del hoy ya derogado Código Civil y de lo que el Codificador explica en la nota respectiva– y que expuse en la conferencia “Invalidez de los instrumentos notariales”.<sup>29</sup> Dije al disertar entonces:

Dicha norma preceptúa: “El escribano y los testigos de un testamento por acto público, sus esposas y parientes o afines dentro del cuarto grado no podrán aprovecharse de lo que en él se disponga a su favor”, lo que es así glosado por Vélez Sarsfield: “Por el Código francés [...] no sólo no tienen efecto las disposiciones del testador en provecho del escribano, de los testigos y de los parientes dentro del cuarto grado, sino que es nulo todo el testamento [...] Nosotros decimos con Goyena que un testamento es una cosa muy grave para declararlo absolutamente nulo por sólo la sospecha de un interés personal que puede recaer en alguna de las mandas sin afectar en nada por lo demás la veracidad o idoneidad del escribano o testigos”. De todo ello surge claramente que, acorde al Código Napoleón, la invalidez abarca –amén del acto notarial– el acto testamentario *in totum*, solución de la que el autor de nuestro código se aparta por considerarla “muy grave” en las disposiciones de última voluntad. ¿Dónde radica dicha “gravedad”? Sin duda, en la imposibilidad de un nuevo otorgamiento una vez declarada su nulidad (por la obvia razón de que el testador ya ha fallecido). Por ende, debe deducirse que, en materia de actos *inter vivos*, la invalidez comprende la totalidad del negocio jurídico formalizado, el cual –también así lo pienso– podrá ser reformulado (en términos idénticos o distintos) ante otro notario, si ambas partes lo deciden. Con respecto a esto último, me adelanto a alguna observación y señalo que no es contradictoria en modo alguno con la tesis que sostengo, por cuanto mi postura se opone a que (por vía del íter: “conversión formal” - “conversión substancial”) el notario o su pariente –con interés personal en el negocio– puedan demandar a la contraparte, obligándola a otorgar una escritura pública con idéntico contenido negocial que la que infringió lo dispuesto en el artículo 985.

Para concluir el punto, recuerdo el corolario de mi nota:<sup>30</sup>

Consideramos que en el fallo analizado puede comprobarse con claridad que la determinación normativa del legislador ha sido substituida por una libre apreciación del tri-

28. *Code Civile*, Paris, Dalloz, 1951, p. 469, art. 1318, 2.

29. Cfr. nota 8d).

30. Ob. cit. (cfr. nota 8c).

bunal, basándose en una singular interpretación que –no obstante la invocación que de ella se hace– contradice la finalidad de la norma, frustrando el propósito altamente moralizador que la inspira.<sup>31</sup>

- *«En el marco de la autonomía de la voluntad las partes podrán optar por la reproducción del acto».*

Me parece que hablar aquí de autonomía privada y, en especial, de reproducción del acto –lo que genéricamente implica un nuevo consentimiento de las partes, sea con las mismas o diferentes cláusulas negociales– tiene sentido si se comparte mi tesis de que no existe conversión formal. Por tal razón, pude escribir en mi primer trabajo:

El elemento “nulificante”, en consecuencia, no es “intrínseco” al negocio en sí, lo que hace posible su reformulación fuera del ámbito funcional del agente “incapaz”. Para ello, serán menester nuevas e idénticas manifestaciones [...] por parte de todos los sujetos negociales, las que no producirán –*ministerio legis*– efectos retroactivos a la fecha del anterior. Tales notas lo apartan de la figura de la “confirmación” [...] y robustecen la tesis que hemos desarrollado.

Pero si se piensa que se produce dicha conversión –como surge del despacho, propiciando una equivocada exégesis que inexorablemente conduce a que cada parte puede obligar a la otra a otorgar nuevamente una escritura pública que contenga el mismo negocio–, pierde sentido referirse a ese asunto.

- Punto 7) *«La salvedad comprendida en la última parte del art. 985 CC debe extenderse a todas las personas jurídicas, en razón de su personalidad diferenciada».*

No obstante una observación crítica en el aspecto formal,<sup>32</sup> me complazco en elogiar que allí, por fin, aparece un fundamento de lo que se afirma: que las personas jurídicas son sujetos distintos de los seres humanos que las integran.

Lo primero que me permito señalar es que de personalidad diferenciada mucho sabía Vélez Sársfield, quien, además de saberlo, lo volcó en el mismo código, el texto de cuyo artículo 39 –que no aparece aludido– es el siguiente:

Las corporaciones, asociaciones, etc. serán consideradas como personas enteramente distintas de sus miembros. Los bienes que pertenezcan a la asociación no pertenecen a ninguno de sus miembros; y ninguno de sus miembros ni todos ellos están obligados a satisfacer las deudas de la corporación si expresamente no se hubiesen obligado como fiadores o mancomunado con ella.

Esto significa que el autor de ambos artículos –en uno de los cuales consagra el fundamento de la conclusión y en el otro menciona solo una especie de persona jurídica

31. Procedo seguidamente a comentar la segunda parte del mismo punto 6).

32. Opino que no lucen compatibles con el despacho de una jornada de tal jerarquía las dos “C” mayúsculas seguidas, colocadas seguramente con el significado de “Código Civil”.

(la sociedad anónima) y únicamente determinadas cargos (gerentes o directores)– no coincide con lo que se sostiene en el punto que analizo.<sup>33</sup>

En cuanto a la invocación de la personalidad diferenciada entre los socios y el ente societario, considero que el argumento no resulta convincente, ya que –de aplicarse con coherencia a los parientes del oficial público, que también son “personas diferentes” entre sí– el precepto carecería totalmente de aplicabilidad.<sup>34</sup>

- Punto 9) «*La intervención del concubino del notario no supone por sí la violación a la prohibición establecida, ya que no existe entre convivientes vínculo legal de parentesco. Cuando el interés personal del autorizante se vea afectado deberá ser determinado judicialmente.*».

Nada tengo qué decir de la primera parte, pero sí con respecto a la segunda. *Afectado* significa: “2. Aquejado, molestado”. Y *aquejar*: “1. Acongojar, afligir, fatigar. | 2. Afectar a alguien o algo, causarles daño”. Por ello, la hipótesis de que “el interés personal del autorizante se vea afectado” me parece de improbable ocurrencia,<sup>35</sup> ya que –al ser requerido y enterarse del acto– supongo que el notario manifestará –y, con seguridad, sin emplear los más correctos y dulces términos– que no habrá de intervenir. En síntesis: infiero que el párrafo –tal como está redactado– expresa exactamente lo contrario de lo que se ha querido decir: que el acto notarial está afectado por la existencia del interés del notario (o de un pariente en el grado que la norma indica).

- Punto 10) «*Los afines de los parientes afines (como los conuñados) no están comprendidos en la norma. No obstante, podrían quedar abarcados cuando se trate de bienes gananciales.*».

Tal como ocurrió con el punto anterior, nada hay que objetar a su primera parte –que, no obstante, podría mejorarse diciendo “comprendidos en la prohibición de la norma”–, pero sí a la segunda. En efecto: solo partiendo de la creencia de que los bienes gananciales<sup>36</sup> son de ambos cónyuges puede llegarse a tal afirmación –que, una vez más, no aparece fundamentada–, lo que me obliga a repasar brevemente la cuestión (recurriendo, una vez más, a lo que ya he escrito).

En un anterior trabajo<sup>37</sup> expresé esquemáticamente al respecto:

Algunas aclaraciones acerca de los “gananciales”, en general: no son bienes: de la “sociedad conyugal” (que no es “persona”) ni de los dos cónyuges (ya que no son “con-

33. Pensar distinto es suponer que el Codificador se habría olvidado –al redactar el 985– de lo que había escrito 946 artículos antes, lo que llevaría a concluir que al llegar al último (4051) se encontraría en un estado de amnesia casi total respecto de su obra (en la que, por cierto, no se encuentra ningún indicio de que así haya ocurrido).

34. Retornaré a este tema al tratar la parte final del punto 15), donde vuelve a aparecer.

35. Confieso desconocer si existen notarios que redacten escrituras cuya autorización manifiestamente los perjudiquen.

36. O “perdidales”, según como se vean.

37. “Administración y disposición de bienes durante la vigencia de la sociedad conyugal y en el estado de división postcomunitaria producida por su disolución” (trabajo presentado en la VI Jornada Notarial de Entre Ríos [Concordia, 15-18/5/1980]).

dominiales”). Son bienes del respectivo cónyuge titular del dominio. Por ello: durante la vigencia de la sociedad conyugal existen: bienes propios del marido y bienes propios de la mujer; y bienes gananciales del marido y bienes gananciales de la mujer. Dicho de otra forma: son de propiedad del marido: los bienes suyos (propios y gananciales); son de propiedad de la mujer: los bienes suyos (propios y gananciales). En cuanto a su administración y disposición: los principios son: Principio de “titularidad”: dispone el titular (o “dueño”); principio de “gestión libre” (artículo 1276 del Código Civil): el titular puede ejecutar todos los actos –onerosos o gratuitos– sin interferencia del otro. Por lo que hace al derecho de cada cónyuge respecto de los gananciales del otro cónyuge: se trata de una mera expectativa potencial sobre la mitad del valor de cada uno de ellos para el caso que se den las siguientes condiciones: 1) que el bien continúe existiendo en su patrimonio al momento de la disolución (joyas, dinero); 2) que ésta no se produzca por fallecimiento del “expectante”. Finalmente, acerca de los efectos de la disolución: se concreta la “potencial expectativa”, trocándose en un derecho actual, y se modifica el sistema patrimonial propio de la sociedad conyugal en punto a la administración y disposición de los bienes gananciales.

Obviamente, prescindo de referirme al artículo 1277 –al que dediqué un estudio específico<sup>38</sup>– por no establecer un régimen de “codisposición”.

En virtud de lo expresado, no comparto lo que se afirma en el despacho, que –a mi modo de ver– entraña otro yerro conceptual.

- Punto 11) «*En el acto unilateral de apoderamiento, no rige la prohibición para los casos en los que el pariente del notario sea designado apoderado, cuando no estuviera personalmente interesado*».

Afirmación que también carece de fundamento y con la que, ya antes de ahora, he expresado mi disidencia. En efecto: de mi ya mencionada nota de 2004 –en la que critico un fallo que resuelve un caso similar y en el mismo sentido en que la Jornada se pronuncia– extraigo los siguientes párrafos, en los que analizo los argumentos que el tribunal expresa:

a) «La intervención de la escribana “tiene lugar como pedido del Banco de Balcarce S. A.”». Hemos sostenido con anterioridad que la prestación de la función fedante en sede notarial se efectúa invariablemente a requerimiento (y no “de oficio”), requisito que –precisamente– constituye uno de los presupuestos de validez del acto: el de “legitimación del órgano”. Si ello es así, mal puede invocarse dicha circunstancia para desechar la impugnación formulada por los incidentistas. Más aún: el criterio sostenido por la Cámara implica descartar de plano que las escrituras (incluso aquellas en las que el propio oficial público está personalmente interesado, v.g.: por recibir un inmueble a título de donación) puedan ser declaradas “de ningún valor” –como reza el artículo 985– por infracción a lo en él dispuesto. [Porque el donante lo requirió].

Además, en todos los actos escriturarios las declaraciones negociales aparecen formuladas por los comparecientes (y no por el escribano). ¿O es que alguien ha visto alguna vez, acaso, una escritura en la que –en el lugar pertinente– el fedatario exprese: “Habiendo manifestado el compareciente que es su intención conferir un poder, le sugiero

38. “El negocio jurídico sin asentimiento, a la luz de una interpretación integral del artículo 1277 del Código Civil”, en *Doctrina Judicial*, Buenos Aires, La Ley, n° 37, 13/9/2006, pp. 77-82).

la conveniencia de designar a mi cónyuge como apoderada, hecho lo cual el señor Fulano dice: Que confiere poder especial a la doctora Mengana –abogada del foro local, casada en primeras nupcias y domiciliada con el suscripto–, etc.”?

b) «La “ventaja económica” que puede reportar “el ejercicio de tal cometido” al mandatario “es aleatoria”, ya que “depende del despliegue profesional del abogado y es fruto exclusivo del accionar de aquel”». Consideramos que ninguna de estas afirmaciones –que excepcionarían de la aplicación del artículo 985 a todos los contratos aleatorios, hasta en los casos más irritantes (como, por ejemplo, la cesión gratuita –hecha por escritura pública, antes del sorteo, a favor del propio notario autorizante– de una apuesta del Quini 6, formalizada en una boleta en la que consta el número de matrícula individual del cedente)– posee entidad suficiente para enervar la aplicación de la invalidez prevista en el referido precepto. Y así lo hacemos habida cuenta de que no se trata de indagar “cuánto” es el eventual beneficio sino la “existencia” –siquiera potencial– de interés por parte de las personas a que el artículo refiere. Y en este aspecto, la mera posibilidad de una ventaja económica denota palmariamente que se está personalmente interesado. (No está de más recordar, al respecto, lo que se afirma es una anécdota de un prestigioso procesalista, quien se despidió de sus alumnos al concluir el curso con esta frase: “Recuerden, señores, que los juicios se ganan o se pierden; pero siempre se cobra”).

c) «El Banco de Balcarce S. A. es el “real titular del interés y tercero ajeno tanto respecto de la autorizante cuanto de su esposo”...».

#### Alterando el orden comienzo así:

... descontamos que los apelantes no han tan siquiera insinuado que la entidad bancaria sea pariente dentro del cuarto grado de la escribana o de su consorte. Es obvio que –en todo contrato de mandato– el poderdante está personalmente interesado. Pero tampoco cabe duda ninguna de que el mandatario también lo está (inclusive en caso de que se trate del acto de simple otorgamiento de un poder aún no aceptado). Creemos que aquella engañosa idea –que es reiterada en la misma sentencia del siguiente modo: “El hecho de que el ejercicio de tal cometido –concretado, reitero, por cuenta y en interés de un tercero ajeno”– se sustenta en la suposición de que el apoderado –por actuar, al ejercer el cargo, “en nombre y representación” del mandante– no puede tener interés personal alguno, lo que no compartimos. En efecto: el hecho de que el mandatario no sea “parte” en los actos que cumpla como tal no impide que esté personalmente interesado en el ejercicio del apoderamiento (máxime si corresponde a la profesión que es su medio de vida).

d) «En el instrumento público, “la intervención del apoderado” se limita “a la expresión de conformidad con el mandato conferido”». A pesar de que el giro empleado tiende a minimizar la participación del mandatario –quien parece estar relegado a una intervención secundaria y pasiva, cual la de simplemente “conformarse” con lo dispuesto por el verdadero protagonista (el mandante)–, la situación dista de ser así, ya que –en verdad– se trata de una genuina expresión de “consentimiento”. (No resultaría extraño que –acorde a la misma línea de pensamiento que hemos impugnado en el punto precedente– se sostuviese que el mandatario sólo “asiente” (a negocio ajeno). Sin embargo, un análisis más profundo permite distinguir adecuadamente que ejecuta dos tipos de actos: a) los que cumple en ejercicio del mandato: “ajenos” a él, en tanto son atribuidos –mediante el mecanismo de la “imputación diferenciada”– al mandante (en cuyo nombre y

representación actúa, se trate de “consentir” o de “asentir”); b) los que integran la aceptación del mandato (“expresa” o “tácita”): absolutamente “propios” del apoderado –dado que los ejecuta en su nombre y a él se imputan–, que consisten invariablemente en “consentir”). Bueno es recordar, a propósito, que –como surge del artículo 1144– el consentir “debe manifestarse por ofertas o propuestas de una de las partes y aceptarse por la otra” y que –atento a su ubicación (Título I de la Sección Tercera del Libro Segundo del Código Civil: “De los contratos en general”)– el precepto resulta aplicable a la totalidad del género contractual. Significa esto que la tesis del tribunal conduciría, ahora, a considerar que lo dispuesto en el artículo 985 no rige para ningún contrato, siempre que una de las partes (la cónyuge del escribano, por ejemplo) se limite a expresar simplemente que está “conforme” con la oferta de donación de la estancia que le hizo una persona que no tiene parentesco alguno con ella ni con el autorizante.

- Punto 12) «*La prohibición alcanza tanto al titular del registro notarial como al adscripto en igual medida y a ambos recíprocamente*».

No obstante reconocer la recta intención que la inspira, considero que esta conclusión –cuyos fundamentos lucen por su ausencia– es contraria al derecho vigente. Así surge del análisis de lo establecido en forma expresa en el artículo 985 –cuyo texto ya he transcripto *supra*–, en el que se determina que los sujetos ilegitimados son: a) el funcionario autorizante; b) los indicados parientes del funcionario autorizante.

Teniendo en cuenta, asimismo, lo dispuesto por el artículo 1037,<sup>39</sup> la necesaria inferencia es que los demás impedimentos que –por vía reglamentaria– suelen establecer los colegios notariales deben considerarse pautas éticas que en modo alguno pueden extender la ilegitimación a otros sujetos, con la tremenda consecuencia de que los actos serían “de ningún valor”.<sup>40</sup>

Finalmente, y con el objeto de despejar cualquier duda en materia de las facultades concedidas a los colegios en fórmulas semejantes a “dictar resoluciones de carácter general tendientes a unificar procedimientos notariales”, extraigo lo pertinente de mi dictamen en la Consulta N° 323/10 de la Academia:

Por ende, opino que una cosa es unificar procedimientos en cuestiones previstas por normas legales –de indiscutible jerarquía superior– y otra, muy distinta por cierto, instituir nuevas actuaciones notariales que no se encuentran así autorizadas. Y de allí que considere que esa atribución debe estar conferida explícitamente por ley, en armonía con otro asunto que conceptúo de gran importancia y paso a tratar. Los actos notariales extraprotocolares –v.g.: certificaciones de firmas– encuentran su fundamento nor-

39. Art. 1037: “Los jueces no pueden declarar otras nulidades de los actos jurídicos que las que en este Código se establecen”.

40. Tuve ocasión de tratar esta cuestión –aunque en distinto tema– en la ya mencionada conferencia del 23/6/2014 (cfr. nota 8f), de la que extraigo lo siguiente: “Como se advierte, aquel precepto consagra la máxima ‘Pas de nullité sans texte’, entendido como texto expreso de derecho sustantivo de la misma jerarquía del Código Civil (o sea: los que menciona el ya recordado art. 31 de la Constitución Nacional). Significa ello que –salvo expresa consagración por la ley sustantiva– los actos en infracción a disposiciones [...] [de menor jerarquía] no son inválidos [...] Considero que aquella distinción que acabo de señalar no puede ser desatendida, porque creo que de ella depende la magnitud del avance que pueda lograrse en la indagación que nos convoca. Pienso que es fundamental advertir que preceptos de diferente rango en las relaciones de subordinación que se dan en la estructura del derecho vigente deben generar también distintas consecuencias (máxime cuando una norma como el invocado art. 1037 así lo dispone expresamente)”.

mativo en el inciso 2º del artículo 979 del Código Civil, al quedar comprendidos en la genérica mención de “cualquier otro instrumento que extendieren los escribanos o funcionarios públicos”. Pero ello no es todo, ya que –para que constituyan instrumentos públicos *stricto sensu* (según los he denominado)– es necesario que se observe “la forma que las leyes hubieren determinado” (frase con la que concluye el inciso). Quiere esto decir que –excepto aquellos actos notariales extraprotocolares previstos en la legislación sustantiva nacional (como el acta del artículo 3666 del Código Civil)– deben inexorablemente existir en alguna ley local disposiciones que determinen cómo ellos deben formalizarse. Es precisamente por tal razón que se suscitaron dudas acerca de la naturaleza de instrumento público de tales intervenciones notariales, habiéndose llegado a desconocerles tal carácter si no se cumplía con aquel requisito. Y, asimismo, que las leyes orgánicas locales procedieran a incorporar dichos recaudos o –ante la ausencia de tales disposiciones– que se dictasen leyes especiales (como, en 1974, la n° 5578 de la provincia de Entre Ríos). La forzosa y grave consecuencia de las precedentes consideraciones es que –en cuanto a las “certificaciones de firmas”– sólo una ley (y no una mera resolución del colegio notarial, salvo expresa delegación legal) puede determinar su forma, confiriéndoles así la calidad de instrumentos públicos. Allí radica la diferencia con las “copias de escrituras públicas”, cuya incuestionable naturaleza de tales deviene de estar mencionadas en el inciso 1º del mismo artículo 979 y otros preceptos.

- Punto 14) «*El acta de depósito en la que el notario reviste el carácter de depositario no está comprendida en la prohibición, por encontrarse en el ámbito de su competencia material*».

Si bien coincido con la tesis que se expresa, no comparto su fundamento. En efecto: si los actos notariales que versan sobre negocios que se hallan contenidos en el ámbito de su competencia material debiesen –por esa sola circunstancia– considerarse excluidos de los alcances del artículo 985, las prohibiciones que este consagra carecerían totalmente de vigencia efectiva (v. g.: ante una escritura en la que el compareciente dice que “le regala” una estancia al notario autorizante, podría argüirse que no hay vicio alguno por encontrarse en el ámbito de su competencia material la donación inmobiliaria).

Creo haber demostrado que los casos aprehendidos por el artículo no son de incompetencia *ratione personae*; pero admitiendo –como mera hipótesis– que lo fuesen, aun así el basamento vuelve a fallar, por tratarse de una distinta especie de competencia: la material. El verdadero fundamento, para mí, estriba en que en el contrato de depósito –gratuito– el autorizante solo asume obligaciones. Por la misma razón, en mis observaciones al Proyecto de Código de 1998 y al recientemente sancionado propuse –sin éxito– que se aprovechara para incluir otros supuestos ya consagrados en el derecho comparado, a saber:

Se exceptúan asimismo los actos unilaterales en que aquéllos [los notarios] sólo contraigan obligaciones, extingan o pospongan sus derechos o sean designados apoderados para juicios o albaceas o partidores en testamentos. [Tomado del art. 139 del Reglamento Español<sup>41</sup>].

41. [N. del E.: se podrá consultar el texto completo del Reglamento de la Organización y Régimen del Notariado de España en la RDN digital <http://www.revista-notariado.org.ar/>].

También cuando se trata del testamento del propio notario, él expresa “Formalizo mi testamento ante los testigos XXX, por mí y ante mí” (es decir, “firmo por mí y firmo ante mí”).

- Punto 15) «*Es positiva la modificación propuesta por el proyecto de Código Civil y Comercial 2012 (artículo 291) en tanto: a) sustituye el término “acto” por “instrumento”, reafirmando la calificación de la nulidad como instrumental...*». <sup>42</sup>

Aserción que –amén de carecer de fundamento– no me parece correcta. A lo antes dicho acerca de que en el negocio contenido en la escritura es donde se manifiesta con mayor entidad y frecuencia la presumida “parcialidad” del autorizante –o sea: lo contrario a la “imparcialidad” proclamada en el punto 2 del despacho como “de la esencia de la función notarial como exigencia legal y ética”–, agrego otros párrafos de mi primer trabajo: <sup>43</sup>

En lo que hace al “negocio”, el análisis de las normas que regulan el instituto de la “confirmación” –figura que juega tratándose de nulidades “relativas”– nos reafirma en tal pensamiento, dado que no percibimos configuradas en la especie sus notas típicas. No existe una parte con señorío exclusivo de la acción de nulidad, cuya renuncia a ella implica “favor” hacia la otra. El “interés” comprometido es “público” y envuelve a la situación toda. Lo “privado” se minimiza, perdiendo relevancia jurídica. De allí que la nulidad “absoluta” sea la consecuencia general de la infracción y que el “negocio” caiga también por ella fulminado. Conviene advertir que el fenómeno acaece con prescindencia del carácter *ad solemnitatem* o *ad probationem* <sup>44</sup> en que haya sido impuesto el instrumento público y se da aun en tratándose de negocios sin forma legalmente tasada, por cuanto su nulidad no proviene de la “instrumental”, sino que es reflejo de la inválida intervención “configuradora” del funcionario.

Dada su vinculación con el tema tratado, no puedo omitir una referencia al artículo 3653 del Código Civil <sup>45</sup> para reafirmar que los impedimentos que consagra configuran –asimismo– casos de ilegitimación (y no de incompetencia).

- «*Ante la falta de mención de las personas jurídicas en el artículo citado, debe interpretarse que las mismas quedan fuera de la prohibición*».

Teniendo en cuenta que la referencia a la sociedad anónima en el artículo 985 se hace con el fin de excluirla de los casos prohibidos, su desaparición no produce la consecuencia que se pretende –legitimar la actuación de todo el género de las personas jurídicas en que participe el autorizante o sus indicados parientes–, sino

42. Consideraré, de su primera parte, solo el inc. a).

43. Cfr. nota 7a).

44. Remito a mi trabajo “Algunas disquisiciones sobre la forma jurídica”, en *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Capital Federal, n° 850, noviembre 1997, pp. 23-47; en *Escriva*, México, n° 3, 1998; y (en una nueva versión) en *Dikaion*, Bogotá, Universidad de La Sabana, n° 10, diciembre 2001.

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

que, por el contrario, la deja sin efecto (con el obvio resultado de que no hay más excepciones).

El severo error lógico y de comprensión del texto en que se incurre se manifiesta más palmariamente aún con el siguiente ejemplo: en el portón de entrada de una dependencia militar existe un cartel que dice “Se prohíbe el ingreso a toda persona ajena a esta unidad, excepto las expresamente autorizadas por el señor Comandante”. Tiempo después, se deroga la excepción y el aviso se modifica, quedando así: “Se prohíbe el ingreso a toda persona ajena a esta unidad.” Sin embargo, de seguirse el criterio de la Jornada, el cartel debería ser retirado, permitiendo el acceso libre –y gratuito– de cualquier extraño.<sup>46</sup>

De allí que me parezca sumamente razonable la parte final de este punto del despacho: “A los efectos de clarificar criterios interpretativos, proponemos su expresa regulación”.

Concluyo señalando que las prohibiciones que han sido analizadas son aplicables únicamente al quehacer funcionarista del notario –el del ejercicio de la función factidiccional– y no a su incumbencia profesionalista –como jurisperito–, rol en el que puede, por ejemplo, asesorar a sus parientes.<sup>47</sup> Al respecto, en el editorial de *La Nación* del día 6 de noviembre de 2014 se lee:

Como ha señalado el presidente del Consejo Federal del Notariado Argentino, Omar Fenoglio, en una carta a este diario, la intervención de los escribanos confiere a los actos seguridad jurídica, que es la base de la paz social. Los notarios no sólo cumplen una función certificante, sino que ejercen un control de legalidad y brindan asesoramiento desde una posición objetiva y ecuaníme, tendiente a la prevención de conflictos.<sup>48</sup>

Agrego que no solo asesorando sino también –y con muchísima mayor razón– en el ejercicio de su quehacer funcionarista debe todo oficial público obrar con ecuanimidad (que no otra cosa es que “imparcialidad de juicio”<sup>49</sup>).

46. Aunque con elegancia luzcan antifaces, caretas venecianas, pasamontañas o burkas.

47. Sobre esa distinción –y sus diversos aspectos– remito a mi trabajo “Quehacer notarial: aspectos funcionaristas y profesionalistas”, publicado en ob. cit. (cfr. nota 5).

48. [N. del E.: se podrá consultar el editorial completo, titulado “La indispensable labor de los escribanos”, en la RDN digital <http://www.revista-notariado.org.ar/>].

49. Segunda acepción.