

# El artículo 985 del Código Civil argentino

Norberto Rafael Benseñor

**SUMARIO:** 1. Introducción. El principio de imparcialidad. 2. La norma del Art. 985. Otras normas vinculadas. 3. Las fuentes del Art. 985 del Código Civil. 4. Naturaleza de la prohibición. 5. Interés personal del oficial público. 6. Intereses parentales. 7. La especial consideración del cónyuge. 8. Concubinato. 9. Intervención de parientes como apoderados. 10. Poderes a favor de parientes. 11. Delimitación operativa del Art. 985 del Código Civil. Las sanciones simplemente éticas. 12. Albaceazgo. 13. Actas de depósito notarial. 14. Intervenciones societarias. Personas jurídicas. 15. Intervención notarial en constitución de sociedades constituidas por parientes mencionados en el Art. 985 del Código Civil. 16. Actuación como representantes orgánicos de sociedades. 17. Incompatibilidad del escribano o incompatible del registro. Actos comprendidos en el Art. 985 del Código Civil para un autorizante, extendidos ante otro actuante del registro. 18. Los efectos de los actos comprendidos en el Art. 985. Nulidad. 19. Los proyectos de reformas.

## 1. Introducción. El principio de imparcialidad.

1.1. La actividad notarial es una actividad reglada, provista de preceptos y dispositivos ordenados con la finalidad de que la prestación del servicio alcance, finalmente, el grado de efectividad aspirado por las partes.

La elaboración notarial del documento requiere, primeramente, que su autor goce de la investidura conferida, y seguidamente, que la ejerza conforme los límites de sus atribuciones, tanto respecto de la naturaleza del acto como dentro del territorio que se le ha asignado para el ejercicio de sus funciones (Art. 980 Código Civil)<sup>1</sup>.

Amén de las condiciones generales indicadas para la prestación del ministerio notarial, como también la obligación de respetar el ritual que las normas imponen (ver Arts. 988, 989, 997, 998, 999, 1000, 1001, 1002, 1003, 1004 y 1005 del Código Civil) existen deberes funcionales propios de la función que ningún escribano puede desconocer. A diferencia de otros operadores de Derecho, que deben abogar por la parte a la cual representan, el notario debe mantener, estrictamente, durante todo el tiempo de la relación, una austera imparcialidad frente a todos y cada uno de los interesados en los actos o documentos en los cuales intervenga o participe.

1.2. La imparcialidad consiste en una cualidad mediante la cual el agente mantiene una equidistancia entre todos los participantes del acto y, consecuentemente, puede aplicar una relación de ecuanimidad o equidad respecto de la misma. En la relación notarial cualquiera de los requirentes, sin importar la posición que ocupa, debe recibir por parte del escribano la prestación del servicio juntamente con una labor asesora respecto del acto a documentar, sin que se antepongan intereses personales o de sus allegados que puedan enturbiar o interferir el resultado procurado (ver al efecto Capítulo V, Art. 29 –Deberes– especialmente inciso d), de la Ley 404 Orgánica del Notariado de la Ciudad de Buenos Aires).

El valor imparcialidad requiere, por supuesto, excluir situaciones donde la prestación del servicio no pueda desenvolverse en condiciones de ecuanimidad y libertad de conciencia. Indudablemente, si el agente advirtiera cierta violencia moral en su actuación podrá excusar su intervención sin incurrir en falta a sus deberes (conf. Art. 29 inc. b) Ley 404), pero en otros momentos la preexistencia o coexistencia de intereses personales, relaciones de familia e implicancias afectivas o íntimas pueden llegar a enturbiar el desempeño. Por tal motivo, casi todas las legislaciones de origen conti-

<sup>1</sup> El último párrafo del Art. 980, agregado por la Ley 24.441 establece que el instrumento público extendido de acuerdo con lo que prescribe el Código, goza de entera fe y produce idénticos efectos en todo el territorio de la República Argentina, cualquiera sea la jurisdicción donde se hubiere otorgado (principio de circulación del documento notarial).

mental han procurado impedir que la prestación del servicio se concrete cuando se encuentran presentes relaciones específicamente influyentes sobre la tan mentada imparcialidad.

Sin duda, meritar en cada caso concreto, si estuvo o no afectado el juicio de ecuanimidad o equidad del oficial público, hubiera generado una tremenda inseguridad general, frente al peligro de que cualquier magistrado decretare la nulidad de instrumentos públicos, por considerar que en dicho caso estuvo comprometida la imparcialidad notarial. Por tal motivo, la exclusión de la actuación del notario debió ser tratada expresamente, por ley, frente a la comprobación de supuestos objetivos, predeterminados y taxativos, cuya vulneración ocasiona la nulidad de los actos así instrumentados.

1.3. En tanto la legislación debió optar por categorizar objetivamente qué situaciones quedaban afectadas por la falta de imparcialidad, ha quedado descartada, entonces, la posibilidad de utilizar calificaciones subjetivas basadas en razones afectivas o íntimas.

El objetivo de este trabajo es precisamente, abordar el análisis e interpretación del Art. 985 del Código Civil.

## **2. La norma del Artículo 985. Otras normas vinculadas.**

2.1. El Art. 985 del Código Civil dispone 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.*

2.2. En materia de testamentos, el Art. 3664 establece que *el escribano y los 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.*

2.3. El Art. 3653 agrega además que *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.*

2.4. Finalmente, el Art. 3707 establece que *tampoco pueden ser testigos en los testamentos los parientes del escribano dentro del cuarto grado, los dependientes de su oficina, ni sus domésticos.*

2.5. Como se desprende de la comparación de tales artículos, el Art. 985 no menciona al cónyuge, y se refiere a los parientes en general sin individualizar a los afines; el Art. 3664 sí lo hace con la esposa del escribano y al graduar el parentesco cita a los afines; por su parte el Art. 3653 enuncia la línea recta sin graduarla, limita el grado de los colaterales hasta el tercero y vuelve a mencionar a los afines y, finalmente, el Art. 3707 se re-

fiere en general a los parientes, sin detenerse en la enunciación de consanguíneos y afines pero limitando el grado al cuarto.

Estas citas no constituyen solamente un entretenimiento analógico, por cuanto permiten advertir que el codificador no mantuvo coherencia ni prolijidad en las terminologías empleadas, lo que ha de ser tenido en cuenta al tiempo de aplicar las pautas interpretativas.

### **3. Las fuentes del Artículo 985 del Código Civil.**

3.1. La utilización de las fuentes puede contribuir para reconstruir el alcance y el sentido asignado a la prohibición.

3.2. La fuente expresa, según la nota puesta al pie del Art. 985, es BONNIER. Este, a su vez, se remite a la Ley francesa del 25 de Ventoso (Año XI). Esta última disposición prohíbe a los notarios autorizar escrituras donde participen parientes del escribano, en todo grado en línea recta y hasta tío y sobrino en colateral; a salvo por supuesto, aquellos actos que el notario podrá otorgar para una sociedad comercial en la que él posea acciones.

3.3. Sin embargo, nuestra doctrina reconoce que, más bien, la fuente inmediata resulta ser el Art. 693 del Esboço de FREITAS. Este precepto declara la nulidad de los instrumentos públicos por sus vicios internos: ... 5º) *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 sean interesados, por sí mismos, parientes de aquél en la línea recta y en la línea colateral hasta el tercer grado, aunque el parentesco sea por afinidad o ilegítimo.*

3.4. Entre la norma del Código Civil y la expuesta por la fuente invocada, existen coincidencias y diferencias. Es similar la sanción impuesta por los actos instrumentados en tales condiciones, privativa de efectos.

Se diferencia, no sólo del Esboço de FREITAS, sino también de la Ley de Ventoso, por cuanto para éstos la prohibición rige en toda la línea recta, en cualquier grado<sup>2</sup>, en cambio en la línea colateral las fuentes alcanzan hasta el tercer grado, mientras que para el Código Civil argentino, en ambos casos supuestos se extiende hasta el cuarto grado. Resulta interesante advertir una sutil distinción entre el texto del Art. 985 y el Esboço, ya que esta última norma priva de efectos, expresamente, a los actos en que el propio funcionario sea interesado, tanto por sí como en carácter de representante voluntario o necesario de otro, sin reproducir esta consideración para los parientes, los cuales a *contrario sensu* podrían ser representantes (voluntarios o necesarios) de otros.

<sup>2</sup> La prohibición en toda la línea recta aparece, como dijimos antes, en el Art. 3653 en materia de testamentos por acto público, indicando que el escribano pariente del testador en línea recta, en cualquier grado que sea, no puede concurrir a la redacción del testamento.

A nuestro juicio, VÉLEZ SARSFIELD advirtió la disimilitud de condicionamientos y procedió a eliminar del texto del artículo 985 la expresión *tanto por sí, o como representantes voluntarios o necesarios de otros* exigiendo, en todos los casos, que tanto el escribano como sus parientes estén *personalmente interesados*, con lo cual ha dejado fuera de sanción a los actos ejecutados por quienes, aun siendo de grados incompatibles, sólo intervengan en representación de intereses de terceros, no comprendidos en grados parentales mencionados en dicha norma legal.

3.5. Finalmente, la redacción impuesta por VÉLEZ SARSFIELD no menciona las calidades consanguíneas o afines de los parientes como lo hace FREITAS, lo cual ya fue puesto de manifiesto precedentemente, y nos posibilita a esta altura sostener que esta redacción, si bien es simplificada, no permite excluir ningún tipo de parentesco.

#### **4. Naturaleza de la prohibición.**

4.1. La doctrina ha discutido si la naturaleza de la prohibición contenida en el Art. 985 del Código Civil es una incapacidad del oficial público, o sólo consiste en una incompetencia en razón de las personas.

Por ser considerado el notario órgano del Estado, soporte de la fe pública, es pasible de mantener incompatibilidades entre sus funciones y el ejercicio de otros desempeños, todo ello destinado a preservar el interés público que rodea el actuar de su ministerio rodeándolo de garantías<sup>3</sup>. Dichas incompatibilidades coexistirán formando parte de su *status* funcional. Es por ello que SPOTA entiende que, cuando media una restricción respecto de la instrumentación de negocios jurídicos otorgados ante él, si actúa con interés propio o de sus parientes, recae en una incapacidad jurídica que denomina incapacidad de instrumentar.

4.2. También SEGOVIA lo consideraba así<sup>4</sup>. Mencionaban igualmente el caso como incapacidad para instrumentar ARAUZ CASTEX, SALVAT, LLAMBÍAS y BOFFI BOGGERO<sup>5</sup>. ARAUZ CASTEX adjudica al oficial público una incapacidad relativa, ya que estando debidamente investido de su cargo (o sea que es capaz genéricamente considerado) es, sin embargo, inhábil para otorgar actos jurídicos con relación a ciertas personas. LLAMBÍAS considera que cesa la capacidad del oficial público con relación a los actos en que él o sus parientes dentro del cuarto grado fuesen personalmente interesados, indicando que en este caso (el del Art. 985 C.C.) a diferencia de la prevista en el

<sup>3</sup> SPOTA, Alberto G. *Tratado de Derecho Civil. Hechos y Actos Jurídicos*. Vol. 9, pág. 209 y ss.

<sup>4</sup> SEGOVIA. T. I, nota 10, pág. 265.

<sup>5</sup> ARAUZ CASTEX. *Derecho Civil*, Tomo II, pág. 273. Salvat, R. *Tratado de Derecho Civil anotado* por López Olaciregui, Tomo II, pág. 1928. Llambías, *Parte General II*, N° 1643. Boffi Boggero, en *Enciclopedia Jurídica Omeba*, voz "Instrumento Público". Ver Belluscio, *Código Civil*, Art. 985, Vol. 4.

Art. 983, cual acontece mediando suspensión, destitución o reemplazo del oficial público, se trata de una incapacidad para los actos expresados, de carácter relativo<sup>6</sup>.

4.3. BOFFI BOGGERO, si bien en un primer párrafo menciona que este artículo crea una incompatibilidad del funcionario público, desarrolla las aplicaciones del Art. 985 dentro del análisis de la capacidad del oficial público, y resalta la pretensión de la ley de colocar al oficial público, en virtud de la posición que ocupa y de los importantes efectos jurídicos que su actividad fedataria y técnica produce (que llegan hasta la plena fe) al margen de cualquier desviación parcial. Concluye finalmente el tratamiento indicando que lo que está en juego no es la capacidad para realizar actos jurídicos, sino la capacidad para instrumentar públicamente<sup>7</sup>.

4.4. Para CARMINIO CASTAGNO<sup>8</sup> las posturas doctrinarias que se han ocupado al respecto son dos. Una que considera que se trata de una incompetencia en razón de las personas, y aquella otra que la califica como una incapacidad de derecho del funcionario público. Destaca que para comprender la cuestión se debe referir a las nociones de "órgano-institución" y "órgano-individuo". Es así que a su juicio, cuando el Estado atribuye funciones públicas a unidades abstractas permanentes, cada una de éstas constituye un "órgano-institución", que para manifestarse necesita del concurso de una persona física o sea el "órgano-individuo", el agente. En tal sentido, entiende que el ámbito de actuación que se asigna al órgano es la competencia, pero la esfera de ejercicio señalada al agente es la capacidad. El reverso de estas expresiones son la "incompetencia" y la "incapacidad" según ellas comprendan prohibiciones que se efectúan al órgano o al agente, respectivamente. Cita como ejemplo que la Constitución Nacional atribuye a la Corte Suprema de Justicia la competencia para entender en asunto concerniente a embajador extranjero, en tanto es órgano, lo cual no excluye la posibilidad de que uno de sus miembros sea recusado por cualesquiera de las causales previstas (incapacidades). De todo lo expuesto, concluye indicando que, siendo la imparcialidad uno de los valores que debe presidir la actuación de todo "oficial público", lógico es que la ley sustraiga de la capacidad del titular del oficio, todo asunto que pueda ser sospechado de que aquel principio no pueda ser observado estrictamente. En un trabajo posterior<sup>9</sup>, este autor reitera que la prohibición no se

<sup>6</sup> LLAMBIAS, J. Op. cit., pág. 432.

<sup>7</sup> VELEZ SARSFIELD en la nota al artículo 3653 se refiere a la capacidad del escribano, remitiendo a los Arts. 979 y 996 del Código.

<sup>8</sup> CARMINIO CASTAGNO, José Carlos. *El Art. 985 del Código Civil Argentino*, Revista del Notariado N° 720, 1971, pág. 1979 y ss.

<sup>9</sup> *Teoría General del Acto Notarial*. Revista del Notariado N° 727, pág. 43.

dirige al órgano, que no puede tener interés personal o parientes, sino al sujeto titular del mismo, razón por la cual se produce una inhabilidad en concreto provocando la ilegitimación del agente.

4.5. NERI, por su parte, también se enrola en el criterio de considerar que la capacidad del oficial público es una de las condiciones que la ley impone para la validez del instrumento público, aunque aclara que no se trata de una capacidad técnico mental, sino de la capacidad legal para actuar. Seguidamente observa que por efecto de circunstancias especiales, la capacidad funcional del oficial queda relativizada, teniendo un límite de eficacia como acontece con los actos comprendidos en el ámbito del Art. 985 del Código Civil<sup>10</sup>.

4.6. La tesis de que el artículo 985 del Código Civil crea una incompetencia en razón de las personas es defendida por CARLOS A. PELOSI<sup>11</sup>. En su criterio, *competencia* es el poder legal atribuido al órgano del Estado o de otra institución por él reconocida para actuar, decidir o ejecutar un poder. Es, en definitiva, la aptitud legal conferida a un órgano o a una profesión determinada. Aptitud que referida al escribano, le permite afirmar su competencia en lo que la ley le encomienda, permitiéndole actuar, y lo declara incompetente en aquello que le está prohibido. Por ello el notario es competente por razón del territorio, por la materia y por las personas. Refuerza su postura al mencionar que la imparcialidad de los jueces también es tratada en los Códigos Procesales, y allí donde se establecen las causales de recusación y excusación nunca se las trata como requisitos de capacidad. Cita en su trabajo importante doctrina francesa y española que demuestra el empleo de la noción de incompatibilidad<sup>12</sup>.

4.7. FERNANDEZ CASADO<sup>13</sup> entiende que la incompatibilidad es la imposibilidad legal de que el notario tenga el ejercicio simultáneo de su profesión y algún otro cargo público, y tiene carácter de perpetuidad o generalidad, mientras que *las prohibiciones son aquellas limitaciones impuestas a los notarios, en ejercicio del cargo, relacionadas con el lugar, con la naturaleza del acto o con las personas, vedándole en determinadas condiciones y circunstancias el ejercicio de la profesión*. Esta noción de prohibición, a la cual PELOSI también se adhiere, implica comprender que las incompatibilidades constituyen restricciones para el ejercicio que tienen carácter de perpetuidad y generalidad, mientras tanto las prohibiciones confluyen sobre determinadas condiciones específicas en que se veda el ejercicio de la profesión.

<sup>10</sup> NERI, Argentino. *Tratado de Derecho Notarial*, Tomo 2, págs. 95, 96 y 98.

<sup>11</sup> PELOSI, Carlos A. *El artículo 985 del Código Civil Argentino*, Revista del Notariado N° 723, pág. 665.

<sup>12</sup> PELOSI, Carlos A. Trabajo citado, págs. 669 y ss.

<sup>13</sup> FERNANDEZ CASADO, Miguel. *Tratado de la Notaría*, Madrid, 1895, Tomo 1, pág. 248 y ss. Citado por Pelosi.

Agrega, por otra parte, que los conceptos de capacidad y legitimación debieran reservarse para ser aplicados más a las partes que al propio notario, a los efectos de separar las calificaciones de las situaciones que atañen a ellas, o a los otorgantes y al notario.

4.8. GARRIGUES<sup>14</sup> distingue adecuadamente la prohibición de la incapacidad, indicando que la prohibición supone la capacidad, mientras que la capacidad e incapacidad se excluyen mutuamente.

4.9. Para MAINO, el Art. 985 del Código Civil consagra una prohibición fundada en la exigencia de imparcialidad del funcionario público, impuesta por la norma para que el acto cumpla con la función que se le reconoce. Esa prohibición es de origen legal, es relativa porque alcanza al notario, es concreta por cuanto se refiere a actos, es perfecta en cuanto a sus efectos porque excluye la legitimación del autor. No afecta la capacidad por cuanto no valora la cualidad intrínseca del sujeto del acto, sino a la situación jurídica específica de ese sujeto frente a la esfera de intereses determinada cuya regulación formal se pretende. Es falta de legitimación y no incompetencia, por cuanto la prohibición se dirige al elemento subjetivo que integra la noción del funcionario público, y no al elemento objetivo (conjunto de atribuciones o potestad de que está investido). El fundamento radica en la exigencia de imparcialidad en el funcionario público notario. La presencia de esa cualidad en él permitirá a su acto cumplir con la función típica que el Derecho le reconoce, y en virtud de la cual lo provee de regulación y le brinda su tutela<sup>15</sup>.

4.10. Finalmente VILLALBA WELSH<sup>16</sup> también califica la naturaleza de este artículo como un supuesto de incompetencia en razón de las personas, dado el hecho evidente de que sólo excepcionalmente el oficial público está impedido de actuar respecto de determinadas personas. La regla es que dentro de su territorio y materia no se den restricciones.

4.11. Para nuestro criterio nos encontramos, sin duda alguna, frente a una prohibición, concreta, específica y limitada que impide al notario intervenir válida y eficazmente en los supuestos enunciados. Si bien su fundamento es la imparcialidad, en el caso *aplica una presunción iure et de iure de parcialidad*<sup>17</sup>. Sin embargo, no coincidimos con quienes sostienen que el caso denuncia una incapacidad del agente.

BIELSA, desde el punto de vista del Derecho Administrativo, aclara los distintos conceptos que se emplean sobre la materia, definiendo la *incapa* -

<sup>14</sup> GARRIGUES, Joaquín en *Tratado de Derecho Mercantil*, Madrid, 1947, Tomo 1, pág. 339 y ss.

<sup>15</sup> MAINO, O. *El artículo 985 del Código Civil. Fundamento de la Prohibición*. Gaceta del Notariado, Santa Fe, N° 57, 1972, mayo/agosto.

<sup>16</sup> VILLALBA WELSH, Alberto. *Incompetencia en razón de las personas*. Anales del Notariado Argentino, Tomo 3, pág. 1964.

<sup>17</sup> Como bien lo sostiene CARMINIO CASTAGNO en op. cit.



*ciudad* como falta de aptitud legal para el ejercicio de una función o empleo público, lo que indudablemente no se daría en el caso. Cuando hay incapacidad existe carencia de las calidades necesarias para el desempeño, que tanto pueden consistir en falta de edad, o la nacionalidad o en algunos casos hasta el sexo, todos ellos predominantemente elementos intrínsecos (falta de calidades legales en el individuo)<sup>18</sup>. Por otra parte, la *incompatibilidad* se caracteriza por oposición de intereses entre los propios del funcionario y los públicos que siempre deben prevalecer. Por supuesto que también BIELSA denuncia la existencia de prohibiciones diferenciándolas de las incompatibilidades, y esgrimiendo como ejemplo que cuando el Art. 1361 prohíbe las compras en remate público a funcionarios, jueces, etc. no se trata de incapacidades, sino de prohibiciones legales, lo que efectivamente refuerza nuestra opinión<sup>19</sup>.

## 5. Interés personal del oficial público.

5.1. La norma que venimos comentando utiliza la expresión “personalmente interesados”, tratando de evidenciar que lo que se trata de evitar es un conflicto de intereses. Existe conflicto de intereses cuando media un interés del funcionario antagónico con su deber objetivo. Aunque generalmente las conceptualizaciones de los conflictos de intereses parten del presupuesto de que el interés es económico, entendemos que en este caso también se aplica la normativa ante la *existencia de otra clase de interés, siempre y cuando sea relevante para el caso*.

5.2. El interés debe ser directo, como condición necesaria de causa a efecto. Según LEGON<sup>20</sup> para el artículo 985 del Código Civil el concepto de parte está desterrado, ya que sólo se trata del interés. No requiere que el interés sea exclusivamente económico, sino que puede ser de otra índole, pero suficiente para que, aunque sea potencialmente, pueda desviar al funcionario de su deber de imparcialidad<sup>21</sup>.

5.3. Al requerirse una apreciación estricta de la existencia del interés, cabe excluir como determinativo de este efecto la preexistencia de afectos o estimas.

Es por ello que se insiste en aplicar un criterio objetivo, por cuanto la afección o cualquier otra apreciación de carácter subjetivo podría afectar con posibles o eventuales vicios la mayoría de los actos jurídicos que se instrumentan, lo que en modo alguno contribuye a la paz y seguridad jurídica.

<sup>18</sup> BIELSA, Rafael. *Derecho Administrativo*, Tomo 2, pág. 117.

<sup>19</sup> BIELSA, Rafael, op. cit., pág. 120.

<sup>20</sup> LEGON, Fernando. *La inhabilitación del actuario para el otorgamiento de actos públicos que interese a él o a sus parientes*. JA. Tomo 54, pág. 376.

<sup>21</sup> BELLUSCIO y otros. *Código Civil Comentado*. Art. 985. Interés.

En tal sentido, toda la doctrina precedentemente citada considera que el interés debe ser directo, basado en los principios de responsabilidad no delictual en la reparación del daño, siendo de aplicación los Arts. 520, 901 y 903 del Código Civil. De tal modo los principios que rigen la valoración de este interés son:

a) Ser consecuencia inmediata y necesaria (Art. 520).

b) Derivar de un hecho que acostumbra a suceder, según el curso natural y ordinario de las cosas (Art. 901).

c) Que sea imputable al autor de tales consecuencias.

5.4. No siempre el interés personal del notario aparecerá manifiesto en el acto, en tanto *no admite nuestra legislación que el notario pueda comparecer ante sí mismo*. Esto que puede parecer una conclusión muy obvia, no debe sorprender, en tanto en el ordenamiento notarial español el Art. 139 establece que los notarios no podrán autorizar escrituras en que se consiguen derechos a su favor, pero sí, *las que sólo contraigan obligaciones o extingan o pospongan aquellos derechos con la antefirma por mí y ante mí*. En tal sentido, los notarios podrán autorizar su propio testamento, poderes de todas clases, cancelación y extinción de obligaciones. De igual modo podrán autorizar o intervenir en los actos o contratos en que sea parte su esposa, o parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad, siempre que reúnan idénticas circunstancias<sup>22</sup>.

5.5. Tal situación no puede producirse dentro del sistema legal argentino, en el cual, no cabe duda, que un notario no podría comparecer en su propio registro, ni siquiera ante otro actuante de ese registro notarial. Esta afirmación, tal vez, no encuentre norma expresa que así lo diga, pero arribamos a semejante conclusión por la propia inferencia de la función notarial. La relación jurídico notarial requiere para su consagración un requirente y un autor del documento. Dentro de su registro notarial, el oficial público fue autorizado a desempeñar su función en tal calidad, por lo cual permitirle además asumir la posición de requirente comprometería la configuración de su tarea documental. Ello por supuesto, no le impide al escribano ser requirente en cualquier otro registro notarial.

5.6. Estando excluida la participación directa del escribano dentro de su propio registro, ya que ninguna norma reproduce en nuestro medio la autorización conferida en el reglamento notarial español, podemos adelantar que no resulta tarea sencilla determinar el interés personal del notario autorizante en un acto, en cuanto tal situación no será manifiesta ni de- vendrá ostensible.

<sup>22</sup> Dictamen de Jaime GIRALT FONT, Comisión de Consultas del Colegio de Escribanos de la Capital Federal. Revista del Notariado N° 715, pág. 202 y ss.

5.7. En un resonado fallo judicial donde se decretó la nulidad de una escritura autorizada por el escribano a favor de su concubina<sup>23</sup> la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, entendió que no se requiere que el escribano sea el beneficiario de las prestaciones, siendo suficiente que esté personalmente interesado. En este sentido se interpretó que existe interés personal cuando la concubina es la beneficiaria del acto, quedando evidenciado el interés, no sólo por el eventual derecho sucesorio, que podría esgrimir a su tiempo frente a la sociedad de hecho provocada por la unión en concubinato, sino por cuanto, en la realidad de la vida, entre los concubinos se procrea un goce promiscuo de los bienes, debidamente acreditado en esos autos, por cuanto se daban socialmente el trato de esposos. El goce de los bienes comunes configura en principio, una causa de interés, que unida a otros elementos probatorios (entre los que figuraban el precio vil, la no presencia física de los testigos del acto, la edad del actor que vendió el inmueble) motivan al Tribunal para declarar la nulidad, frente a la circunstancia de que el escribano público ha tenido interés propio en la venta otorgada a favor de su concubina, por lo que la escritura pública extendida por él resulta nula (Art. 985), no ha sido efectiva la entrega del precio y por ello debe restituirse el inmueble.

5.8. En otro caso<sup>24</sup>, se decretó la nulidad de una cesión de derechos hereditarios efectuada a favor de un hijastro del escribano, interpretando que en el caso había interés directo del notario, por cuanto el mismo día en que falleció el causante el escribano autorizante de la escritura de cesión de derechos hereditarios había denunciado como vacante la sucesión ante la Dirección General de Escuelas de la Provincia de Buenos Aires, quedando, entonces, demostrado el interés del escribano en otras actuaciones<sup>25</sup>.

5.9. En otro pronunciamiento más reciente, donde se discutía una simulación que por defecto de probanza, la Cámara no acogió<sup>26</sup>, el Tribunal declaró que al escribano le está vedado actuar como tal, en asuntos en que él o sus parientes dentro del cuarto grado estuviesen personalmente interesados, lo cual equivale también a vedarle llevar esos asuntos, para ser instrumentados en su propia oficina, aunque circunstancialmente esa oficina estuviera atendida por un suplente. En este caso, los accionantes hijos del Escribano F., fallecido el 22 de agosto de 1961, demandaron por simu-

<sup>23</sup> S.P.J. c./F.S.J. y otra. SCBA, agosto 3 de 1954, LL., Tomo 76, pág. 640.

<sup>24</sup> C. Civil 2 de la Capital 30-10-44, *in re* "Piñero de Piñero, Petrona y otros c./Calvete, Horacio", LL., Tomo 36, pág. 455.

<sup>25</sup> Además, esa cesión fue declarada nula por causar lesión enorme, dando aplicación al Art. 953 del Código Civil, antes de la reforma de la Ley 17.711 que expresamente incluyera la figura.

<sup>26</sup> "Ferraría Acosta, Eloísa y otros c./Alonso López, Blanca y otro". C.N. Civil, Sala C, marzo 17-1968, LL. 131, pág. 507.

lación relativa a la escritura de compraventa de una unidad funcional, donde P. o I. B. vendió por intermedio de apoderado a la Srta. B. L. Dicen que encontraron documentos que prueban que dicha compra era simulada y que B. L. sólo era testaferro, siendo el importe del dinero propiedad de sus progenitores, o sea el escribano y su esposa. En primera instancia se consideró probada la simulación, pero la Cámara entendió no acreditada fehacientemente la misma.

5.10. También registra la jurisprudencia un pronunciamiento vinculado con esta temática, donde declara la nulidad de la cláusula de un testamento, por la cual se designa albacea al escribano ante quien se otorga, disponiéndose que ante él *deben unificar su personería todos los instituidos, bajo apercibimiento de perder la calidad de heredero o legatario conferida*<sup>27</sup>. Téngase presente que en este caso, el Tribunal no considera nula la designación de albacea en sí misma, sino solamente la condición de unificar personería en el propio escribano.

5.11. Por otra parte, se ha entendido que no puede considerarse personalmente interesado al escribano ante el cual se otorgó poder para demandar por escrituración, por la circunstancia de que, en caso de prosperar la demanda, la escritura traslativa de dominio también debiese otorgarse ante él<sup>28</sup>.

5.12. También se ha considerado, con razón, que no existe incompatibilidad por la circunstancia de que el escribano deba autorizar una escritura de venta en propiedad horizontal en un edificio en el cual él es titular de dominio de otra unidad funcional, mientras en la escritura en cuestión no tenga interés personal<sup>29</sup>.

## 6. Intereses parentales.

6.1. El Art. 985 también considera de ningún valor los actos autorizados por un funcionario público en que sus parientes dentro del cuarto grado fuesen personalmente interesados.

La doctrina se inclina por considerar que, atento que el codificador no ha hecho distinción alguna, al respecto se comprenden en su ámbito *todos los parientes, consanguíneos, afines y adoptivos*.

6.2. En principio, el Art. 345 del Código Civil define el parentesco como el vínculo subsistente entre todos los individuos de los dos sexos, que descienden de un mismo tronco. Esta definición legal resulta incompleta en tanto comprende solamente al parentesco por consanguinidad<sup>30</sup>, omitiéndose el parentesco por afinidad y el adoptivo, aunque esto último, po-

<sup>27</sup> C.C. Civ. A 20-9-60, JA 1961-III-118. C. Civ. C 12-11-65 LL. 121-619 ver Art. 3848.

<sup>28</sup> C.N. Com. B 27-2-57, JA 1958-III-9-S-106.

<sup>29</sup> REVISTA NOTARIAL N° 747, pág. 405.

<sup>30</sup> BUERES, A. y HIGHTON, E. *Código Civil*, Tomo 1, pág. 1310.

dría ser razonable, porque sólo a partir de 1948 se admite en la República el instituto de la adopción. También puede cuestionarse la redacción, por ser erróneo referirse a la subsistencia del vínculo, ya que a los efectos parentales es suficiente la existencia del vínculo.

Por todo ello, *se conceptúa como parentesco el vínculo existente entre las personas en virtud de relación de consanguinidad, afinidad o adopción*<sup>31</sup>.

No debe confundirse el parentesco con la noción de familia, que se refiere más bien a un conjunto o grupo de personas unidas por los vínculos jurídicos, en la medida y extensión que determine la ley y que surgen del matrimonio, la filiación y la adopción. La existencia o situación de familia no categoriza frente a la aplicación del artículo 985 del Código Civil, adquiriendo relevancia como centro de imputación jurídica, cuando expresamente se le adjudiquen derechos subjetivos familiares, como bien lo indicara, a su tiempo, el maestro DIAZ DE GUIJARRO<sup>32</sup>.

6.3. Por tal motivo, para el objeto de esta investigación, su caracterización e identificación no resultan necesarias, en tanto nuestro Codificador no ha utilizado la familia como elemento generador de la prohibición<sup>33</sup>.

6.4. El parentesco puede ser:

- a) Parentesco por consanguinidad.
- b) Parentesco por afinidad.
- c) Parentesco por adopción.

6.4. El parentesco por consanguinidad es el genuino, mientras que los demás resultan de la aplicación de normas legales que así lo declaran. Cuando el artículo 985 se refiere a los grados, da por supuesto que el Art. 346, establece que el parentesco se determina por líneas y grados; que el Art. 347 llama grado al vínculo entre dos individuos, formado por la generación, mientras que línea es la serie no interrumpida de grados.

6.5. La línea recta se clasifica en ascendente y descendente, siendo ello ejemplificado en los Arts. 350 y 351.

6.6. La línea colateral es aquella que se encuentra en distintas líneas (o ramas de acuerdo al Art. 348) y cuyo vínculo consanguíneo deriva del tronco común a ambas líneas o ramas.

6.7. El cómputo de grados en la línea recta se cuenta por generaciones (Art. 352). Así tenemos:

<sup>31</sup> Conf. BUERES, op. cit., pág. 1311. ZANNONI, *Derecho Civil. Derecho de Familia*, Tomo 1, pág. 71.

<sup>32</sup> DIAZ de GUIJARRO, *La unidad del derecho de familia* JA. 1952-I-3, citado por Bueres en *Código Civil Argentino*. Tomo 1, pág. 1313. Los vínculos jurídicos familiares existen en tanto se encuentren caracterizados por derechos subjetivos familiares.

<sup>33</sup> La Ley Orgánica del Uruguay prohíbe al escribano autorizar actos donde además de los parientes hasta el 4to. grado de consanguinidad y 2do. de afinidad, estén involucrados miembros de su familia (Art. 24, por lo cual, al sentir de LARRAUD no resulta fácil determinar el significado de esta expresión (LARRAUD, R. *Curso de Derecho Notarial*, pág. 623).

a) En línea descendente:

1° grado el hijo.

2° grado el nieto.

3° grado el bisnieto.

4° el tataranieto.

b) En línea descendente:

1° grado el padre.

2° grado el abuelo.

3° grado el bisabuelo.

4° grado el tatarabuelo.

6.8. En la línea colateral la relación deriva de un tronco común, pero a diferencia de la línea recta, ningún colateral deriva de otro colateral. La primera colateralidad la forman los hermanos. Para computar el grado debemos ascender primero hacia el tronco común y luego descender hacia el colateral, con lo cual en el caso de los hermanos, computamos dos grados (uno ascendiendo hacia los padres y luego descendiendo hacia el hermano), resultando que los hermanos están en segundo grado (conf. Art. 353).

Tíos y sobrinos ocupan el tercer grado y los primos hermanos el cuarto grado, último de los relevantes a los fines del Art. 985.

*Hay que tener presente que las clasificaciones de parentesco según la legitimidad o ilegitimidad, o matrimonialidad o extramatrimonialidad han quedado definitivamente eliminadas al disponer el Art. 240 segundo párrafo del Código Civil (texto según la Ley 23.264) que la filiación matrimonial y extramatrimonial, así como la adoptiva plena, surten los mismos efectos conforme a las disposiciones de este Código.*

6.9. La graduación establecida rige también para los hermanos unilaterales (Arts. 360 y 361) que también se encuentran comprendidos en el ámbito del artículo 985 del Código Civil.

6.10. Por afinidad debe entenderse los lazos que unen a cada uno de los esposos con los parientes consanguíneos del otro<sup>34</sup>. Este parentesco deriva exclusivamente de las disposiciones legales y no de vínculos de sangre.

El cónyuge se convierte en vehículo necesario para caracterizar este parentesco, quien reviste calidad de pariente, por afinidad, de los parientes consanguíneos de su cónyuge, no provocando de modo alguno, que los parientes consanguíneos se conviertan en parientes por afinidad de los consanguíneos del mencionado cónyuge.

<sup>34</sup> Conf. BUERES-HIGHTON, op. cit., Tomo 1, pág. 1332, citando a Josserand. *Derecho Civil*, Tomo I, Vol. II, pág. 7.

El Art. 364 indica que el parentesco por afinidad, no induce parentesco alguno para los parientes consanguíneos de uno de los cónyuges en relación a los parientes consanguíneos del otro cónyuge.

Los grados en la afinidad se cuentan por el mismo número de grados en que cada uno de los cónyuges estuviese con sus parientes por consanguinidad (Art. 363).

Consecuentemente, el yerno o la nuera están recíprocamente en el mismo grado que el hijo o hija, respecto del padre o madre, sea en línea ascendente como descendente. En línea colateral, los cuñados o cuñadas entre sí están en el mismo grado que entre sí están los hermanos o hermanas (Art. 363).

Por ello, los primos hermanos del cónyuge del notario, que se encuentran en cuarto grado de consanguinidad con la cónyuge del notario están en cuarto grado de afinidad con el notario y les comprende por supuesto las prohibiciones del artículo 985 del Código Civil.

6.11. Cabe preguntarse si hay afinidad entre el hijo extramatrimonial de un cónyuge y el otro cónyuge. Concluimos que sí, sobre todo por cuanto hoy día se han eliminado todas las normas que discriminaban la filiación por su origen, especialmente el suprimido artículo 365.

6.12. *Parentesco por adopción.* La Ley 24.779 sobre adopción incorporó al Código Civil, el Título 4, estableciendo en el artículo 323 que la *adopción plena* confiere al adoptado una filiación que sustituye a la de origen. El adoptado deja de pertenecer a su familia biológica y se extingue el parentesco con los integrantes de ésta así como todos sus efectos jurídicos, con la sola excepción de que subsisten los impedimentos matrimoniales. El adoptado tiene en la familia del adoptante los mismos derechos y obligaciones del hijo biológico.

6.13. Los efectos que la adopción plena produce respecto al artículo 985 son los siguientes:

a) *El adoptado adquiere parentesco de consanguinidad con el adoptante y sus parientes consanguíneos.*

b) *Los parientes por afinidad del adoptante se convierten en parientes por afinidad del adoptado.*

c) *Los parientes biológicos del adoptado dejan de ser parientes por lo que, en lo sucesivo, respecto de ellos no quedan sujetos a las prohibiciones del Art. 985.*

6.14. *Adopción simple.* Según el artículo 329, la *adopción simple* confiere al adoptado la posición de hijo biológico, pero no crea vínculo de parentesco entre aquél y la familia biológica del adoptante, salvo para los casos expresamente determinados en este Código. Sin embargo, el último párrafo determina que los hijos adoptivos de un mismo adoptante serán considerados hermanos entre sí.

Por otra parte los derechos y deberes que resulten del vínculo biológico del adoptado no quedan extinguidos por la adopción, con excepción de la patria potestad (Art. 331).

6.15. Los vínculos que la adopción simple reconoce con los parientes del adoptante, se refieren a la posibilidad de que el adoptado y sus descendientes hereden por representación a los ascendientes de los adoptantes, pero no les adjudica el carácter de herederos forzosos (Art. 334).

6.16. Las consecuencias de la adopción simple con relación al Art. 985 son las siguientes:

a) *Rige plenamente el Art. 985 con relación al adoptante.*

b) *No rige el Art. 985 del Código Civil con relación a los demás parientes del adoptante.*

c) *Subsiste la aplicación del artículo 985 con relación a los parientes biológicos del adoptado.*

6.17. *Extinción del parentesco por afinidad.* El artículo 213 establece que el vínculo matrimonial se disuelve:

1. Por la muerte de uno de los esposos.

2. Por el matrimonio que contrajere el cónyuge del declarado ausente con presunción de fallecimiento.

3. Por sentencia de divorcio vincular.

Podemos afirmar, entonces, que *el parentesco por afinidad concluye en cualesquiera de los supuestos allí indicados y, en consecuencia, deja de ser aplicable el artículo 985 del Código Civil.* Sin embargo, la doctrina indica que la afinidad subsiste en cuanto genera el impedimento matrimonial en línea recta en todos los grados (Art. 166 inciso 4), la obligación alimentaria para el primer grado (Art. 368) y el consiguiente derecho de visita (Art. 376 bis)<sup>35</sup>.

Sin embargo, pensamos que estos efectos sobreexistentes, sólo se mantienen para los casos taxativamente mencionados, sin que ello impida considerar que, a los efectos del Art. 985 el parentesco ha concluido efectivamente, salvo la perseverancia de un interés personal del notario, que en todo caso y como siempre, impediría la instrumentación.

En cuanto a la anulación del matrimonio, al extinguir una apariencia de éste y retrotraer sus efectos al día de su celebración, también ocasiona la caducidad de la afinidad parental, no permitiendo la ultraactividad del Art. 985 (Art. 221 Código Civil)<sup>36</sup>.

6.18. *Concuñados:* Hemos establecido que el *concuñado*, es decir, *el cónyuge del cuñado o cuñada, no es pariente*, atento que los Arts. 363 y

<sup>35</sup> BUERES, HIGHTON, op. cit. Tomo 1, pág. 977.

<sup>36</sup> Idem, pág. 976.



364 del Código Civil establecen que el parentesco por afinidad se cuenta por el número de grados en que cada uno de los cónyuges estuviese con sus parientes por consanguinidad, y no induce parentesco alguno para los parientes consanguíneos de los cónyuges en relación a los parientes consanguíneos del otro cónyuge.

De tal modo, exegéticamente hablando, no corresponde aplicar la prohibición en relación con escrituras en que tenga interés quien fuere concuñado/a del escribano, salvo que el acto versare sobre bienes gananciales en los cuales el cónyuge del concuñado por ello mantuviere interés personal. Un caso similar en este sentido, fue resuelto mediante dictamen de la Comisión de Consultas del Colegio de Escribanos de la Capital Federal aprobado por el Consejo Directivo en sesión del 5 de julio de 1967<sup>37</sup>. Sin embargo, destacamos que, refiriéndose a los *bienes propios del "concuñado"* el dictaminante, luego de reconocer que siguiendo la estricta letra de la ley no cabrían objeciones, agrega que aunque no exista interés patrimonial en la cónyuge del concuñado, es innegable presumir igualmente interés desde el punto de vista afectivo y moral, razón por la cual, invocando que la imparcialidad debe presidir todos los actos del notario, concluye aconsejando no escriturar los bienes, aun de carácter propio, por impedirlo razones legales y éticas. Finalmente, ampliando la resolución, el dictamen señala que la abstención debe comprender, inclusive, cualquier clase de poderes y escrituras, aunque carezcan de interés patrimonial.

6.19. No estamos de acuerdo con estas últimas conclusiones. Si para el Código Civil el requirente del servicio notarial no se encuentra comprendido dentro de los vínculos parentales cuya intervención se encuentra vedada, el acto es válido y el notario no puede ser pasible de reproches éticos, salvo que, efectivamente, se pruebe la violación de sus deberes funcionales y la afectación concreta del principio de imparcialidad<sup>38</sup>.

6.20. No sería el mismo caso ni prohijaríamos igual conclusión, en el supuesto caso de que se enajene un *bien propio del concuñado, pero que resultare ser asiento de hogar conyugal con hijos menores o incapaces*, en cuyo caso, el cónyuge de este último (vinculado con el notario en segundo grado de la línea colateral), debería prestar el asentimiento requerido por el artículo 1277 segunda parte del Código Civil, y por ende quedaría evi-

<sup>37</sup> Dictamen del Esc. Héctor E. CLARAT. Revista del Notariado N° 694, pág. 749, año 1967.

<sup>38</sup> En la consulta dictaminada por el Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, publicada en REVISTA NOTARIAL N° 729, pág. 307 y aclarada en REVISTA NOTARIAL N° 734, pág. 39, se menciona que el término concuñado es utilizado en lenguaje vulgar señalando al cónyuge de un hermano o hermana con relación al cónyuge del hermano o hermana y, que en tal caso sólo regiría la incompatibilidad legal con relación a los bienes gananciales, o cuando el mismo tiene la administración de los bienes de la sociedad conyugal (hoy inaplicable de acuerdo al régimen del Art. 1276 del Código Civil).

denciado su potencial interés en la operación, haciendo aplicable el artículo 985 citado.

6.21. Distinta ha sido la conclusión a la que arribó la Comisión Central de Consultas del Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, al sostener que no hay impedimento alguno para que un escribano autorice una escritura de un bien inmueble de carácter propio en que es parte la cónyuge de un primo de su cónyuge<sup>39</sup>.

6.22. *Los padrastros y madrastras con relación a los entenados o entenadas (hijastros o hijastras)*. De acuerdo con el último párrafo del Art. 363 del Código Civil, si hubo un precedente matrimonio, el padrastro o madrastra en relación a los entenados o entenadas, están recíprocamente en el mismo grado en que el suegro o suegra en relación al yerno o nuera. En consecuencia, tal vínculo parental debe tenerse en cuenta a los efectos del Art. 985.

En igual sentido el Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires entendió que a los fines de la afinidad, ambos cónyuges son considerados como si fueran una sola persona, por lo que respecto de la madrastra de su esposa, el escribano se encuentra en el primer grado de parentesco por afinidad. Además en este caso concreto, la madrastra era tía carnal de su misma esposa, con lo cual también se involucraba el tercer grado de parentesco colateral por consanguinidad<sup>40</sup>.

6.23. *Interés resultante aunque no se participe como sujeto negocial*. El Colegio de Escribanos de la Capital Federal, correctamente, ha declarado que es nula la escritura pública en que se adquiere un inmueble para el hijo del escribano autorizante de la misma, aunque la aceptación del negocio se preste en otro protocolo notarial. En dicho caso se ha meritado que la ley veda la intervención del notario en todos los casos en que él mismo o sus parientes hasta el cuarto grado tengan intereses, aunque sean potenciales y no sean parte del acto en cuestión<sup>41</sup>.

6.24. *Parentesco con un agente fiduciario*. La incorporación definitiva del instituto del fideicomiso a nuestra legislación por la Ley 24.441 plantea la cuestión de saber si el pariente, quien sólo es agente fiduciario de bienes comprendidos en un fideicomiso, se encuentra interesado o no, personalmente, en los actos que ejerza sobre dicho patrimonio, a tenor del Art. 985 del Código Civil. Hay que tener presente que el Art. 14 de la citada ley, determina que los bienes fideicomitidos constituyen un patrimonio se-

<sup>39</sup> REVISTA NOTARIAL N° 733, pág. 1470, año 1960.

<sup>40</sup> Dictamen del Dr. Juan J. ROSSELLI, REVISTA NOTARIAL N° 707, pág. 932, año 1956.

<sup>41</sup> Dictamen de Sara FISZ de SCHAPIRA, Revista del Notariado N° 788, pág. 433.

parado del patrimonio del fiduciario y del fiduciante, quedando exentos de la acción singular o colectiva de los acreedores del fiduciario (Art. 15).

Sin perjuicio del hecho de que las normas indicadas crean una categoría patrimonial específica y diferenciada del patrimonio común de la persona del fiduciario, no cabe duda de que éste, *es igualmente, titular del dominio adquirido en estas condiciones (Art. 1° de la Ley 24.441) aunque configure un patrimonio separado del cual el propio fiduciario es único titular, y aunque esa propiedad esté sometida a condiciones de ejercicio y realización.* El propio Art. 11 califica que sobre los bienes fideicomitidos se constituye *una propiedad fiduciaria* del fiduciario. Si bien tales bienes no forman parte de la prenda común de los acreedores comunes del fiduciario, éste es el único titular de esos bienes y ejerce sobre los mismos el poder dispositivo (conforme el Art. 17).

Por otra parte, el ejercicio y administración de dicho patrimonio, atribuye al fiduciario responsabilidad objetiva de acuerdo al Art. 1113 del Código Civil (Art. 14), aunque se limite al valor de la cosa fideicomitada cuyo riesgo o vicio fuese causa del daño, si el fiduciario no pudo razonablemente haberse asegurado.

También hay que destacar que la figura del fideicomiso permite adquirir la propiedad fiduciaria de otros bienes con los frutos de los bienes fideicomitidos o con el producto de actos de disposición de los mismos (Art. 13), modificándose la composición del patrimonio a partir del ejercicio de la voluntad del fiduciario. Finalmente, el cargo no se presume gratuito, ya que el Art. 8° establece que la retribución es un derecho del fiduciario, salvo estipulación en contrario, indicando que si ésta no hubiera sido fijada en el contrato, podrá ser establecida por el juez en consideración a la índole de la encomienda y la importancia de los deberes a cumplir.

De todo lo expuesto se concluye que el fiduciario, como titular de la propiedad fiduciaria, ejerce una posición jurídica donde su interés personal se encuentra comprometido, sin perjuicio de los que también correspondan al fiduciante, beneficiario y fideicomisario de acuerdo con los términos del contrato oportunamente celebrado.

Esta conclusión es coincidente con el despacho del Colegio de Escribanos de la Capital Federal a una consulta, aprobada por el Consejo Directivo el 12 de junio de 1996<sup>42</sup>.

## **7. La especial consideración del cónyuge.**

7.1. El cónyuge no se encuentra mencionado en el artículo 985 del Código Civil, en tanto sí lo hace el artículo 3664 dentro del capítulo referi-

■ <sup>42</sup> Dictamen de la Esc. Elsa KIEJSZMAN, Revista del Notariado N° 845, pág. 389.

do al testamento por acto público, que dispone que la esposa, parientes y afines dentro del cuarto grado no podrán aprovecharse de lo que en él se disponga a su favor. Coincidimos en que el cónyuge en tanto tal, no es pariente del escribano, pero la doctrina de los comentaristas no duda en considerar que implícitamente, *se encuentra incluido dentro de las menciones personales que contiene el artículo en cuestión*. En esta misma línea de pensamiento, no debe suponerse que el Art. 3664, al referirse expresamente al cónyuge, preconstituye una diferenciación atento la naturaleza del acto al cual se refiere. Más bien, todo induce a pensar que el Código adolece de algunas imperfecciones técnicas, reiteradas en más de alguna disposición. Por otra parte, en cuanto a partir del matrimonio existe una comunidad de bienes afectados por la ganancialidad, parece lógico inferir que, en tales casos, el escribano tendrá además interés personal, lo cual subsume la prohibición<sup>43</sup>. No podemos olvidar, por otra parte, que a los efectos de establecer el parentesco por afinidad, el cónyuge está asimilado a la persona misma del otro, por lo cual resulta una perfecta identificación de afectos e intereses<sup>44</sup>. Por último, no puede dejar de considerarse que en realidad la función notarial entraña el ejercicio de una especie de judicatura (no contenciosa) cuyo ejercicio presupone haber transitado por labores asesoras, de consejo, en grado de imparcialidad y equidistancia frente a los intereses comprometidos.

7.2. Dentro de esta línea, el Consejo Directivo del Colegio de Escribanos de la Capital Federal aprobó un dictamen cuyas líneas generales establecieron que es norma que el escribano debe actuar sin dependencia alguna en su función y con las máximas garantías de imparcialidad<sup>45</sup>. Esta consulta fue generada por una escribana autorizada que sin concretar operación específica, preguntaba si podía intervenir indiscriminadamente en asuntos en que su esposo, abogado, tanto como letrado patrocinante o como apoderado de terceros, requiriera su intervención para preconstituir pruebas judiciales o cualquier otra instancia judicial o extrajudicial. En el particular, coincidimos con la respuesta del Colegio, sin que esta mención nos obligue a mantener igual criterio en el supuesto concreto del pariente interviniendo exclusivamente como mandatario de un tercero, lo cual trataremos en el punto específico.

## 8. Concubinato.

8.1. Sólo un caso particular reconocen los anales jurisprudenciales y es el fallado por la entonces Cámara Civil 2ª de la Ciudad de Eva Perón (La

<sup>43</sup> Conforme BELLUSCIO, *Código Civil*. Op. cit. comentario al Art. 985, pág. 512. BUERES-HIGHTON, *Código Civil*. Op. cit., pág. 29. SPOTA, A. G. Op. cit., pág. 223. PELOSI, C. *El documento notarial*, pág. 164.

<sup>44</sup> Conf. REVISTA NOTARIAL N° 801, año 1972, pág. 418, acápite III, punto 1.

<sup>45</sup> Dictamen del Dr. Augusto F. A. ROSSI. Revista del Notariado N° 687, pág. 539, año 1966.

Plata) Sala II con fecha 10 de marzo de 1953, confirmado por la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires el 3 de agosto de 1954<sup>46</sup>.

8.2. En ambos pronunciamientos se dio por probado que la concubina del escribano autorizante era la adquirente de un bien inmueble. Como resulta de ello el camarista Dr. MANUEL IBAÑEZ FROCHAM contundentemente afirma: *"No hay duda: la compradora es la concubina del escribano. Tal escritura es nula –de ningún valor– (Art. 985 Código Civil). El Colegio de Escribanos opinando sobre el caso, a pedido de parte, entiende que no es aplicable el Art. 985 del Código Civil, aunque desde el punto de vista ético, etcétera. Admito que la concubina no es ninguno de los parientes del escribano que menciona el Art. 985 del Código Civil. Pero afirmo que el escribano mismo es el interesado. Son de ningún valor los actos que autoriza el escribano en los que 'él o sus parientes tuvieren interés' (Art. 985 Código Civil). Muy brevemente fundaré este punto de vista. El concubinato configura una sociedad de hecho. A la muerte de uno de los concubinos, el otro recoge su parte de socio en la herencia. Lo consagra la jurisprudencia y la doctrina ... El interés del escribano es por lo tanto evidente (Art. 985 Código Civil)"*.

8.3. Sin perjuicio de estas consideraciones atinentes al punto que estudiamos, coadyuvan a la sentencia de la Cámara otras circunstancias, tales como la no presencia de los testigos y la falta de entrega del precio, convenciendo a los magistrados en dictar la nulidad impetrada.

8.4. En la tramitación del recurso ante la Corte, pueden observarse dos posturas:

a) La minoritaria expresada en el voto del Dr. EDUARDO SERVINI quien sostiene que no puede otorgarse al concubinato *per se* una trascendencia institucional, cuando sólo se han reconocido efectos o consecuencias jurídicas patrimoniales, si las hay. Cita al respecto alguna jurisprudencia que entiende que el concubinato, por larga que haya sido su duración, no hace presumir una sociedad civil entre los concubinos ni es asimilable en sus efectos a la sociedad conyugal. Reconoce que posteriormente se admitió la validez de liberalidades y contratos entre los concubinos, porque era evidente que no podían aplicarse las prohibiciones legales existentes entre esposos. Diversas teorías habían acudido para fundamentar alguna protección, el enriquecimiento sin causa, la sociedad de hecho, la de la culpa, la del daño moral, la del seguro, etc. Para este magistrado, en el caso, debía haberse aportado alguna prueba acerca de la comunidad de bienes o los intereses entre ellos, lo cual le hace concluir que el concubinato no siempre produce

<sup>46</sup> LL. Tomo 71, pág. 215 y LL. Tomo 76, pág. 640. En este trabajo ya nos hemos ocupado de este tema.

efectos jurídicos, mientras no se cumpla con la acreditación de extremos indicativos de la existencia de la sociedad de hecho o comunidad, lo cual, según su criterio, en el caso no se había comprobado.

b) El voto mayoritario, el cual genera las posteriores adhesiones, es expresado por el Dr. VICENTE BAGNASCO, quien centra su opinión en la circunstancia de que el Art. 985 tiene por finalidad garantizar la imparcialidad del escribano, y si bien su aplicación debe tener carácter restrictivo, hay que destacar que son nulas las escrituras en las que el oficial público esté personalmente interesado y, a juicio del opinante, resulta comprometido el interés del notario frente al goce promiscuo de los bienes que se da en el concubinato. Sin embargo, a fin de no sorprender a quien acuda a estos párrafos, resulta destacable ponderar que el magistrado agregara: *“Claro que por sí misma no justifica la nulidad declarada. Pero unida a otros elementos probados por el tribunal de los hechos, adquiere ya una jerarquía inusitada, al extremo que hace reconocer al camarista que vota en minoría por el mantenimiento de la validez, que los actos jurídicos impugnados se han cumplido en una atmósfera de dudas que por falta de prueba adecuada quedan sin desvanecer”*, sin perjuicio de lo cual el opinante sostiene la nulidad por entender suficiente la probanza arrojada a la causa.

8.5. Del pronunciamiento aludido, resaltamos las siguientes derivaciones. En el régimen legal argentino la concubina no es pariente de su compañero.

*1. El concubinato no supone por sí la existencia de una sociedad de hecho entre ambos partícipes, pero hace presumir el goce promiscuo de bienes, en cuyo caso más que incompatibilidad por parentesco, que no la hay, existiría incompatibilidad por interés personal del propio escribano autorizante del acto.*

*2. Dicho interés bien podría estar presente, inclusive en actos extrapatrimoniales otorgados por el concubino del autorizante, en donde podría presuponerse que la voluntad del otorgante no pudo expresarse espontánea, libre y sin condicionamientos.*

## **9. Intervención de parientes como apoderados.**

9.1. Podemos destacar que en comparación con las fuentes, el codificador argentino se apartó de las mismas, en la calificación del titular del interés para graduar la incompatibilidad declarada, *exigiendo que el interés fuere personal.*

9.2. La redacción impresa en el Art. 985 del Código Civil, lejos de complicar la interpretación, exhibe una dirección que debe respetarse. Hemos anticipado nuestra opinión personal, en el sentido de que *el propio escribano nunca puede comparecer en su propio Protocolo como otorgan-*

*te de un acto, sea por sí o como representante de terceros, mediante argumentaciones a las cuales nos remitimos. Reiteramos que la figura del oficial público nunca puede subsumir o comprender la de requirente, aunque sea ante otro actuante del registro.*

9.3. Esta tesis, en modo alguno puede interpretarse como obstáculo para admitir *la validez de las escrituras sin requirente instrumental o escrituras, como se las denomina, sin compareciente*. Defendemos esta posibilidad documental, al entender que el requirente existe, en tanto la rogación ha sido formulada en otro acto notarial. Es el caso de quien solicita notificar algún hecho o acto jurídico por acta, y luego el notario se encuentra habilitado a practicar tantas diligencias fueren necesarias para cumplir la rogación, sin necesidad de un nuevo requerimiento, o cuando el escribano confecciona, por sí mismo, actas de subsanación de errores de documentos matrices otorgados ante él, con el fin de rectificar datos equivocados o de completar circunstancias que resulten de títulos, certificados o planos. En todos estos casos, la rogación inicial del servicio notarial permite generar posteriores otorgamientos, cuya única finalidad es concluir eficazmente el requerimiento originario.

9.4. Una consulta del Colegio de Escribanos de la Capital Federal<sup>47</sup>, indica que la intervención del marido de la escribana en escrituras de compraventa, en el solo carácter de mandatario del vendedor, no está prohibida por el Art. 985 del Código Civil, aunque razones éticas aconsejan evitar situaciones que puedan hacer dudar de la imparcialidad de la autorizante.

9.5. *Por todo lo expuesto indicamos que, a nuestro juicio, si el pariente actúa como simple mandatario o representante de un tercero, no comprendido éste último en la graduación del Art. 985 y sin disponer de interés personal en el acto, no rige la prohibición legal.*

## **10. Poderes a favor de parientes.**

10.1. Nos preguntamos si está incurso en la sanción de nulidad del Art. 985, el acto mediante el cual se apodera o no al propio escribano o a un pariente dentro del cuarto grado. Para ello es preciso desfragmentar las disposiciones aplicables y aplicarlas mediante el uso de una sana lógica interpretativa.

10.2. Hay poder (mandato dice el Código) cuando se confiere a otra persona y ésta acepta, su representación, al efecto de ejecutar *en su nombre y de su cuenta* un acto jurídico, o una serie de actos de esta naturaleza (Art. 1869 del Código Civil). El poder civil puede ser gratuito u oneroso.

■ <sup>47</sup> Dictamen del 25 de agosto de 1964, publicado en Revista del Notariado, pág. 89, año 1965.

Presúmese que es gratuito, cuando no hubiere sido convenido que el mandatario reciba una retribución por su trabajo. Presúmese que es oneroso, cuando consista en atribuciones o funciones conferidas por la ley al mandatario, y cuando consista en los trabajos propios de la profesión lucrativa del mandatario, o de su modo de vivir (Art. 1871 Código Civil).

10.3. A su vez, el Código de Comercio dispone que el mandato comercial, por generales que sean sus términos, sólo puede tener por objeto actos de comercio (Art. 223). A este imperio le agregamos que los actos de los comerciantes se presumen siempre actos de comercio, salvo prueba en contrario (Art. 5º *in fine* del Código de Comercio) y que el Art. 8º de dicho Código califica como actos de comercio, en general, las empresas de mandatos comerciales (inc. 5).

10.4. De tal modo, en primer término un mandato comercial presume la existencia de un acto del cual podría resultar un lucro o ganancia para quien lo ejerce, en cuyo caso queda patente la existencia del interés (aunque fuere potencial) que determina la operatividad del artículo 985 del Código Civil.

10.5. Mayor complejidad ocasionan los poderes puramente civiles. Existen poderes que se otorgan sólo en interés del mandatario (apoderado) o de éste y un tercero o en razón de un interés legítimo de los contratantes, como es el caso de los poderes irrevocables previstos en el Art. 1977. En estos supuestos, tampoco puede dudarse, siendo aplicable el artículo 985 del Código Civil.

10.6. Un supuesto bastante frecuente, son los poderes otorgados a abogados parientes de los escribanos autorizantes. En autos "Ternavasio Octavio v. Ferreira Heraclio"<sup>48</sup> se dedujo impugnación, por falta de personería, mediando el conferimiento de un poder judicial ante un escribano, pariente de uno de los apoderados. En primera instancia fue rechazada la argumentación, al tratarse de un acto unilateral, esto es, un mandato conferido por los actores a favor del procurador comprendido en línea de parentesco, juntamente con otros, de lo que se deduce que aquél no puede estar personalmente interesado, ya que no es el otorgante al que se refiere el artículo 985. Sin embargo, en segunda instancia, mediante sentencia del 4 de mayo de 1936, la Cámara revoca esta resolución, señalando que si es posible separar el acto en que se otorga un poder, de la aceptación que presta el mandatario, las más de las veces fuera de él, de ello no se sigue que proceda una separación simétrica en lo que hace al motivo ético que inspira el artículo, que no es otro que evitar que el escribano pueda tener

■ <sup>48</sup> C.C. 1 Cap. JA. 54, pág. 376.



vinculaciones con quienes intervienen en sus escrituras, e indudablemente, si con tal interpretación se admitiera el distingo respecto de contratos que exigen el consentimiento de la otra parte, vendría a burlarse la mente del precepto, permitiéndose que los escribanos puedan ejercer sobre sus clientes una cierta presión en lo que se refiere a las personas que designaren para apoderarlos en sus pleitos, y con ello hasta fomentarse el caso de que alguno poco escrupuloso pueda hacer de su notaría una oficina con otros fines que aquellos que le impone y limita lo delicado de su cargo. De tal forma la Cámara concluye haciendo lugar a la excepción de falta de personería opuesta al apoderado, si el poder con que actúa ha sido autorizado por su padre como escribano, incurriendo en la causal de nulidad de la escritura prevista en el Art. 985 del Código Civil.

10.7. Este singular pronunciamiento está anotado por FERNANDO LEGON, quien mediante un enjundioso trabajo discrepa con lo resuelto, indicando que 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. Agrega que el interés puede ser directo o indirecto, destacando que sólo el primero es el relevante para el artículo 985. Es el que recae en la persona, como una necesaria correlación de causa a efecto. Es cuando la ley dice "personalmente interesados". Sólo la remuneración podría dar la pauta del interés del pariente y en tal caso, a juicio de este prestigioso autor, la idea de especulación se halla tan lejos, que simplemente evita el enriquecimiento sin causa del poderdante, restaurándose así el equilibrio jurídico. Dicha remuneración es una contraprestación normal, neutra, con un servicio controlado por el Estado mismo. A todo evento el escribano habría puesto en contacto dos intereses paralelos. Cita que en la legislación francesa, para que en los testamentos se decrete la nulidad de alguna disposición, se exige que haya una verdadera liberalidad. Es así que se ha sostenido que bien puede el notario encargar testamentariamente a un sacerdote, pariente suyo, rezar cierta cantidad de misas, en memoria del causante, retribuidas, por supuesto, de acuerdo con la tarifa (neutra) vigente. Ante la ausencia de perjuicio o aprovechamiento, la fe pública, a juicio del prestigioso comentarista, no sufre riesgo alguno.

10.8. Para la consulta evacuada por el Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires<sup>49</sup>, un poder judicial, conferido a un profesional pariente del notario dentro del grado establecido en el Art. 985, no cae bajo la sanción de dicho artículo, ya que no puede sospecharse el interés del profesional abogado, quien actúa de acuerdo con precisas normas legales y bajo la supervisión del juez, como tampoco podría sostenerse la carencia

<sup>49</sup> Dictamen de la Not. Silvia Rosa MARTINELLI, REVISTA NOTARIAL N° 899, pág. 913, año 1988, aprobado por el Not. Jorge J. DUMON, como Presidente de la Comisión Central de Consultas.

de validez de un acta de protocolización de subasta judicial, en la cual se haya pagado el precio, otorgada la posesión y aprobado el remate.

10.9. Sin embargo, según la doctrina sentada por el Departamento de Inspecciones del Colegio de Escribanos de la Capital Federal<sup>50</sup>, se ha llegado a sostener que a los efectos de salvaguardar la imparcialidad e independencia del notario, éste debe abstenerse de autorizar escrituras en las cuales sus parientes dentro del cuarto grado sean apoderados (Art. 985).

10.10. Tal cual lo venimos efectuando a lo largo de este trabajo, fundamentaremos nuestra opinión personal, sin dejar de advertir que la circunstancia de que existan pronunciamientos adversos, podría alentar impugnaciones del acto aludido que no es del caso omitir.

10.11. Las características particulares de la representación que se confiere y la circunstancia de que siempre estos poderes pueden ser revocados unilateralmente por quien los otorga, nos motivan a *considerar comprendidos en el ámbito del artículo 985 del Código Civil:*

*a) Los poderes civiles otorgados en interés del propio apoderado o en interés de éste juntamente con terceros u otros contratantes.*

*b) Los poderes o mandatos comerciales.*

*c) Los poderes o mandatos civiles que establezcan remuneración concreta o participación sobre el negocio o el resultado del mismo.*

Por el contrario, no estarían incluidos en la sanción del artículo 985 del Código Civil:

*a) Los poderes judiciales que no establezcan retribución especial en el caso, difiriendo la misma a la aplicación de las leyes arancelarias o a la regulación judicial.*

*b) Los poderes de cuyo texto resulte que se trata de un encargo no remunerado que se debe cumplir en interés exclusivo del otorgante.*

*c) Los poderes que se otorguen en escrituras, inclusive a favor del propio autorizante, o de parientes en grado incompatible, cuando sólo estén destinados a cumplimentar encargos o funciones derivados del acto instrumentado y que revistan el carácter de complementarios del mismo.*

## **11. Delimitación operativa del Art. 985 del Código Civil.**

### **Las sanciones simplemente éticas.**

11.1. El artículo 985 del Código Civil, como le corresponde a toda norma imperativa, configura un marco operativo al cual circunscribe su aplicabilidad. Mucho de ello ha sido anteriormente señalado. Las proficuas intervenciones de los colegios notariales a través de los dictámenes emitidos

■ <sup>50</sup> Revista del Notariado N° 754, pág. 973.

también constituyen una fuente de doctrina imprescindible a estos fines. Resta en consecuencia plasmar nuestra personal interpretación al respecto.

11.2. En términos generales opinamos que:

1) El artículo 985 del Código Civil contiene normas imperativas, prohibitivas de la intervención notarial sólo en aquellos casos expresamente indicados en la norma.

2) Estas normas deben ser interpretadas restrictivamente, por cuanto la regla implica declamar la amplia competencia funcional del notario, salvo exclusión expresa.

3) El valor "imparcialidad" fundamenta la prohibición dispuesta, pero es importante destacar que el artículo 985 presupone que, en el caso, ese valor está comprometido, implantando una presunción que no admite prueba en contra, aunque efectivamente la imparcialidad no se hubiese afectado.

4) La prohibición del artículo 985 del Código Civil es aplicable tanto a la actuación protocolar como a la extraprotocolar del notario, por cuanto, en general, refiere a los actos en que intervenga.

5) El Art. 985 se encuentra ubicado dentro del capítulo de instrumentos públicos, por lo cual es aplicable a todos los oficiales públicos que confeccionan instrumentos públicos. Sin embargo, fuera del ámbito notarial no se conocen casos de aplicación de esta norma.

6) A *contrario sensu* de lo que hemos indicado precedentemente, fuera de los casos expresamente nominados por el Art. 985, la ley no presupone comprometida la imparcialidad, razón por la cual cualquier afectación real de este valor debe ser debidamente acreditada con probanza suficiente.

7) Por este motivo, no nos parece jurídicamente atendible la genérica recomendación dirigida al notario de abstenerse, en aquellos casos excluidos del ámbito de aplicación del Art. 985 del Código Civil, frente a la presunción de parcialidad por la proximidad de un vínculo no computable en la norma que estudiamos.

8) De igual modo, constituye un evidente error, sostener que en aquellos casos donde la relación vincular del requirente con el notario está fuera de las indicaciones del Art. 985, la intervención del escribano constituye de por sí una falta de ética, por cuanto la comisión de hechos reñidos con la ética, como falta disciplinaria que constituye, sólo debe tenerse por acreditada mediante adecuada actividad probatoria, demostradora de la irregularidad cometida y de la afectación de la imparcialidad.

## **12. Albaceazgo.**

12.1. Albacea es el ejecutor testamentario nombrado por el testador e impuesto a sus sucesores, a fin de obtener una más segura, exacta y más

diligente ejecución del testamento<sup>51</sup>. Precisando la idea, GATTI conceptúa que el albacea es, esencialmente, la persona a quien el testador da el encargo de hacer ejecutar o ejecutar directamente, según los casos, sus últimas voluntades<sup>52</sup>.

Aunque en la nota puesta al pie del Art. 3844, VÉLEZ lo define como un mandatario del testador, existen indudables diferencias entre el albaceazgo y el mandato, el cual concluye con la muerte de quien lo otorgó (conf. Art. 1980). Más bien, la doctrina tiende a configurarlo como una figura autónoma<sup>53</sup>, aunque el Art. 1870 inciso 7 aplique las disposiciones del Título a las representaciones por albaceas testamentarios o dativos.

A todo evento podría indicarse que el albacea sería representante, no del testador, el cual no existe, sino tan sólo de voluntad<sup>54</sup>.

12.2. El artículo 3848 del Código Civil autoriza expresamente al testador a nominar ejecutor testamentario al propio escribano, por lo cual ésta constituye una excepción a la regla general impuesta que impide al escribano aprovecharse de disposiciones testamentarias. Por lo tanto, esta nominación en nada afecta la validez general del acto y de la disposición contenida.

12.3. Finalmente, cabría plantearse la situación que aconteciera si el albacea ejecutase los actos encomendados por el testador, cumpliendo sus mandas ante un escribano pariente suyo, en grado incompatible de acuerdo al Art. 985 del Código Civil. En principio, para ser coherente con todo nuestro pensamiento, partiendo de la ineludible premisa de que el albacea o ejecutor testamentario no dispone su propia voluntad sino la del testador, y que su tarea se halla vigilada por los herederos o por el juez competente (ver Art. 3856) interpretamos que en el caso no se estaría comprometiendo el artículo 985 y en consecuencia el acto sería válido.

### 13. Actas de depósito notarial.

13.1. GIRALT FONT<sup>55</sup> ha planteado, a propósito de su incorporación como miembro de la Academia Nacional del Notariado, que cuando un notario es requerido para constituirse en depositario, tal requerimiento no puede ser instrumentado ante él mismo, porque de lo contrario estaría incurso en la disposición del Art. 985 del Código Civil.

13.2. Reconoce expresamente, y le asiste plena razón por ello, que el notario por las especiales características de su actividad y como consecuen-

<sup>51</sup> FASSI, S. *Tratado de los Testamentos*. Tomo II, pág. 226.

<sup>52</sup> GATTI, *Albaceas* Nº 5, pág. 18.

<sup>53</sup> La jurisprudencia llegó a decir que se trata de un mandato *sui generis* (C. Civil 2 de Capital 8-9-26 GF T. 66 b, pág. 136. C.C. 2 Cap. 27-4-42 LL. 26, pág. 504).

<sup>54</sup> FASSI, S. Op. cit., pág. 229.

<sup>55</sup> GIRALT FONT, Jaime. *Las actas de depósito y el Art. 985 Código Civil*. Revista del Notariado, pág. 703.

cia natural de su investidura, es para el común de la gente una persona de confianza. Es por ello que no debe extrañar, que se recurra a él para constituirlo en depositario de dinero, títulos, documentos y demás bienes o efectos. Hay circunstancias en que el propio escribano tiene el deber legal de actuar como depositario, como es el caso del artículo 3666 del Código Civil (testamento cerrado), pero fuera de ello todos los demás requerimientos dirigidos a ese fin se insertan en la órbita del depósito voluntario. Para este autor, la problemática se plantea cuanto se pretende que el escribano asuma el rol de depositario a través de un acta autorizada por él mismo. En tal caso, a su criterio, el acto sería nulo por imperio de lo dispuesto por el artículo 985 del Código Civil.

13.3. Reposa su opinión en:

a) Que nunca las leyes de menor rango legislativo pueden constitucionalmente abrogar leyes de rango superior, en consecuencia, si una ley orgánica notarial de orden local, autoriza la actuación como depositario del escribano, ello no puede significar la derogación en el caso del Art. 985.

b) Que si bien en España la Ley Orgánica del Notariado permite al notario extender el propio acta de depósito, ello ocurre precisamente, porque la misma legislación que crea la prohibición permite la excepción.

13.4. No acordamos con tan autorizada opinión, ni tampoco con las fuentes españolas que, aun admitiendo la intervención del propio notario le niegan establecer su remuneración.

No debemos olvidar, ni mucho menos subalternizar la cuestión, pero en realidad, el requerimiento concreto de un depósito notarial, es consecuencia directa de la investidura del notario y de su propia y personal actividad. Por lo tanto, cuando un escribano configura el depósito, más que la celebración de un contrato bilateral donde éste se encuentre personalmente interesado, está ejecutando una actuación funcional propia que absorbe la figura contractual que le sirve de referencia legal.

13.5. Pretender que la actuación constituye una simple contratación bilateral, y que por ello su documentación debería efectuarse ante otro escribano o acreditarse con un simple recibo, porque de lo contrario, el acto estaría viciado de nulidad, reduciría la cuestión de modo tal que esta función solamente quedaría regulada por las normas contractuales del Derecho común, lo cual es inconducente.

13.6. En principio, hay que destacar que este contrato de depósito, nunca podría ser comercial, por cuanto al notario le está vedado expresamente el ejercicio del comercio (Art. 17 inciso c) de la Ley 404 de la Ciudad de Buenos Aires y disposiciones similares en las demás legislaciones locales), con lo cual quedan de pleno derecho excluidas las disposiciones que sobre depósito contiene el Código de Comercio.

13.7. En la celebración de un contrato de depósito civil (Arts. 2182 y ss. del Código Civil) la relación sinalagmática que se concreta, difiere de la relación funcional que el requirente contrae con el notario. En todo caso, es admisible aplicar la normativa civil supletoriamente, en tanto la documentación obtenida fuere insuficiente para bastarse a sí misma. Quien requiere los servicios del notario acude a éste por investidura, calidad y función que desempeña, no sólo social sino jurídicamente y también por la existencia de deberes (mencionados en la legislación notarial) que superan largamente las obligaciones del depositario contractual y sobre las cuales puede demandarse, además, responsabilidad disciplinaria.

13.8. El notario, por otra parte, no puede ejercer ningún otro empleo, cargo judicial, función militar o eclesiástica y toda otra actividad, pública o privada, que pudiere afectar la imparcialidad del escribano o la adecuada atención de sus tareas (Art. 17 inciso a) de la Ley 404), por lo cual a *con- trario sensu*, le estaría prohibida la celebración de contratos “profesionales” que no signifiquen el ejercicio de su función notarial y se encuentren retribuidos arancelariamente, lo cual deberá acordar y prestar en su propio ámbito. Imaginemos que al único notario de una localidad se le encomiende un depósito notarial y éste deba trasladarse con sus requirentes a otra localidad para documentar el servicio.

13.8. Consecuentemente, si el escribano está habilitado por su investidura para constituirse en depositario de efectos o valores, ello puede ser realizado como resultado de un expreso requerimiento y como parte de su actividad funcional. Como toda su actividad funcional debe ser controlada por los órganos disciplinarios de su distrito, mal podemos aconsejar que la documentación de su prestación sea instrumentada fuera de su propio ámbito.

13.9. Este depósito, al cual podemos denominar “depósito funcional” deberá acreditarse documentalmente mediante acta, por cuanto éste es el medio instituido por la ley para comprobar la entrega de documentos, efectos, dinero u otras cosas (Art. 87 de la Ley Orgánica del Notariado de la Ciudad de Buenos Aires 404). Una interpretación contraria nulificaría, inclusive, el propio acta de comprobación, en la que se encomienda al notario constituirse en determinado domicilio, y notificar al requerido que tiene a su disposición cualquier efecto o suma de dinero que le corresponda como retribución, pago o cualquier otro concepto, depositado a tal fin en la sede notarial. También estarían prohibidas las consecuencias resultantes de un acta de protesto, donde tras practicar la intimación de pago, el deudor abona el importe requerido, procediendo a reintegrar el pagaré o letra de cambio, recibir el dinero, dejar constancia documental de ello y mantener el dinero en depósito para su ulterior entrega al acreedor requirente.

13.10. De hecho, muchas de las escrituras que los notarios labran en sus protocolos contienen documentaciones de depósitos circunstanciales de dinero para abonar impuestos, hipotecas preexistentes, etc.

13.11. En todas estas actuaciones funcionales, el interés personal del notario no resulta ponderable, por cuanto las mismas se labran en interés exclusivo del requirente. El único interés del notario consiste en su retribución, mediante el correspondiente arancel, pero tal retribución está presente en toda la actividad notarial (escritura, acta o actuación en que éste intervenga) y a nadie se le ocurriría pensar que son nulas las escrituras autorizadas por el notario por cuanto el mismo estaba interesado personalmente en su retribución arancelaria.

13.12. Sólo hay interés afectable por parte del notario en el depósito, cuando él personalmente entregue un valor o un efecto de su propiedad o reciba valores, dinero o efectos en su propio interés, como sucedería por ejemplo si el escribano acepta los valores en garantía de una deuda personal, en cuyo caso el interés del artículo 985 resulta patente.

13.13. Mas aún, en nuestra tesitura la documentación de la actuación funcional del escribano ante otro escribano o registro, provoca una grave anomalía que, de ser así, habría que desterrar.

13.14. Ahora bien, dejamos bien aclarado, que todo lo sostenido en estos párrafos, jamás podría ser interpretado como legitimante de actuaciones del escribano, documentando la recepción de dinero para efectuar colocaciones financieras. Muy por el contrario, este accionar constituye el ejercicio de negociaciones incompatibles con la propia actividad notarial, y por ello el vicio no está en la instrumentación sino en el ejercicio de tal actividad.

#### **14. Intervenciones societarias. Personas Jurídicas.**

14.1. Tras declarar que son de ningún valor los actos en que el escribano o sus parientes dentro del cuarto grado *“fuesen personalmente interesados”*, el artículo 985 agrega que *“si los interesados lo fueren sólo por tener parte en sociedades anónimas, o ser gerentes o directores de ellas, el acto será válido”*.

Ya hemos citado anteriormente, que la fuente expresa del codificador, BONNIER, agregaba que un notario *podrá, sin embargo, otorgar documentos para una sociedad comercial en la que él posea acciones*<sup>56</sup>.

La doctrina civil es conteste con la salvedad puesta a tal artículo derivada de la propia personalidad jurídica de la sociedad anónima. SALVAT<sup>57</sup> razona que esta excepción encuentra su fundamento en el régimen especial de

<sup>56</sup> BONNIER citado por SPOTA, A. G. *Tratado de Derecho Civil*, op. cit., pág. 217.

<sup>57</sup> SALVAT-LOPEZ OLACIREGUI. *Tratado de Derecho Civil*. Tomo II, pág. 349, núm. 1931.

las sociedades anónimas, las cuales, por tener carácter de personas jurídicas, están dotadas de una personalidad propia, independiente y distinta de la persona de los socios y de la de los gerentes, directores o administradores.

BORDA<sup>58</sup> por su parte reconoce que la excepción es válida en tanto son entidades que constituyen una persona distinta de sus socios, por lo que no contemplar esa situación hubiera sido extremar el rigor legal. Sin embargo, agrega que aunque la ley se refiere sólo a sociedades anónimas, idéntica solución ha de aplicarse al supuesto de toda otra persona jurídica. LLAMBIAS<sup>59</sup> destaca que en estos casos el interés no es directo, sino indirecto, a través de entidades que constituyen una persona distinta de la de sus socios, por lo que hubiera sido excesivo mantener la incapacidad.

14.2. Estas referencias pueden ayudarnos a superar una interpretación exclusivamente gramatical del precepto, que sólo comprendería en la excepción a las sociedades anónimas, cuando hoy día parecería más adecuado extender la misma a la calidad de personas jurídicas<sup>60</sup>.

14.3. De la literalidad de la norma, primera aprehensión que como intérpretes debemos efectuar de ella, extraemos dos conclusiones:

1) Que la invalidez del acto se provoca sólo cuando el escribano (por ende su cónyuge) y los parientes dentro del cuarto grado, estén personalmente interesados (interés directo como la doctrina lo ha exigido).

2) Que cuando el escribano (su cónyuge) o los parientes integran como accionistas una sociedad anónima, o son directores o gerentes de ella, si bien es posible percibir un interés, *éste es indirecto o más difuso*, en tanto el mismo se limita a mantener una participación accionaria dentro del elenco societario, no siendo contundente y directo con el acto instrumentado, como lo exige la norma comentada.

14.4. Las reflexiones apuntadas también nos permiten razonar, que la exclusión de la invalidez en el supuesto de la participación en sociedades anónimas, resulta a nuestro juicio cubierta desde el inicio del articulado cuando se exige, para privar de valor a los actos, la existencia de un "*personal interés*", el cual nunca puede estar presente, sobre actos que versan sobre el patrimonio y la voluntad de la sociedad anónima. De todos modos el codificador introduce la pauta y la salvedad, en aras de una mejor comprensión del texto y de excluir situaciones no acordes con la naturaleza de la prohibición, que en todo caso debe ser estrictamente aplicada. El codifi-

<sup>58</sup> BORDA, G. *Derecho Civil. Parte General*, II, pág. 198.

<sup>59</sup> LLAMBIAS, Jorge Joaquín. *Tratado de Derecho Civil, Parte General*, Tomo II, pág. 432.

<sup>60</sup> Conf. BUERES-HIGHTON. *Código Civil. Comentario al Art. 985*, pág. 31. SALVAT, anotado por LOPEZ OLACIREGUI en op. antes citada acepta la posibilidad de extender la excepción a otras personas jurídicas.



gador advirtió que como las sociedades comerciales se constituyen con la finalidad de obtener ganancias para oportunamente ser distribuidas, existía un interés en los negocios de ésta, aunque no fuere directo. Dado que las sociedades anónimas poseen una personalidad distinta de la de los miembros que la integran, plasmó la excepción en forma expresa. La inclusión, por otra parte, de la calidad de directores también en la excepción, es a nuestro juicio destacable y no fue debidamente advertida por la doctrina. VÉLEZ SANSFIELD quiso ser absolutamente claro en el sentido de que aunque el accionista además fuere director (integrante del órgano que administra la sociedad o gerente) también el acto sería válido, sobre todo teniendo en cuenta que en la época en que se dictó el Código Civil, para ser director de la sociedad anónima era requisito ser accionista de la sociedad (ver Art. 336 del Código de Comercio, hoy derogado por la Ley 19.550).

14.5. La simple lectura del artículo, *permite concluir que no rige la invalidez consagrada en el artículo 985 del Código Civil cuando el escribano (su cónyuge) y los parientes dentro del cuarto grado, fueren accionistas, directores o gerentes de sociedades anónimas y, según nuestro criterio, si fueran miembros de los órganos de fiscalización, dado que su rol es más difuso aún que el de los administradores sociales.*

14.6. Sin embargo, no queremos cerrar con estos párrafos el tópico, por cuanto entendemos que la cuestión, lejos de agotarse, adquiere en estos tiempos una inusitada importancia, sobre todo por cuanto la mayoría de los emprendimientos tienen como protagonistas a personas colectivas, entidades sin fines de lucro y demás modalidades asociativas no mencionadas directamente por el Art. 985 que comentamos. Por tal motivo, la interpretación nunca puede reducirse a la gramaticalidad, severamente discutida, y es factible incluir situaciones donde los principios finalistas de la norma no se hallen vulnerados<sup>61</sup>.

14.7. Bien se ha sostenido<sup>62</sup> que todos los métodos interpretativos por igual, deben ser admitidos sin discriminar, ya que son coadyuvantes para encontrar el sentido de la norma, culminando la tarea hermenéutica con un juicio de valor que determina cuál es la conclusión que mejor realiza el valor que informa al intérprete. Las modernas escuelas que han agilizado y asegurado vitalidad a códigos centenarios, admiten elementos no previstos

<sup>61</sup> Días pasados un artículo publicado en el Diario La Nación me hizo recordar lo obsoleto de insistir en las interpretaciones literales. Contaba el columnista, a propósito del tenor gramatical, que el aula magna de la Universidad de Cambridge exhibía un cartel que prohibía ingresar al recinto con perros. Pues bien, aplicando la literalidad de la prohibición Lord Byron intentó ingresar al mismo con un oso.

<sup>62</sup> MARTINEZ RUIZ R. *La reforma del Código Civil y la Seguridad Jurídica*. Revista del Notariado N° 702, pág. 1392. Ver también *El Art. 985 del Código Civil. Análisis de su sanción*. Marcelo W. MIRANDA, Gaceta del Notariado 57, Santa Fe, mayo/agosto 1972.

en la ley escrita, pero contenidos en ellas como presupuestos implícitos o susceptibles de incorporarse en el proceso de interpretación para lograr el buen resultado.

14.8. *Influencia de la reforma de la Ley 17.711 en materia de personas jurídicas.* En lo que atañe el texto originario del Art. 33 del Código Civil decía: “Las personas jurídicas sobre las cuales este Código legisla, son las que, de una existencia necesaria, o de una existencia posible, son creadas con un objeto conveniente al pueblo, y son las siguientes: ... 5º) Los establecimientos de utilidad pública, religiosos o piadosos, científicos o literarios, las corporaciones, comunidades religiosas, colegios, universidades, sociedades anónimas, bancos, compañías de seguros, y cualesquiera otras asociaciones que tengan por principal objeto el bien común, con tal que posean patrimonio propio y sean capaces, por sus estatutos, de adquirir bienes y no subsistan de asignaciones del Estado”. Esta caracterización y clasificación de las personas jurídicas venía precedida por el todavía vigente Art. 32 que dispone que todos los entes susceptibles de adquirir derechos o contraer obligaciones, que no son personas de existencia visible, son personas de existencia ideal o personas jurídicas.

14.9. Si bien la doctrina destacaba la inutilidad del precepto y el poco rigorismo técnico de utilizar una fórmula por eliminación<sup>63</sup>, la inclusión de la conjunción “o” en el artículo antes mencionado (*personas de existencia ideal o personas jurídicas*) dio lugar al conocido debate sobre si existían dos entidades diferenciadas o categorías de entes colectivos, o solamente se trataba del empleo de sinónimos.

SALVAT<sup>64</sup> asignaba a tales términos una perfecta equivalencia, tesis que le permite opinar que las sociedades civiles y comerciales son casos de personalidad limitada, sólo habilitadas a ejercer su capacidad en el campo de sus negocios, no pudiendo adquirir bienes a título gratuito ni a poseer derechos de familia.

Sin embargo, la doctrina civil fuertemente predominante distinguió las calidades de *personas jurídicas* y la de *personas de existencia ideal* que sin llegar a constituir sinónimos, se entendían vinculadas entre sí por una relación de género a especie. De tal forma, las personas jurídicas enumeradas en los Arts. 33 y 34 originarios del Código Civil, no eran sino una especie del género personas de existencia ideal, género que comprende a las sociedades civiles y comerciales que no eran personas jurídicas y cuya personalidad no cabe poner en tela de juicio<sup>65</sup>.

<sup>63</sup> COLMO. *Técnica legislativa del Código Civil Argentino*, Bs. As., 1917, pág. 203 y 204 citado por MORELLO-BOUZAT. *Examen y crítica de la reforma del Código Civil*, Tomo 1. Parte General, pág. 129.

<sup>64</sup> SALVAT, R. *Tratado de Derecho Civil*. Parte General N° 1175.

<sup>65</sup> *Examen y crítica de la Reforma del Código Civil*, Tomo 1. Parte General. Augusto MORELLO y otros. BOUZAT, Luis F. *Régimen de las Personas Jurídicas*, pág. 131.

Esta postura no sólo se apoyaba en la citada conjunción “o”, y en la fuente de FREITAS, sino también en las distintas disposiciones donde el ordenamiento reconoce la diferenciación de entidades distintas de las personas que las componen, con patrimonio propio (ver disposiciones de la sociedad civil y las que eran pertinentes del Código de Comercio).

Para esta doctrina, las personas jurídicas requerían de la autorización estatal para funcionar. También ella era exigible para la sociedad anónima, atento que el artículo 318 del Código de Comercio (hoy derogado por la Ley 19.550) entre las condiciones de constitución definitiva, requería que la sociedad hubiera sido autorizada por el Poder Ejecutivo, quien acordaría la autorización, siempre que la fundación, organización y estatutos de la sociedad sean conformes a las disposiciones del Código, y su objeto no sea contrario al interés público.

No cabe duda de que los grupos que constituyen el sustrato de la personalidad colectiva, carecen de conducta propia, de lo que puede deducirse que la personalidad colectiva no tiene conducta genética propia. Lo que se atribuye como conducta de la personalidad colectiva no es sino producto de hechos o actos de hombres individuales, expresados individual o colectivamente mediante el sistema de suma de expresiones individuales, que constituyen precisamente el organicismo. En este punto sí, es de indudable importancia el razonamiento de KELSEN, quien estableció que en materia de personalidad colectiva la cuestión se reduce a un problema de imputación. En la actuación grupal reconocida por el Derecho existen dos fenómenos: uno de ellos es la “unificación” o sea que un grupo de personas es reconocido jurídicamente como una unidad, y el otro es la “imputación diferenciada”, o sea que los efectos de la expresión de voluntad que realice determinada persona física, no tienen por virtualidad obligar a quien la expresa, sino que tales efectos recaen sobre la colectividad a la cual ella representa.

Esta referencia histórica es de indudable utilidad a los efectos de entender el contexto dentro del cual VÉLEZ SANSFIELD estructuró la norma del artículo 985 del Código Civil. De todas las sociedades civiles y comerciales que la legislación civil y el Código de Comercio regulaban, la única que cumplía con los requisitos genuinos de la personalidad jurídica (objeto no contrario al interés público y autorización estatal para funcionar) era la sociedad anónima, por lo que sin mayor esfuerzo se comprende su inclusión entre las excepciones mencionadas en dicha norma.

14.10. La reforma del Código Civil por medio de la Ley 17.711 afecta sobremanera el régimen de las personas jurídicas, al punto que queda abolida la distinción de personas de existencia necesaria y de existencia posible, la cual queda sustituida por la de personas jurídicas de carácter públi-

co y de carácter privado, lo cual permite comprender en la clasificación la situación, por ejemplo, de las entidades autárquicas creadas por ley, que sin llegar a ser de existencia necesaria indudablemente son de carácter público.

Por supuesto queda eliminada la distinción elaborada por los comentaristas entre personas de existencia ideal y personas jurídicas, en cuyo caso a partir de la reforma *todas las personas colectivas de carácter privado tienen calidad de personas jurídicas*. También se elimina la enunciación de corporaciones y establecimientos que efectuaba el artículo originario.

14.11. Es así que la acepción "*persona jurídica*" no debe ser un término reservado a un género dentro de las personas colectivas, sino que pasa a constituir la categoría genérica y exclusiva, omnicomprensiva, primeramente, de todas las entidades de bien común, que ostenten aptitud para adquirir derechos y contraer obligaciones, posean patrimonio propio e independiente del de los miembros individuales que los componen, y no subsistan exclusivamente de asignaciones del Estado para funcionar y, seguidamente, de las sociedades civiles y comerciales y las entidades que tengan capacidad para adquirir derechos y contraer obligaciones, aunque no requieran autorización expresa del Estado para funcionar. Quedan incluidos en esta disposición todos los entes que no necesitan de un acto integrativo de autorización estatal.

Es precisamente el reconocimiento de la aptitud de adquirir derechos y contraer obligaciones, lo que autoriza a atribuir personalidad a esta entidad (centro común de imputación).

14.12. En la actual estructura legislativa del Código Civil, la *personalidad jurídica* se adquiere tanto por autorización estatal como mediante el reconocimiento genérico previsto. De allí que bien podemos advertir que existen normas como la de los Arts. 45 al 50, que son solamente aplicables para las personas jurídicas del inciso 1 del Art. 33 y que requieren autorización gubernativa, mientras que las de los Arts. 35 a 44 resultan ser normas genéricas para todos los casos.

Ello no concluye así, ya que las asociaciones simples indicadas en el Art. 46, son consideradas como simples asociaciones civiles o religiosas, según el fin de su instituto. Son sujetos de derecho y en consecuencia también son personas jurídicas, en tanto personas jurídicas y sujeto de derecho es lo mismo. Si la constitución y designación de autoridades se acredita por escritura pública o instrumento privado de autenticidad certificada por escribano público, sus fundadores y administradores no asumen responsabilidad solidaria por los actos de ésta. Caso contrario, sí lo hacen. Supletoriamente, son regidas por las normas de la sociedad civil. Esta remisión legal lleva a BOUZAT<sup>66</sup> a considerar que, también, las últimas son personas jurídi-

■ <sup>66</sup> MORELLO-BOUZAT. Op. cit.

cas en cuanto gozan de la capacidad para adquirir derechos y contraer obligaciones, sin perjuicio de la responsabilidad solidaria de sus miembros y administradores.

14.13. Teniendo presente la evolución legislativa operada a partir de la reforma introducida por la Ley 17.711, es posible indicar que ella se aplica sobre la totalidad del cuerpo codificado, inclusive sobre aquellas normas que no fueron reformadas. Interpretar lo contrario implicaría desvirtuar el efecto de introducir una reforma parcial dentro del Código. La incorporación de las normas actuales influye y afecta necesariamente al resto del contenido normativo, y el intérprete no puede prescindir de este efecto ya que supondría ignorar la existencia e incorporación de la reforma al Código Civil.

Esta aseveración nos ayudará a actualizar la única excepción societaria del Art. 985 del Código Civil, sobre la base de una hermenéutica razonable integrando situaciones devenidas a partir de la incorporación de nuevas modalidades asociativas, inexistentes al tiempo de la sanción del Código Civil.

De todos modos, pensamos que tanto el texto propiamente dicho del artículo 985 como las situaciones provocadas por la evolución de las instituciones autorizan actualizar el campo de aplicación de la prohibición nomada.

14.14. *Asociaciones civiles, fundaciones, entidades mutuales.* Todas estas entidades son personas jurídicas comprendidas en el inciso 1 del Art. 33. También tenían calidad de personas jurídicas, antes de la reforma de la Ley 17.711, ya que para funcionar debían disponer de la autorización estatal.

A nuestro juicio, estas entidades no fueron expresamente mencionadas en la excepción introducida por el codificador dentro del texto del Art. 985, *por cuanto no era necesario, ya que jamás podía presuponerse que ser miembros de las mismas, o desempeñar un cargo en sus órganos implicaba disponer un interés personal en sus actos.* Estas entidades tienen una finalidad de bien común, poseen patrimonio propio pero no distribuyen dividendos o ganancias entre sus miembros. En las fundaciones ni siquiera existen miembros, sólo hay fundadores e integrantes de los órganos de administración y, eventualmente, de fiscalización.

El artículo 50 del Código Civil dispone que disuelta o acabada una asociación con el carácter de persona jurídica, los bienes y acciones que a ella pertenecían, tendrán el destino previsto en sus estatutos; y si nada se hubiese dispuesto en ellos, los bienes y acciones serán considerados como vacantes y aplicados a los objetos que disponga el Cuerpo Legislativo, salvo todo perjuicio a tercero y a los miembros existentes de la corporación, y es suficientemente imperativo para impedir que el patrimonio remanente de estas entidades pueda distribuirse entre los miembros de la misma.

En forma coincidente, la contemporánea Ley 19.836 de Fundaciones establece en el Art. 30 que, en caso de disolución, el remanente de los bienes deberá destinarse a una entidad de carácter público o a una persona jurídica de carácter privado de bien común, sin fines de lucro y domiciliada en la República.

Por supuesto, al codificador, estos principios propios de las entidades de bien común no le pasaron inadvertidos. Muy por el contrario, introdujo la excepción de la sociedad anónima, porque como persona jurídica propia del Derecho mercantil, distribuía dividendos a sus accionistas y en consecuencia éstos disponían de algún interés en los actos que la misma realizara, pero como el interés no era directo, sino indirecto, consideró al igual que sus fuentes, que bien valía la pena introducir la expresa salvedad.

De tal forma, *la omisión de mencionar a las entidades de bien público (asociaciones, fundaciones y demás) resulta indiferente a los efectos del artículo 985 del Código Civil*, ya que el escribano o sus parientes dentro del cuarto grado, aunque fueren miembros o integrantes de sus órganos, *nunca dispondrían de interés personal directo frente a sus actos*.

En conclusión, *la circunstancia de que el escribano (el cónyuge) o sus parientes dentro del cuarto grado sean miembros o integrantes de los órganos de una asociación civil, fundación o entidad mutual, no determinan que al respecto sea aplicable el artículo 985 del Código Civil y, en consecuencia, los actos de estas entidades que se instrumentaran ante dicho escribano son válidos*.

Sobre este particular, la doctrina de los colegios notariales se ha orientado hacia la misma conclusión<sup>67</sup>.

Cabría analizar un último tema sobre este particular, y es el que puede provocar la actuación de una asociación simple de las indicadas en el artículo 46 del Código Civil. En este caso, si su constitución y designación de administradores estuviere efectuada por escritura pública o instrumento privado con certificación de firmas, sus fundadores y administradores no asumen responsabilidad solidaria, *por lo cual su interés personal no se encuentra comprometido y, en consecuencia, a nuestro juicio tampoco les cabe la aplicación del Art. 985 del Código Civil*.

14.15. *Cooperativas*. En la actualidad las cooperativas están reguladas por la Ley 20.337 y han quedado escindidas del cuerpo orgánico de la Ley

<sup>67</sup> En Revista del Notariado N° 785, pág. 1403 puede leerse la siguiente doctrina: "La norma del Art. 985 del Código Civil, que sanciona con nulidad el acto jurídico celebrado por un escribano cuando él o sus parientes dentro del cuarto grado estuvieren personalmente interesados, se aplica cuando la voluntad de ellos interviene en la formación del negocio. El interés personal no está involucrado cuando fuere el de una persona jurídica que los mismos integraran. No es observable la escritura de compraventa autorizada por el escribano cuyo padre es socio vitalicio de la asociación civil sin fines de lucro, compradora".

de Sociedades eludiendo, de tal modo, la polémica sobre la calidad societaria o asociativa de la misma, como también su condición civil o comercial. Por todo ello su legislación específica la menciona como “cooperativa” en forma neutra<sup>68</sup>.

Tiene como características notables las siguientes:

a) No tiene límite estatutario al número de socios (Art. 8º incisos 2 y 3; Art. 17 inciso 2).

b) Tiene capital variable (Art. 2º inciso 1).

c) Cada socio tiene un voto, independientemente del capital que haya suscrito (Art. 8º incisos 5 y 11).

d) La distribución de excedentes es en proporción al uso, no habiendo reparto de utilidades sino retorno del mayor valor del servicio (Art. 2º, inciso 6, 42).

e) El reembolso de las cuotas sociales se hace al valor nominal, en caso de liquidación (Art. 94 párrafo 3).

f) Se adjudica el sobrante patrimonial, al organismo nacional o provincial de control, según el caso (Arts. 95 y 101).

g) Tienen como órgano de administración un Consejo de Administración, elegido por la Asamblea en forma periódica, no pudiendo exceder la duración del cargo de consejero de tres años (Art. 63).

h) El artículo 118 de la Ley 20.337 dispone que, supletoriamente, se aplican a esta entidad las disposiciones de la sociedad anónima, en cuanto se concilien con las de esta ley y la naturaleza de aquéllas.

Surge claramente de las disposiciones comentadas que estas agrupaciones están formadas *intuitu rei*, como es el caso de las sociedades anónimas y no *intuitu personae*. Y que en todo caso en ellas, el interés del escribano como el de sus parientes dentro del cuarto grado, nunca es directo sino evidentemente indirecto.

Por tal motivo, *interpretamos que la excepción del artículo 985 del Código Civil también comprende los actos otorgados por cooperativas en las cuales el notario o sus parientes, sean miembros o integrantes de los órganos.*

El Colegio de Escribanos de la Capital Federal aprobó un dictamen de nuestra autoría, en tal sentido, habiendo hecho lo propio con un caso similar, la Comisión Central de Consultas del Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires<sup>69</sup>.

14.16. *Sociedades de responsabilidad limitada.* La sociedad de responsabilidad limitada fue adoptada por la República Argentina con la sanción

<sup>68</sup> RICHARD, ESCUTI, ROMERO. *Manual de Derecho Societario*, pág. 357.

<sup>69</sup> Ver Revista del Notariado N° 851, pág. 87, año 1998 y REVISTA NOTARIAL N° 906, pág. 189, año 1990.

de la Ley 11.645 del año 1932, habiendo sido considerada como un tipo intermedio o mixto entre las sociedades de capital y las de personas.

Si bien los autores no han consensuado su naturaleza, muchos de los argumentos esgrimidos por quienes sostenían la calidad personalista de esta sociedad<sup>70</sup>, han quedado totalmente superados a partir de la reforma de la Ley 22.903.

Ha dicho la jurisprudencia que la sociedad de responsabilidad limitada, en punto a responsabilidad, debe considerarse formando parte del sistema de sociedades de capital. Esa responsabilidad limitada que se establece para los socios (sólo con dos excepciones muy claras en la ley) no se subvierte por la modificación o no de la denominación o del elenco de socios. El cambio o no de la denominación o del número o la persona del socio, en nada modifica el régimen de responsabilidad<sup>71</sup>.

A todo evento, la doctrina que no encuentra una calificación exclusiva, se inclina por considerarla un tipo medio<sup>72</sup>, situación por otra parte que algún fallo se ha ocupado de indicar<sup>73</sup>.

14.17. A partir del año 1982 con la reforma introducida a la Ley de Sociedades 19.550 por la Ley 22.903, este tipo social sufre importantes alteraciones en su estructura, adoptando características propias de la sociedad anónima, atento la expresa intención del legislador de procurar el mayor empleo de esta figura.

Se diferencia de la sociedad anónima en cuanto no requiere la previa conformación administrativa, no está sometida a control de funcionamiento, su capital no está representado en acciones, la responsabilidad de los socios se limita a la totalidad del capital social fijado y no sólo la integración del capital suscrito, como sucede en la anónima, y en que los socios pueden ser excluidos mediante acción especial (Art. 91).

Se asemeja con la sociedad anónima, en que desde el inicio la responsabilidad está limitada o acotada a una expresión nominal (capital social total y no al valor de la suscripción), en que los cónyuges pueden formarla entre sí (Art. 27), que los aportes en dinero sólo requieren la integración del 25%, que el capital está representado por cuotas de igual valor (Art. 148) transmisibles, sucesibles, constitutivas de la prenda común de los acreedores, objeto de derechos reales, medidas cautelares, ejecutables y subastables (Arts. 57 último párrafo, 152, 153 último párrafo, 155 y 156).

<sup>70</sup> YADAROLA, FERREIRA y modernamente FARINA citados por MARTORELL E. *Sociedades de Responsabilidad Limitada*.

<sup>71</sup> "Rivadulla, Eduardo c./Ribagliati, Luis J. y otro", 20 de diciembre de 1977. C. N. Com. A.

<sup>72</sup> MARTORELL, E., op. cit. MASCHERONI, F. *Manual de Responsabilidad Limitada*. Abeledo-Perrot, 1985, pág. 11.

<sup>73</sup> En la sociedad de responsabilidad limitada los factores "persona" o "capital" se encuentran taxativamente limitados, no siéndole aplicables, por consiguiente y, en general, las mismas disposiciones que a los tipos clásicos de sociedad (C. N. Com., Sala B, junio 9 de 1974, ED. 58-322).



Al igual que la anónima, posee un organicismo diferenciado, es decir la gerencia, que mantiene esta calidad aunque ella fuere unipersonal. Sus integrantes pueden ser renovados periódicamente, puede ser colegiada, no se requiere ser cuotista para integrarla, la designación y revocación de los gerentes no significan reforma del contrato (Art. 160 último párrafo). En todos los casos, los derechos, obligaciones, prohibiciones e incompatibilidades de los gerentes se rigen por las normas de los directores de las sociedades anónimas (Art. 157 tercer párrafo). Celebran reuniones periódicas y las decisiones se adoptan por mayorías, no siendo posible que sólo un socio con su voto mayoritario adopte una resolución, para lo cual necesita siempre del concurso favorable de otro.

Hoy las cuotas son libremente cesibles, salvo pacto expreso (Art. 152). En todo caso las restricciones contractuales son inoponibles a los herederos del socio durante los tres primeros meses de su incorporación (Art. 155) y estas restricciones tampoco obstan la subasta de las cuotas y la adjudicación a un tercer adquirente (Art. 153 último párrafo).

De todas formas, las restricciones contractuales a la transmisibilidad de las cuotas no son absolutas, no pueden prohibir la transmisión (Art. 153 primera parte) y siempre hay medios para suplir una oposición sin causa de los demás socios. Existe en este punto similitud con el Art. 214, que admite que en las sociedades anónimas se restrinja la transmisibilidad de las acciones, aunque no pueda prohibirse su transferencia.

Todas estas disposiciones nos convencen de que la calidad personalista ha sido profundamente transformada a partir de las reformas que la Ley 22.903 introduce en el texto.

En dicho aspecto resulta importante destacar que el Art. 57 de la Ley 19.550, incólume desde su sanción, dispuso que en las sociedades de responsabilidad limitada siempre se pueden hacer vender las cuotas o acciones de propiedad del deudor, con sujeción a las modalidades estipuladas.

14.19. Sin embargo, hay opiniones controvertidas en los colegios notariales acerca de este punto. Para el Colegio de Escribanos de la Capital Federal, en la sociedad anónima hay un predominio del elemento capital sobre el personal, mientras que en las sociedades de responsabilidad limitada el carácter personal resulta de la cesibilidad restringida de las cuotas del capital<sup>74</sup>. Este fundamento ha perdido actualidad. Pero a todo evento, a nadie se le ocurriría sostener que en alguna sociedad anónima, donde se

■ <sup>74</sup> Revista del Notariado, año 1948, número 560, pág. 196.

estipulen restricciones a la transmisibilidad accionaria, predomina el elemento personal. Tampoco define el carácter personalista, la circunstancia de que la transmisibilidad de las cuotas deba inscribirse en el Registro Público de Comercio, por cuanto el procedimiento hoy regulado en el Art. 152 permite suponer que la registración puede producirse sin necesidad de modificar el contrato. En efecto, esta disposición establece que la cesión tiene efecto contra la sociedad cuando el cedente o adquirente entregue a la gerencia un ejemplar de ella o copia del título de cesión. Por otra parte, a los efectos de hacerla oponible a terceros, la cesión se inscribe en el Registro, requiriendo, entonces, el citado artículo 152 sólo la presentación ante el organismo, con exhibición del título de la transferencia y constancia fehaciente de su comunicación a la gerencia, lo que nos ha permitido sostener que en este caso, ni siquiera se requiere la publicación de avisos.

Aun cuando el articulado contractual necesitara una reforma como consecuencia de la transmisión de la cuota (por aludir, por ejemplo, algún artículo a la persona del cedente), el Registro Público debería inscribir igualmente la transferencia, hacerla oponible a terceros y posteriormente indicar a la sociedad que deberá adecuar el texto del articulado a la nueva situación imperante.

Estas razones refuerzan nuestro criterio, sumado ello a que en la actualidad, después de la reforma civil de la Ley 17.711 no cabe duda del carácter de persona jurídica de las sociedades comerciales (Art. 33 inciso 2 y Art. 2º de la Ley 19.550).

14.20. El Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires ha considerado, en un dictamen presentado a su Comisión de Consultas, que la prohibición del Art. 985 del Código Civil no resulta aplicable al caso de una escritura otorgada por un cuñado del notario, que la suscribe en carácter de socio de una sociedad de responsabilidad limitada que se transforma en sociedad anónima, fundamentándose en la circunstancia de que el acuerdo social que resuelve la transformación, está formado por una suma de voluntades individuales convertidas en voluntad social, por lo cual no es la voluntad personal de cada socio la que se exhibe en dicho acto ya que en definitiva, demuestra el ejercicio de la personalidad jurídica propia de esa sociedad comercial<sup>75</sup>.

14.21. *Por todo lo expuesto, nos inclinamos por predicar que la sociedad de responsabilidad limitada se encuentra incluida en la excepción prevista en el Art. 985 del Código Civil que, en todo caso, la participación del escribano o de sus parientes como integrantes o miembros de sus órganos*

■ <sup>75</sup> REVISTA NOTARIAL Nº 856, año 1981, pág. 734.

*no devala un interés personal directo. El interés indirecto que puedan llegar a mantener resulta indiferente a los efectos de negar validez a los actos así instrumentados.*

Esperamos que en corto tiempo estas conclusiones puedan ser adoptadas por los cuerpos directivos de los colegios notariales del país.

14.22. *Sociedad en comandita por acciones.* La sociedad en comandita por acciones se rige por las reglas de la sociedad anónima (Art. 316 de la Ley 19.550). En la actualidad constituye juntamente con ésta, el conjunto denominado "sociedades por acciones". Por ello interpretamos que no existe inconveniente alguno para considerar que la excepción estipulada a favor de las sociedades anónimas, también comprende a las sociedades en comandita por acciones, pero siempre que el escribano o sus parientes dentro del cuarto grado *no sean socios comanditados donde su responsabilidad personal e ilimitada se halle en juego.*

14.23. *Sociedades de interés.* (Sociedad Colectiva, Sociedad en Comandita Simple y Sociedad de Capital e Industria). Las sociedades de interés, si bien son personas jurídicas, exhiben rasgos personalistas que no podemos soslayar. A fin de sentar una regla fundamentada en una rigurosa lógica jurídica, utilizamos como parámetro interpretativo la norma del artículo 56 de la Ley 19.550, que dispone que la sentencia que se pronuncie contra la sociedad tiene fuerza de cosa juzgada contra los socios en relación a su responsabilidad social, y puede ser ejecutada contra ellos, previa excusión de los bienes sociales, según corresponda de acuerdo con el tipo de sociedad de que se trate.

Si la sentencia dictada contra la sociedad implica, automáticamente, sentencia contra los socios con responsabilidad ilimitada, pensamos que el interés personal de éstos se halla comprometido de modo más directo que en aquellas sociedades donde la responsabilidad se encuentra limitada al capital. Por otra parte en las sociedades personalistas, las partes sociales no se encuentran representadas en cuotas o acciones, sino que precisamente son denominadas por la ley "partes de interés" no ejecutables de acuerdo al Art. 57, en tanto sólo pueden cobrarse de las utilidades y de la cuota de liquidación, impidiendo el embargo de las mismas la prórroga o reconducción de la sociedad.

Igual conclusión podemos aplicar en la sociedad en comandita simple, con relación a los socios comanditarios, donde si bien no tienen comprometida su responsabilidad, su capital también está representado por partes de interés, siendo las mismas *intuitu personae* y no *intuitu rei*. La transmisión de esta parte, requiere consentimiento de los demás, salvo pacto en contrario y es reforma de contrato (Arts. 131 y 139).

En conclusión, *pensamos que la participación de los nominados en el Art. 985 del Código Civil en sociedades personalistas (inclusive la sociedad civil) provoca la nulidad de los actos celebrados.*

14.24. *Sociedad Accidental o en Participación.* De acuerdo con el Art. 361 no es sujeto de derecho, por lo que, careciendo de los atributos de la personalidad jurídica, quienes intervengan en ella están interesados personalmente y por lo tanto es aplicable el artículo 985.

14.25. *Acuerdos de colaboración empresaria.* Tampoco son sujetos de derecho, ni constituyen sociedades (Arts. 367 y 377 de la Ley 19.550) por lo que son aplicables al respecto las conclusiones vertidas en el punto anterior.

## **15. Intervención notarial en constitución de sociedades constituidas por parientes mencionados en el Artículo 985 del Código Civil.**

La excepción mencionada en el artículo 985 del Código Civil, como cualquiera de las extensiones interpretativas a las cuales hemos arribado, no resulta de aplicación a los instrumentos de constitución de dichas sociedades, donde el cónyuge o los parientes del escribano dentro del cuarto grado estuviesen personalmente interesados. Se arriba sin ninguna dificultad a este aserto porque en la constitución, la expresión de voluntad corresponde en forma individual a cada uno de los fundadores de la sociedad, no estando formada aún la voluntad social. Por todo ello, *está afectada de nulidad la escritura de constitución de sociedad anónima, o de cualquier otro tipo asimilable, en las cuales tuvieren intereses personales los mencionados en el Art. 985.*

También consideramos que debe evitarse instrumentar actas constitutivas o estatutos de asociaciones civiles o fundaciones donde los mencionados en el artículo 985 participaran como fundadores, por cuanto la calidad de miembro fundador, que resulta de dicho acto constitutivo, generalmente ofrece al partícipe en dicho carácter, un rol específico dentro de la organización, con derechos específicos aunque no fueren precisamente de lucro, el cual por supuesto en este tipo de agrupaciones está excluido.

## **16. Actuación como representantes orgánicos de sociedades.**

Tal como hemos sostenido anteriormente, el Art. 985 del Código Civil exige que el interés de los partícipes sea personal en el acto a instrumentar, por lo que si el pariente en grado susceptible interviene en representación de un tercero, el acto es válido.

Por supuesto, *tal conclusión también es aplicable al caso en que la representación que se invoque sea de carácter orgánico, aunque la sociedad fuere personalista, mientras el pariente no sea socio de la misma.*

## **17. Incompatibilidad del escribano o incompatibilidad del registro. Actos comprendidos en el Art. 985 del Código Civil para un autorizante, extendidos ante otro actuante del registro.**

17.1. El Art. 985 determina una incompatibilidad que se restringe exclusivamente al escribano autorizante del acto. Como toda restricción, ella

no debería generalizarse. Sin embargo, los colegios profesionales han insistido en resaltar que el registro es una unidad y en consecuencia, ninguno de los notarios, sea titular o adscripto, debe autorizar, a su criterio, un acto en que cualquiera de ellos o sus parientes dentro del cuarto grado estén personalmente interesados<sup>76</sup>. En igual sentido, se ha sostenido que el registro notarial es una unidad y que por lo tanto ninguno de los escribanos que la componen, titular o adscripto, debe autorizar un acto en que cualquiera de ellos o sus parientes dentro del cuarto grado estén personalmente interesados<sup>77</sup>, citando entre sus fundamentos acordadas de la Suprema Corte de Justicia de 11 de julio de 1881 y 18 de febrero de 1889, donde el Tribunal, dejando a salvo que si bien *no aparece infringida la disposición legal*, la moralidad de los actos expresados puede prestarse, por lo menos, a una equívoca interpretación que conviene desautorizar, para que no tenga asidero ni aun la sospecha de que la fe pública no presida los actos con completo desinterés.

17.2. Por su parte, VILLALBA WELSH<sup>78</sup> advierte que el artículo 985 plantea un supuesto de incompetencia en razón de las personas, dado el hecho evidente de que sólo excepcionalmente el oficial público está impedido de actuar respecto de determinadas personas, por lo cual la regla es que dentro de su territorio y materia no se den restricciones.

Sin embargo, en el afán de evitar toda sospecha de parcialidad y lograr que la actuación se desenvuelva libre de toda suspicacia, reconoce que los colegios notariales extendieron recíprocamente la prohibición a todos los escribanos actuantes de un mismo registro notarial, aunque por sí mismos no mantuvieran incompatibilidad de línea de grado con los otorgantes. De esta forma, una prohibición que era solamente de carácter individual, se personalizó en el registro, concebido éste como unidad institucional. Se llegó a invocar la relación de subordinación que podría existir entre el titular y adscripto, lo que no permitiría a éste obrar con entera independencia al actuar en asuntos en que estén personalmente interesados los parientes de aquél. Pero este argumento quedaba desbaratado cuando se prohibía también la situación inversa, en la que dicho argumento resulta inocuo por no existir relación de subordinación del titular hacia el adscripto. También quedaba fuera de contexto la situación de los co-adscriptos, entre los cuales no existe relación legal alguna.

17.3. Inclusive un dictamen llegó a proclamar la carencia de validez del acto<sup>79</sup> al decir que la escritura otorgada por la madre del titular del Registro

<sup>76</sup> Revista del Notariado N° 715, pág. 198.

<sup>77</sup> Colegio de Escribanos de la Capital Federal. Revista del Notariado N° 774, pág. 1774.

<sup>78</sup> VILLALBA WELSH, Alberto. *Incompetencia en razón de las personas*. Anales del Notariado Argentino, Tomo 3, pág. 1964.

<sup>79</sup> Colegio de Escribanos de la Capital Federal, Revista del Notariado N° 1958, pág. 523.

ante el adscripto de ese Registro adolece de un vicio que le quita validez y es observable por haberse infringido las normas que reglan las funciones notariales.

17.4. Opinamos que esta escritura no es jurídicamente observable de acuerdo con los textos legales aplicables. Como restricción funcional, la impuesta por el Art. 985 del Código Civil es excepcional, y resulta sumamente peligroso extenderla por las consecuencias jurídicas que este evento importa.

17.5. Otras recomendaciones prefirieron aconsejar la abstención, esgrimiendo la comisión de una falta de ética, sin llegar a insinuar la comisión de una nulidad de los actos jurídicos.

Si el escribano estuviera incurso en una falta de ética, el acto instrumentado sería válido, no podría ser impugnado, sin perjuicio de que el notario sería pasible de una sanción disciplinaria.

Sobre este particular, anteriormente hemos referido que la falta de ética no puede presumirse, por cuanto siendo una falta disciplinaria ella debe ser probada por la comisión de hechos concretos. Mientras esos hechos concretos no resulten acreditados fehacientemente, tampoco a nuestro juicio puede sancionarse al escribano por la falta de ética.

Por supuesto que el acto otorgado es válido, ya que el Art. 1037 del Código Civil dice que los jueces no pueden declarar otras nulidades de actos jurídicos que las que el mismo Código establece.

La Cámara 2da. en lo Civil en el año 1946 ha sostenido que no se puede extender las nulidades al adscripto; que el hecho de que el adscripto funcione con la responsabilidad conjunta del titular, no le quita personalidad propia ni responsabilidad.

En la prohibición contenida en el Art. 985, la ley presume que el notario involucrado conoce a sus parientes. Si no los conociera debería invocar y acreditar su ignorancia. En el caso del otro actuante en el Registro, ni siquiera puede presumirse que conoce los parientes de su titular o coadscripto.

17.6. Adherimos a la postura de VILLALBA WELSH y reflexionamos juntamente con él, que los proyectos de reforma no ampliaron la prohibición a todos los actuantes del registro, precisamente por el peligro que hubiera entrañado una generalización en tal sentido.

## **18. Los efectos de los actos comprendidos en el Art. 985. Nulidad.**

18.1. Tal cual lo dispone el artículo 985 del Código Civil *las escrituras autorizadas en asuntos en que el escribano o sus parientes dentro del cuarto grado fuesen personalmente interesados, son de ningún valor.*

Ello equivale a sostener que son nulas de nulidad absoluta. Producida la nulidad sólo resta reproducir el acto ante un notario no comprendido en los preceptos de la norma citada, siempre que ello pueda efectuarse<sup>80</sup>.

18.2. La nulidad absoluta no es susceptible de confirmación (Art. 1047). De la inconfirmabilidad de la nulidad absoluta deriva su imprescriptibilidad, pese a no estar dicha característica señalada por la ley, ya que admitirla implicaría llegar, por el transcurso del tiempo, a la confirmación tácita del acto, lo cual está vedado por la ley.

Sin embargo, la circunstancia de que una nulidad sea absoluta no implica necesariamente que ella fuere manifiesta, es decir directamente perceptible para los terceros del acto. En un caso, tía otorgante – sobrino escribano autorizante, la nulidad no resultaba manifiesta, en el sentido de que no surgía de los instrumentos mismos, estando latente pero oculta. No surgía de los estudios de títulos y nadie hubiera tomado conocimiento de ella, por más diligencia que se hubiera expuesto en la recopilación de antecedentes.

18.3. Por tal motivo, al no ser manifiesta la nulidad, el Art. 1051 ampara al tercer adquirente de buena fe a título oneroso de inmuebles, en cuyos antecedentes existe una escritura nula por haber sido autorizada por un escribano que resultó pariente dentro del cuarto grado de uno de los otorgantes, vínculo que no surge de ese instrumento, no obstante ser dicha escritura anterior a la vigencia de la Ley 17.711. El principal criterio de evaluación es que la nulidad o anulabilidad que afecte al título, sea de carácter absoluta o relativa, esté manifiesta en el mismo título o en sus antecedentes. Cuando el Art. 1051 protege los derechos de los terceros adquirentes de buena fe a título oneroso, la adquisición de éstos y la consiguiente pérdida del derecho para el enajenante es definitiva, por lo que un posterior adquirente, aunque conozca la existencia del vicio que podía provocar la nulidad, no puede ser demandado por reivindicación. El juez no puede declarar de oficio la nulidad de una escritura, pese a estar viciada por una nulidad absoluta si ésta no aparece manifiesta en el acto.

18.4. Cabe plantearse si decretada la nulidad, se provoca la *conversión de la escritura en instrumento privado* tal cual lo dispone el artículo 987 del Código Civil<sup>81</sup>.

Dos han sido las posturas adoptadas, con relación a la naturaleza de la prohibición del Art. 985: una que considera que se trata de una incompetencia en razón de las personas y otra que la califica como una incapacidad de derecho del funcionario público.

<sup>80</sup> Conf. Revista del Notariado N° 706, pág. 954. Dictamen del Esc. Jaime Giralt Font.

<sup>81</sup> CARMINIO CASTAGNO, José Carlos. *El Art. 985 del Código Civil Argentino*. Revista del Notariado N° 720, 1971, pág. 1979 y ss.

CARMINIO CASTAGNO, interpretando que en el caso se trata de una incapacidad del escribano, entiende que la nulidad provocada es total, en tanto el interés general gravita con tal magnitud en la *ratio legis* y en la preceptiva del Art. 985 del Código Civil que se proyecta a todos los componentes, siendo además inaplicable el Art. 987, porque entonces, convertida la escritura en instrumento privado, sería aplicable el artículo 1185, el cual a su vez facultaría a exigir la obligación de otorgar la escritura pública, aunque la norma hubiese sido violada.

CARLOS PELOSI, por su parte<sup>82</sup>, entiende por conversión formal el fenómeno jurídico operado por imperio de la ley, en virtud del cual un instrumento público nulo, que reúne determinadas condiciones, se transforma en otro instrumento sucedáneo al frustrado, equiparado al privado, el que cumple esencialmente con los fines probatorios que las partes tuvieron en vista al otorgar el primero (se reconoce la excepción de los solemnes y de aquellos en los que las partes subordinaron la existencia de la forma a la formación del contrato consensual). Refiere que en el Derecho francés no existe impedimento alguno para la conversión del acto o documento notarial nulo, sea por incapacidad o incompetencia del notario o por defectos de forma. Sólo la jurisprudencia de dicho país ha negado la conversión en los supuestos de documentos en los que el notario autorizante estuviere personalmente interesado, y también en algunos casos de incompetencia de la materia. También señala que FREITAS disponía la conversión por vicios internos o externos (704) y entre los cuales refería a los vinculados a la capacidad del notario (693), motivo por el cual disiente en la opinión antes expuesta.

18.5. Por supuesto, nuestra interpretación queda orientada en el sentido de que nuestro Código permite la conversión del instrumento en privado.

## 19. Los proyectos de reformas.

19.1. El Proyecto de Reformas del Código Civil de 1936, dispone acerca de esta materia que: *Son instrumentos nulos aquellos instrumentos públicos en que el autorizante, su cónyuge, o sus parientes dentro del cuarto grado, tuvieren interés personal respecto del asunto a que se refiere, salvo que se tratare de sociedades anónimas o fueren gerentes o directores de ellas.*

19.2. El Proyecto de Código Civil Unificado de 1999 dispone en el Art. 268: *Son recaudos de validez del instrumento público...*

*c) Que en el instrumento no sea parte, por sí o en representación de un tercero, el oficial público, su cónyuge o un pariente suyo dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad.*

■ <sup>82</sup> PELOSI, Carlos. *El Art. 985 del Código Civil*. Revista del Notariado N° 723, pág. 677.



19.3. Este texto deriva, por comparación, del anteproyecto preparado por la Comisión designada por Decreto 468/92, de la cual fueron miembros AUGUSTO C. BELLUSCIO, SALVADOR DARÍO BERGEL, AÍDA ROSA KEMELMAJER DE CARLUCCI, SERGIO LE PERA, JULIO CÉSAR RIVERA, FEDERICO N. VIDELA ESCALADA y EDUARDO ANTONIO ZANNONI, en cuyo Art. 591 inciso 3) exigía *como recaudo de validez, que en el instrumento no sea parte el oficial público o un pariente suyo dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad.*

Este último artículo dispone una nota donde alude al concepto de ser parte, es decir titular del derecho sustancial que se ventila en el documento, aclarando que si los sujetos actúan por representación de otros que no tienen parentesco con el oficial público, el acto es válido, ampliando así la solución del Código Civil que la limitaba a las sociedades, lo mismo que los demás proyectos nacionales.

19.4. Concluyendo sobre el particular, interpretamos que el proyecto de 1999 impide que concurra a la escritura un pariente en grado incompatible en representación de un tercero, sea el tercero persona física o jurídica. Pero aunque no lo mencione expresamente, cuando el escribano o sus parientes intervengan como socios o accionistas en una sociedad, ello no provocará la nulidad de la escritura, por cuanto nunca podría interpretarse que aquellos sean parte (titular de interés) de actos o contratos de las sociedades que integran.

19.5. Sobre este aspecto siempre la jurisprudencia ha resaltado la diferenciación de personalidad en la actuación societaria. Así ha dicho que cuando un grupo u organización humana es reconocido como persona jurídica, nace un nuevo ser para el Derecho, capaz de adquirir derechos y contraer obligaciones. La persona jurídica posee una personalidad diferente e independiente de las personas físicas que le han dado nacimiento, con las cuales no se confunde, ni aunque fuera el conjunto de ellos, menos que menos el "dueño" de la misma, es decir de las partes sociales en que se divide su capital. Constituyen consecuencias de la distinción entre la sociedad y sus miembros: a) distinta personalidad, b) distinto patrimonio, c) distinta responsabilidad<sup>83</sup>. También se sostuvo que a las sociedades comerciales se les atribuye expresamente la calidad de sujeto de derecho, ratificando lo dispuesto por los Arts. 33 y 39 del Código Civil, por lo que no debe confundirse la personalidad jurídica autónoma de la misma, con la de sus miembros, contando con una propia y diferenciada capacidad para adquirir derechos y contraer obligaciones<sup>84</sup>. □

<sup>83</sup> "Kohnke, Otto c/Kanapp, Eugenia". C.N. Civ., Sala F, 3 de agosto de 1966.

<sup>84</sup> Frutos de Dupuy, Graciela c/Carlos Augusto, Matías s/Sumario". C. N. Com., Sala A, 27-6-2000.