

XXXIII Jornada Notarial Argentina
San Carlos de Bariloche, Rio Negro - 2018

Título: NULIDAD del 291

Tema IV: Nulidades en el Código Civil y Comercial de la Nación

Coordinadores Nacionales:

Notario Néstor Lamber y

Notario Gastón Zavala

Autor: Notario Alberto María Miguens

Mail: albertomiguens@tzm.com.ar

Teléfono (54 11) 4326 6719 / 2884

Índice Sumario

Ponencia

Fundamento

Introducción

Desarrollo

Epílogo o Conclusión

Bibliografía consultada

- Índice Sumario

A modo de introducción.

Clases de nulidad.

Ratio Legis: la imparcialidad.

El código procesal.

Fuentes de la Norma (de Vélez Sarsfield).

Interés personal, relevante y directo.

Incidencia según el tipo de acto.

Ineficacia de los actos jurídico: Nulidades.

Obligación Natural.

Nulidad del acto o negocio jurídico.

Absoluto o relativo.

La simpleza de los clásicos.

Formas “ad solemnitatem” y “ad probationem”.

Formas absolutas, Relativas y Formalidades Probatorias.

Aubry & Rau.

Nulidad y vicios del consentimiento.

LLXIV Seminario Teórico Práctico Laureano Arturo Moreira.

Resultado justo.

Articulación y articuladores.

Nuestro parecer.

Vicios ostensibles o manifiestos.

La confirmación.

El orden público.

Irrenunciabilidad del orden público.

Orden público notarial.

Código Procesal.

Juan Carlos Carminio Castagno: Interés General vs. Orden Público.

Criterio de distinción.

Paralelismo con la función judicial.

La labor del notario.

Subsanación.

Certificación de firmas, fotocopias y otras intervenciones notariales.

Conclusiones.

Bibliografía.

No hay un apartado con “bibliografía” ya que la misma se va exponiendo a medida que se citan autores en el desarrollo del trabajo.

PONENCIA.

I. La nulidad

La nulidad que genera la violación del artículo 291 es relativa, establecida esencialmente en beneficio del no pariente del notario; y eventualmente en el de terceros interesados.

II. La labor notarial

El notario debe abstenerse de intervenir en aquellos casos prohibidos.

Si interviene será pasible de sufrir sanciones administrativas, disciplinarias e incluso penales; además de responder por daños y perjuicios.

La violación del 291 no implica necesariamente la nulidad del instrumento cuando ésta perjudica a aquél en cuyo beneficio fuera instituida.

III. Confirmación.

Los actos formalizados en infracción al artículo 291 valen como actos bajo firma privada. Son confirmables, prescriptibles, y generan una obligación natural.

IV. Orden público e interés particular.

No debe confundirse el orden público con el interés general.

Toda norma en la que esté afectado o involucrado el interés general es de orden público; más no en toda norma fundada en el orden público está predominantemente involucrado el interés general.

Hay normas de orden público dictadas predominantemente en interés particular.

NULIDAD DEL 291

“El sábado ha sido hecho para el hombre,
y no el hombre para el sábado.”
San Marcos 2:27

A modo de introducción

Vélez Sarsfield (¹) señala que

“... la materia de las nulidades es la más ardua de la Jurisprudencia.”

Luego de las Jornadas Notariales Argentinas de Córdoba 2014, donde analizamos el artículo 985 del Código Civil, hoy 291 del Código unificado, nos pareció un buen complemento enfocar la mira en la nulidad derivada de la violación a la prohibición del artículo 291.

La mayoría de los autores entiende que ésta, la nulidad, es absoluta.

Clase de nulidad.

Sobre qué clase de nulidad genera el 291, hemos de remontarnos al origen francés de la prohibición. Mejor dicho, al origen francés del 985 de Vélez. El 291 modifica y redefine el grado de parentesco, incluyendo al cónyuge y al conviviente. Suprimió la referencia a los interesados solo por tener parte en sociedades anónimas.

Cabe señalar que las fuentes utilizadas por Vélez Sarsfield hace 150 años, dejaron de ser fuentes directas, pero siguen siendo fuentes indirectas o mediatas del código unificado.

Cuando el 985 refería a **“los actos autorizados”**, el 291 predica hoy, la nulidad del **“instrumento autorizado.”**

Claro está que en el instrumento se plasman y formalizan actos jurídicos; pero no es lo mismo el contenido que el continente; anular el instrumento que anular el acto, el negocio jurídico. -

¹ Causa de D. Miguel Azcuénaga con Da. Vicenta Costa. (Sobre Nulidades Absolutas y Relativas en los Actos Jurídicos. 1840). Revista de la Legislación y Jurisprudencia. T° VII, Buenos Aires, 1872, pp. 206-226.

Además, el 291 se enmarca en el ámbito de las “prohibiciones”, delimitando la naturaleza jurídica del instituto.

En las conclusiones de las Jornadas Notariales de Córdoba 2014 se adoptó el criterio que *“la violación a la prohibición genera una “nulidad instrumental de carácter absoluto”, sea el acto nulo o anulable,”* ⁽²⁾ pero no ha surgido una definición sobre la naturaleza jurídica de la prohibición.

Ratio Legis: La Imparcialidad.

Sabido es que el notario, al igual que los jueces, debe ser imparcial. Se prohíbe la intervención en casos donde esté interesado el propio notario o sus familiares directos. La ley autoriza presumir –de iure- que en dichos casos carece de imparcialidad.

Son sinónimos de “imparcialidad”: justicia, ecuanimidad, neutralidad, equidad, probidad, rectitud, integridad. Sus antónimos: injusticia, tendencia, arbitrariedad, prejuicio, favoritismo, privilegio, preferencia, interés.

La doctora Elena I. Highton, ⁽³⁾ destaca el paralelismo con la función judicial, entendiendo que el notario debe administrar justicia imparcial, libre de ataduras e influencias. A diferencia del juez, la función del notario es preventiva, previa al conflicto y buscando que éste no se produzca.

- *“La imparcialidad es de la esencia de la función notarial, como exigencia legal y ética. Protege a los intervinientes del acto y a terceros, garantizando la seguridad jurídica.”* ⁽⁴⁾

El Código Procesal

El Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, señala en el artículo 17 las causales de recusación judicial.

El Código Procesal Penal de la Nación establece prevenciones similares bajo el título “Motivos de inhibición”. ⁽⁵⁾

Como señala Ihering:

² Véase punto 3 de las citadas conclusiones.

³ “El escribano como tercero neutral.” - Publicado en Revista del Notariado. Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Capital Federal, año 100, n° 850 (Número Aniversario), noviembre 1997, pp. 87-101

⁴ Jornadas Notariales nacionales realizadas en Córdoba, 2014. Punto 2 de las Conclusiones, adoptado en forma unánime.

⁵ Artículo 55.

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

Desde siempre la labor notarial fue considerada justicia preventiva, jurisdicción voluntaria destinada a evitar y eludir los pleitos.

Así lo sostiene Bonnier, señalando que:

- *“La autoridad cuasi-judicial de los actos auténticos se explica porque históricamente, el notariado en su origen, era una rama del poder judicial, en ejercicio de una jurisdicción voluntaria.”* ⁽⁶⁾

En definitiva, el artículo 291, es una norma de profundo contenido moral.

Se señala en los “Fundamentos del Anteproyecto del Código” que:

- *“... la esencia de la función notarial no es la de conferir fe pública como habitualmente se afirma, sino que su esencia es la de **brindar protección a los ciudadanos** en los actos y negocios de máxima trascendencia, legislativamente seleccionados, a través de un conjunto de operaciones jurídicas que son la que fundamentan su eficacia erga omnes. **La fe pública es el efecto** de tal conjunto de operaciones.”*

Que

- *“... los instrumentos **gozan de fe pública, porque son el resultado de un conjunto de solemnidades** aplicadas a las etapas previas (calificaciones) ... lo cual facilita su auditoría y todos los controles que corresponde aplicar. **Este conjunto de solemnidades (entendidas como garantías de jerarquía constitucional) es el fundamento de su privilegiada oponibilidad**, que deviene de la fe pública que merecen...”*

Cierra, diciendo que

- *“... esta estructura jurídica no es solo predicable respecto a la actividad notarial: es aplicable a la actividad documentadora de los jueces y de otros funcionarios que están investidos de la facultad de intervenir en actos públicos (matrimonio, registradores inmobiliarios, ...etc.)”*

Fuentes de la norma (de Vélez Sarsfield).

⁶ “L’*autorité quasi-judiciaire des actes authentiques, s’explique, on le voit, historiquement, puisque le notariat n’était, dans l’origine, qu’une branche du pouvoir judiciaire, que l’exercice de la jurisdicción gracieuse.*”

La doctrina señala a Bonnier como la fuente directa de Vélez Sarsfield, ⁽⁷⁾ quién reseña junto al Código Civil francés, la ley del 25 Ventoso del año XI., que reglamenta la función notarial, hoy -con muchas modificaciones- todavía vigente en Francia. ⁽⁸⁾ ⁽⁹⁾

La doctrina notarial señala también como antecedente, el inciso 5° del artículo 693 del Esboço de Código Civil de Augusto Teixeira de Freitas.

Para Vélez Sarsfield, el único interés relevante sería el **personal y directo**. No estaría vedado intervenir cuando el interés fuera indirecto, colateral, vago o difuso.

Oportunamente marcamos como verdadero antecedente para Vélez, el “Curso de Derecho Civil Francés” ⁽¹⁰⁾ de Charles Aubry y Charles Rau, ⁽¹¹⁾ el n° 755, “Los Actos Auténticos.” Comentando los artículos 1317 y 1318 del código francés, convergen en los artículos 8 y 10 de la Ley del 25 Ventoso del año XI.

Cuando la ley francesa habla de que los parientes “*sean parte*”, o que el acto contenga cualquier disposición “*en su favor*”; son ellos quienes señalan que el acto no valdrá si el oficial público (o sus parientes) estuviera “**personalmente interesado**”. ⁽¹²⁾ ⁽¹³⁾

Interés personal, relevante y directo. Incidencia según el tipo de acto.

El interés invalidante del artículo 291 debe ser “personal, relevante y directo”, capaz de “**irritar**” el instrumento. Los notarios Elba Frontini y Sebastián Cosola, ⁽¹⁴⁾ –entre otros-, caracterizan al interés personal del 291, con el

⁷ BONNIER, EDOUARD. «Traité théorique et pratique des preuves en droit civile et en droit criminel.» - Paris, Joubert, 1843. - Tratado Teórico Práctico sobre la prueba en derecho Civil y Criminal.”

⁸ El artículo 8° fue derogado y los artículos 9° y 10° siguen vigentes, en una redacción modificada por el decreto 71-941 del 26 de noviembre de 1971. El artículo 8° actualmente ha sido reemplazado por los artículos 2° y 3° del referido decreto.

⁹ Según el Calendario Universal de la Revolución Francesa; para nosotros 16 de marzo de 1803 según el calendario Gregoriano.

¹⁰ “Cours de Droit Civil Français D’Après L’Ouvrage Allemand de C. S. Zachariae”, par M.M. C. Aubry, C. Rau.

¹¹ Bajo el título “Derecho Civil Práctico Francés”, en el Capítulo II, “De la Prueba Directa”, apartado “A”, “De la Prueba Literal”.

¹² “... un acte dans lequel **il était personnellement intéressé**, ou qui concernait un de ses parents ou alliés au degré prohibé.”

¹³ “Un notaire peut-il valablement recevoir des acts dans lesquels un de ses parents ou alliés au degré prohibé figure, non point comme partie, mais comme mandataire de l’une des parties? Peut-il recevoir des actes pour une société anonyme, quoiqu’un de ses parents ou alliés soit actionnaire ou même administrateur de cette société, ou qu’il soit lui-même porteur de quelques actions? Voy. Pour l’affirmative: Grenoble ... Paris ...”

¹⁴ “Cuestiones en torno a la interpretación de los alcances del artículo 291.” – Elba María de los Ángeles Frontini y Sebastián Justo Cosola.- Ponencia del Congreso Nacional de Derecho Civil. La Plata 2017.-

aditamento de **económico**, “con virtualidad suficiente para afectar lo que se considera como actuación imparcial del oficial autorizante.”

El tipo de acto va de la mano con el interés comprometido. Hay actos que conllevan *per se* intereses contrapuestos de las partes intervinientes. Así los actos bilaterales conmutativos en los cuales una parte puede beneficiarse a costa de la otra.

Otros, donde el interés no se verifica con igual trascendencia; o siquiera hay partes; o en los que no hay intereses económicos en juego. Pensemos por ejemplo en los actos societarios de registración mercantil. ⁽¹⁵⁾ No podría hablarse de un interés invalidante del notario pariente, que se limita a incorporar las actas -mediante transcripción- a la escritura pública.

Sería estéril sostener la nulidad del instrumento de protocolización de actas, en la medida que no se imputara una falsedad ideológica. Máxime cuando la actuación del notario y el acto mismo están sujetos al control de legalidad del organismo registral.

Ineficacia de los actos jurídicos. Nulidades

Determinar qué clase de nulidad se deriva de la violación del 291 hace a la esencia del artículo; *-anima mundi, la piedra filosofal-*

Se ha contendido profusamente sobre la naturaleza jurídica de la prohibición del artículo 291 (ex 985) y no se ha arribado a un acuerdo.

El enunciado cardinal, “**son de ningún valor los actos autorizados...**”, traducido hoy como “**es de ningún valor el instrumento autorizado...**”, pareciera ser una referencia ineludible a una nulidad absoluta, insalvable, imprescriptible, no confirmable. -

En su momento señalamos que la naturaleza jurídica del instituto no era esencial. Recalculamos. Lo que no supinos expresar, es el hecho cierto de que, de determinada naturaleza jurídica se derivan ciertas consecuencias y no otras.

Cuando no podemos determinar con certeza la naturaleza de un instituto, podemos recorrer el camino inverso. Analizando los efectos podemos deducir la naturaleza. -

¹⁵ Modificaciones de estatutos, inscripción de autoridades, que pueden formalizarse e inscribirse por instrumento privado.

Como señalan los evangelistas Lucas y Mateo- *“por los frutos se conoce al árbol.”* ⁽¹⁶⁾

Y desde sus orígenes en el derecho francés, la nulidad del 291 CCCN, siempre fue confirmable.

La trilogía del Código Francés y la Ley de Ventoso ⁽¹⁷⁾ fue replicada en los artículos 985, 987 y 1185 del código velezano; y nuevamente se replica ahora en los artículos 291, 294 y 285 del código unificado.

El artículo 291 señala que

- ***“Es de ningún valor el instrumento autorizado...”***;

El último párrafo del 294 reitera que

- ***“El instrumento que no tenga la forma debida vale como instrumento privado si está firmado por las partes.”***

Complementa el esquema el artículo 285:

- ***“El acto que no se otorga en la forma exigida por la ley no queda concluido como tal mientras no se haya otorgado el instrumento previsto, pero vale como acto en el que las partes se han obligado a cumplir con la expresada formalidad, excepto que ella se exija bajo sanción de nulidad.”***

Debemos entonces compatibilizar el acto otorgado, que “vale” como acto privado -desmintiendo la premisa inicial- y que además, en su articulación con el 1185 CC, ⁽¹⁸⁾ *“vale como contrato en que las partes se han obligado a otorgar escritura pública.”*

Además, ahora, siguiendo una larga tradición jurisprudencial, el CCCN ha plasmado en la ley positiva que el cumplimiento constituye una obligación de hacer, y que, demandándose la escrituración, la escritura puede ser otorgada por el juez (art. 1018). ⁽¹⁹⁾

¹⁶ San Lucas 6: 43-45. - ⁴³ *»No hay árbol bueno que pueda dar fruto malo, ni árbol malo que pueda dar fruto bueno. ⁴⁴ Cada árbol se conoce por su fruto: no se cosechan higos de los espinos, ni se recogen uvas de las zarzas.*

// San Mateo 12: 33 – 35. ³³ *»Si el árbol es bueno, dará buen fruto; si el árbol es malo, dará mal fruto; pues el árbol se conoce por su fruto. ³⁴ ... De lo que abunda en el corazón, habla la boca.*

¹⁷ Artículo 1318 Código Civil Francés y artículos 8 y 10 de la Ley de Ventoso año XI.

¹⁸ Art. 1185. *“Los contratos que debiendo ser hechos en escritura pública, fuesen hechos por instrumento particular, firmados por las partes o que fuesen hechos en instrumento particular en que las partes se obligasen a reducirlo a escritura pública, no quedan concluidos como tales, mientras la escritura pública no se halle firmada; pero quedarán concluidos como contratos en que las partes se han obligado a hacer escritura pública.”*

¹⁹ *“1018. Otorgamiento pendiente del instrumento. El otorgamiento pendiente de un instrumento previsto constituye una obligación de hacer si el futuro contrato no requiere una forma bajo sanción de nulidad. Si la parte condenada a otorgarlo es remisa, el juez lo hace en*

Como toda norma el 291 debe interpretarse en su contexto. - A pesar que la ley prohíbe la intervención del notario, el acto vale. Basta imaginar, por ejemplo, una compraventa: se pagó el precio, se entregó la posesión, se registró; ambas partes están conformes con el negocio jurídico realizado. El comprador arregla la casa, invierte, la convierte en su hogar. ... ¿Queda todo en la nada por ser alguno pariente del notario?

Si el acto vale como instrumento privado en que las partes se obligan a elevarlo a escritura pública, normalmente quedaría pendiente la obligación de escriturar. Ello sería razonable cuando la escritura adoleciera de ciertos vicios formales (no se encontrara en el lugar correcto del protocolo, o no tuviere la designación de tiempo y lugar, si faltare una firma no esencial, o demás circunstancias del artículo 309 del CCCN).

Preguntamos: ¿se justifica reproducir el acto en el caso del 291? ¿A qué efectos? Es difícil justificarlo.

Las XXXI Jornadas Notariales Argentinas de 2014 establecieron en el punto 3° de las conclusiones que

- *“La prohibición regulada en el artículo 985 genera una nulidad instrumental de carácter absoluto, sea el acto nulo o anulable”.*

Sin embargo, en el punto 6° de las referidas conclusiones se estableció que:

- *“Frente a la violación de la prohibición legal, **es posible aplicar el instituto de la conversión** regulado en el artículo 987... y que en el marco de la autonomía de la voluntad, las partes podrán optar por la reproducción del acto.”*

Intuimos cierta contradicción entre uno y otro punto.

Si la nulidad instrumental es absoluta, no debiéramos estar hablando de conversión ni de reproducción.

Si el acto vale, los hechos y circunstancias en las que se otorgó tienen entidad jurídica, pasaron, cumplieron su efecto –aún en el caso que el cumplimiento fuera anómalo-; y en virtud de padecer una nulidad relativa, el acto es confirmable, prescriptible y salvable.

Obligación natural

su representación, siempre que las contraprestaciones estén cumplidas, o sea asegurado su cumplimiento.”

¿Alguien duda por caso, que subyace, al menos, una obligación natural?

Señala el 515 CC que son obligaciones naturales las fundadas en el derecho natural y en la equidad. ... tales son:

- *“3° Las que proceden de actos jurídicos, a los cuales faltan las solemnidades que la ley exige para que produzcan efectos civiles; ...”*

- *5° Las que se derivan de una convención que reúne las condiciones generales requeridas en materia de contratos; pero a las cuales la ley, por razones de utilidad social, les ha denegado toda acción; ...”*

El CCCN curiosamente no habla de “Obligaciones Naturales” como tales, pero ello no implica que las desconozca. Así el Artículo 728 refiere:

- *“728. Deber moral. Lo entregado en cumplimiento de deberes morales o de conciencia es irrepetible.”*

En la nota al 515, señala Vélez que la obligación natural deriva del derecho de gentes, cuando el derecho civil no daba acción para exigir la ejecución de una obligación contraída entre dos personas que no fuera expresamente reprobada.

Y el efecto esencial que produce una la obligación natural es el rechazar la repetición de lo que se ha pagado.

- *“Hay obligaciones que la ley rehúsa reconocer por razón de la inhabilidad de las personas que las han contraído, por ejemplo, las obligaciones de una mujer casada. Estas obligaciones, sin embargo, pueden ser afianzadas porque no reprobando la ley el principio de la obligación, no puede reprobear las obligaciones accesorias que tienen por causa la primera obligación.”*

Sobre la ratificación o confirmación predica su opinión positiva en aquellas obligaciones que no nazcan de obligaciones reprobadas por el derecho civil; vale decir, las que tienen una causa lícita. -

Remite Vélez en la nota al 515 al único código de la época que profundiza en las obligaciones naturales; el código de Andrés Bello.

El código chileno, en el artículo 1470, dice:

- *“1470. Las obligaciones son civiles o meramente naturales.*

Civiles son aquellas que dan derecho a exigir su cumplimiento.

Naturales las que no confieren derecho para exigir su cumplimiento, pero que, cumplidas, autorizan para retener lo que se ha dado o pagado en razón de ellas.

Tales son:

1° Las contraídas por personas que teniendo suficiente juicio i discernimiento, son, sin embargo, incapaces de obligarse según las leyes, como la mujer casada en los casos en que le es necesaria la autorización del marido, i los menores adultos no habilitados de edad;

2° Las obligaciones civiles extinguidas por la prescripción;

3° Las que proceden de actos a los que faltan solemnidades que la lei exige para que produzcan efectos civiles; como la de pagar un legado, impuesto por un testamento que no se ha otorgado en la forma debida;

4° Las que no han sido reconocidas en juicio por falta de prueba.

Para que no pueda pedirse la restitución en virtud de estas cuatro clases de obligaciones, es necesario que el pago se haya hecho voluntariamente por el que tenía la libre administración de sus bienes.”

El Código Civil de Luisiana, a partir del artículo 1749, señala que una obligación, en general es sinónimo de deber.

Que existen 3 clases de obligaciones: - obligaciones imperfectas; - obligaciones naturales; y - obligaciones perfectas (civiles).

Obligación imperfecta son obligaciones morales, sin forma de exigibilidad, y que no dan acción ni tienen efecto jurídico alguno. Ejemplifica con el deber de gratitud, deber de caridad, y otras obligaciones morales. -

La obligación natural, en cambio, no es exigible por acción alguna, pero genera deberes de conciencia por razones de justicia natural.

La obligación civil o perfecta, genera un vínculo jurídico, y confiere acción para su exigibilidad. -

Señala el artículo 1751 que existen 4 tipos de obligaciones naturales: - 1. Las que la ley ha declarado inválidas por adolecer de falta o vicios de formas, o por cuestiones de políticas públicas, pero que no necesariamente son inmorales o injustas. – 2. Las formalizadas por personas que cuentan con discernimiento suficiente pero que son incapaces legales para contratar. – 3. Cuando la acción civil se ha extinguido por prescripción, permaneciendo como mera obligación natural. – 4. El caso de los herederos forzosos o testamentarios, que cumplen con la manda (donaciones) de los causantes, a pesar que la misma adoleciera de defectos de forma o de sustancia.

El artículo 1752 ⁽²⁰⁾ refiere al efecto de las obligaciones naturales, a pesar de no contar con acción para su exigibilidad, es el de no poder recuperar lo que ha sido pagado en virtud de ellas –no se puede exigir la restitución- ; y dar causa a un nuevo contrato, lo que sería la novación.

¿Podemos encasillar acaso, en la categoría de nulidad absoluta, aquello a lo que la propia ley niega la restitución al estado anterior?

Nulidad del acto o negocio jurídico

La innovación que recoge el código unificado en el 291 no es menor. Ya no dice la ley que serán de ningún valor “los actos” –como contenido- sino que ahora refiere que será de ningún valor “el instrumento” –como continente del acto.

Al decir de Luis Moisset de Espanés ⁽²¹⁾ citando a Rafael Núñez Lagos, el “acto instrumental” y el “acto instrumentado.”- Distingue así los vicios en el contenido del acto, donde generalmente no están en juego sino intereses particulares, de los vicios en el instrumento, donde generalmente está involucrada la actuación del notario y el orden público.

El código civil de Luisiana, que abunda en definiciones y explicaciones, sobre el tema de la nulidad instrumental, dice:

- *“Art. 1755. No debe confundirse el contrato con el instrumento escrito destinado a probarlo. Un contrato puede subsistir, a pesar que el instrumento escrito pueda ser declarado nulo por cualquier defecto; y el instrumento escrito puede ser válido y auténtico, a pesar que el contrato que debe probar sea ilegal. El contrato en sí mismo no es nulo sino en virtud de las causas o vicios determinados por la ley.”* ⁽²²⁾

Absoluto o relativo

²⁰ “Art. 1752. Although natural obligations cannot be enforced by actions, they have the following effects: - 1. No suit will lie to recover what has been paid, or given in compliance with a natural obligation; - 2. A natural obligation is a sufficient consideration for a new contract.”

²¹ Nulidad de Escrituras Públicas. Responsabilidad del Escribano. Luis Moisset de Espanés y José Fernando Márquez. Revista del Notariado 897. Julio Setiembre 2009.- (Pagina 289 y ss). Refiere a una conferencia pronunciada por el doctor Luis Moisset de Espanés en el Colegio de Escribanos de Córdoba. Publicado en Revista Notarial, Colegio de Escribanos de la Provincia de Córdoba, número 90, año 2008 /02.-

²² “Art. 1755. Il ne faut pas confondre le contrat avec l’acte écrit, qui sert à le prouver. Un contrat peut subsister, quoique l’acte écrit puisse être déclaré nul pour quelque défaut; et l’acte écrit peut être bon et authentique, quoique le contrat qui sert à la prouver, soit illégal. Le contrat lui-même n’est nul que pour quelque cause ou vice determine par la loi.”

Esto que intentamos exponer, lo explica acabadamente Federico Carlos Von Savigny, con su excelsa pluma e indiscutible autoridad. Nuevamente bajo indicaciones del maestro Raúl Navas, buceamos en el clásico “Sistema de Derecho Romano Actual”. ⁽²³⁾

Señala Savigny que cuando la ley prohíbe un acto jurídico sin determinar precisamente sus consecuencias, **la nulidad es una consecuencia demasiado grave si la ley no la pronuncia expresamente.** -

Pero el jurista alemán aclara que esta norma general [prohibición = nulidad] *“experimenta una excepción natural cuando la ley atribuye al acto prohibido una consecuencia distinta de la nulidad o incompatible con ella.”*-

Pone como ejemplo Savigny el caso de la viuda que contrae nupcias antes del término que prescribe la ley. La viuda tenía prohibido -en derecho romano- volver a casarse antes del año de producida la viudez. Pero la pena establecida por la ley para el matrimonio celebrado en infracción era la pérdida de la dote. Concluye pues que, si perdía la dote, era porque el segundo matrimonio se había celebrado válidamente, a pesar de la prohibición.

Determina Savigny que el obstáculo sería un impedimento no dirimente. ⁽²⁴⁾

Decir que el acto es confirmable implica una consecuencia distinta de la nulidad, e incompatible con ella.

Vélez Sarsfield, siguiendo a Savigny estableció en el artículo 18 CC que

- *“los actos prohibidos por las leyes son de ningún valor, si la ley no designa otro efecto para el caso de contravención.”*

En el mismo sentido resuelve el código civil chileno, en el artículo 10:

- *“Los actos que prohíbe la ley son nulos i de ningún valor; salvo en cuanto designe expresamente otro efecto que el de nulidad para el caso de contravención.”* ⁽²⁵⁾

Quienes postulan la nulidad absoluta consideran que el 987 CC -a pesar de su vecindad numérica- no está previsto para sanear la nulidad del 985.- El mismo criterio se trasladaría a los artículos 291 y 294 del código unificado.

La solución nuevamente surge de la fuente: la ley del 25 Ventoso. Se debe tener en cuenta que Vélez Sarsfield redactó un código civil, no un reglamento

²³ Sistema de derecho romano actual, traducción de Jacinto Mesia y Manuel Poley.- F. Góngora y Cia. Editores. Madrid, 1879, Tomo III, Parágrafo CCII y CCIII. Federico Carlos Von Savigny.

²⁴ *“impediens, pero no dirimens.”*

²⁵ Todo el código chileno de Andrés Bello está escrito en español antiguo, y utiliza siempre la “i” latina en aquellos lugares en que nosotros utilizamos la “y” (griega).

para el notariado; y en este artículo en particular –el 985- se apoyó en la legislación francesa que regulaba la función notarial (Ley de Ventoso).

El artículo 68 de la reglamentación del notariado francés, bajo el título “Disposiciones generales”, establecía:

- *“Todo acto realizado en contravención con las disposiciones contenidas en los artículos 6, 8, 9, 10... es nulo, si no está revestido de la firma de todas las partes; y aquellos actos que cuenten con las firmas de todas las partes contratantes, **valdrán como instrumento bajo firma privada**; sin perjuicio, en los dos casos, de los daños y perjuicios que correspondan al notario contraventor.”*⁽²⁶⁾

Expresamente la ley francesa de 1803 (25 Ventoso del año XI.) ratifica la solución del artículo 1318 del código civil francés, y expresamente le aplica el efecto saneador al artículo 8° de Ventoso, fuente y origen del 985 argentino.

Vélez Sarsfield conoció la ley francesa reguladora del notariado, y no dio razón para sostener que haya propuesto una solución diversa. Nada surge tampoco del nuevo código que haga presumir una mutación respecto de sus fuentes.

En la causa sobre “Nulidades Absolutas y Relativas de los Actos Jurídicos”,⁽²⁷⁾ publicada en la Revista de Legislación y Jurisprudencia, Vélez Sarsfield señala que

- *“**Prohibir y anular no son sinónimos en el derecho. Privar** ⁽²⁸⁾ **un acto es ordenar no hacerlo. Anular es obrar sobre lo que ha sido hecho contra las formas prescriptas... hay actos prohibidos que no son nulos... hay actos declarados nulos, aun cuando no sean positivamente prohibidos.**”*

- *“Que ni todo lo prohibido por ellas [las leyes] es nulo, ni tampoco válido todo lo que ellas no han anulado expresamente.”*

Cita también Vélez el (entonces “nuevo”) código Prusiano, que establecía:

- *“... la omisión en cumplir la forma legal de un acto causa su nulidad solamente cuando la ley exige expresamente la observación de esta forma para la validez del acto. **En caso dudoso se presume que la forma de un acto no es ordenada sino para hacerlo más seguro y más auténtico.**”*

²⁶ Art. 68. Tout acte fait en contravention aux dispositions contenues aux art. 6, 8, 9, 10,... est nul, s'il n'est pas revêtu de la signature de toutes les parties; et lorsque l'acte sera revêtu de la signature de toutes les parties contractantes, il ne vaudra que comme écrit sous signature privée; sauf, dans les deux cas, s'il y a lieu, les dommages-intérêts contre le notaire contrevenant.”

²⁷ Causa de D. Miguel Azcuénaga con Da. Vicenta Costa. (Sobre Nulidades Absolutas y Relativas en los Actos Jurídicos. 1840). Revista de la Legislación y Jurisprudencia. T° VII, Buenos Aires, 1872, pp. 206-226.

²⁸ Utiliza “privar” como sinónimo de “prohibir.”

Señala Vélez Sarsfield que no alcanza con prohibir, sino que es preciso además **irritar** expresamente el acto para anularlo. ⁽²⁹⁾ Que **las prohibiciones toman su fuerza irritante de su carácter, de su fin**, de la intención del legislador, del orden público.

Agrega que cuando

- *“no hay cláusula irritante, las cuestiones que resulten deben abandonarse a la prudencia del Magistrado.”* ⁽³⁰⁾

En cuanto a las formas, señala Vélez que

- *“Los intérpretes... dividen las **formalidades esenciales o sustanciales** de las que son **accidentales o secundarias**, cuya omisión no puede destruir la sustancia del acto... todas esas formalidades son infinitamente útiles y **algunas moralmente necesarias** para impedir los fraudes; sin embargo, **su omisión no causa una nulidad** de los actos. ... cuando una formalidad no es por ella misma absolutamente necesaria para observar la Justicia, los jueces no deben irritar el acto, ni suplir la pena de nulidad...”*

- *“El silencio del legislador, anuncia que él ha querido reposar sobre la prudencia de los jueces, a quienes no liga y deja en libertad de pronunciar la nulidad de un acto cuando encuentre que por el defecto de observación de la formalidad prescripta, el acto es imperfecto, no llena el fin de la ley, y sobre todo ataca los derechos de un tercero; pero jamás puede pronunciarla cuando por otra parte, **el acto ha llenado el objeto de su institución; cuando sin fraude puede ser ratificado y adquirir lo que le faltaba**, y sobre todo cuando o la omisión o la ratificación de él **no causa perjuicio a nadie**, porque entonces **nadie tiene el derecho de atacarlo**; por último el Juez en un caso dudoso debe abstenerse de pronunciar la nulidad, el acto debe subsistir ...”*

En cuanto al carácter de la nulidad, señala el codificador:

- *“... Las **nulidades absolutas** son aquellas que tienen por causa el **interés público**. ... Al contrario aquellas Leyes dadas en el **interés solo de los particulares**... no causan sino una **nulidad respectiva**, ⁽³¹⁾ porque esta nulidad se juzga que no interesa sino a **aquél en cuyo favor está pronunciada**...”*

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

²⁹ Utiliza Vélez Sarsfield la expresión “irritar” como sinónimo de decretar la nulidad.

³⁰ *“Hoc ese arbitrio prudentis relinquendum”*

³¹ Nulidad “respectiva” como sinónimo de “relativa.”

- "... y es por esto que, aunque la ley no puede renunciarse ni ser objeto de contratos, sin embargo, a **solo el interesado es dado valerse de la nulidad** y deducirla en juicio, sin que los Tribunales puedan resolver de oficio."

- "Estos actos pueden ser confirmados o ratificados, y su confirmación o ratificación se retrotrae al tiempo del acto. Estos actos cuya nulidad no es sino respectiva **producen una obligación natural** que es lícito a cualquiera el cumplirla, y **no son nulos de pleno derecho sino respecto de la parte interesada.**"-

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

El Dr. Lisandro Segovia (³²) analizando la nota al artículo 1047 CC, revela el enfoque de los tratadistas más importantes sobre los cuales fincó Vélez su distinción: Zachariae, Demolombe, Escriche, Aubry & Rau, y Freitas.

Resume Segovia la posición de ellos diciendo:

- "La división de las nulidades en **absolutas y relativas** es la más trascendental.

- Zachariae... divide las nulidades en de **orden público o de interés privado**, siendo las primeras absolutas en principio; y en **absolutas o relativas**, según que puedan ser o no invocadas por ambas partes. Según dicho autor, las leyes reservan frecuentemente a la apreciación del Juez la clasificación de la nulidad relativa o absoluta en los casos particulares."-

- "Demolombe denomina relativas o respectivas... a las introducidas principalmente en el interés particular de determinadas personas; y absolutas a las introducidas por el contrario, consultando el interés general de la sociedad y del orden público."

- "Escriche... llama absoluta a la que proviene de una ley cuyo principal motivo es el interés público... y relativa la que no interesa sino a ciertas personas."

- "Freitas determina en sus artículos 805 y 810 los casos en que hay nulidad relativa o absoluta... Así, habrá **nulidad relativa** cuando la ley no permita alegarla sino a aquellas personas en cuyo beneficio ha sido introducida... Y **nulidad absoluta**, no solo cuando el acto sea del todo

³² El Código Civil de la República Argentina (copia de la edición oficial íntegra) – Su Explicación y crítica bajo la forma de Notas. Lisandro Segovia. Imprenta de Pablo E. Coni. 1881

inexistente ... por falta de objeto, o éste sea ilícito, o por incapacidad natural de la parte para consentir, sino cuando sea celebrado por una persona que tiene una incapacidad absoluta o accidental, o sin la forma instrumental legalmente esencial o en instrumento del todo nulo.”

Culmina señalando Lisandro Segovia su opinión personal:

*- “En fin, si estudiados los motivos de una ley, **quedase todavía duda**, creemos que el acto debe juzgarse **confirmable** y por tanto **relativa la nulidad**, porque lo que no está prohibido, está permitido. ... en la duda debe resolverse la cuestión a favor del... perjudicado y de la subsistencia de los actos, y porque como hemos dicho, lo que no está prohibido se reputa permitido.”*

La simpleza de los clásicos.

En el Código Civil francés la forma de los instrumentos y sus nulidades están tratadas dentro del esquema de la prueba.

Tanto los instrumentos privados como las escrituras públicas, en definitiva “las formas” en general, no son otra cosa que medios de prueba de las obligaciones y de los actos jurídicos.

Así en el Código Civil francés, el artículo 1315 parte del axioma:

- “1315. Quién reclame la ejecución de una obligación la debe probar. Recíprocamente, quién pretenda liberarse de ella, deberá acreditar su pago o el hecho que extinga la obligación.” ⁽³³⁾

De ahí en más siguen en el código francés los distintos capítulos destinados a “La prueba literal”, “los actos auténticos”; “los actos bajo firma privada”; “los actos de reconocimiento y confirmación”; pasando luego a “La prueba por testigos”; y cerrando con la Sección “De las presunciones.”

Vélez Sarsfield, al igual que todos los códigos inspirados en el código galo, construye una estructura similar, dando por sentado, como algo natural, que las formas hacen a la probanza de las obligaciones y los contratos.

Y así lo expresa en la nota al artículo 973, invocando la autoridad de Ortolán:

*- “El número y cantidad de las personas... el tiempo y el lugar en que debe verificarse, los escritos u otros **medios a propósito para conservar la***

³³ “1315. Celui qui réclame l’exécution d’une obligation doit la prouver. Réciproquement, celui qui se prétend libéré, doit justifier le payment ou le fait qui a produit l’extinction de son obligation.”

memoria. Todos estos elementos se hallan comprendidos en la idea de forma...”

El código Civil y Comercial de la Nación en el Capítulo 5 de los Actos Jurídicos, denomina a la Sección 3: **“Forma y prueba del Acto Jurídico.”**, y así el artículo 288 establece que

- *“la firma prueba la autoría de la declaración de voluntad expresada en el texto.”*

Lo mismo sostiene Augusto Teixeira de Freitas en al artículo 679 del Esboço, cuando enuncia que *uno de los efectos legales de la forma* de los instrumentos en relación al acto **es el de dar fe, como prueba pre-constituida, de la existencia de los actos jurídicos.** ⁽³⁴⁾

En el mismo sentido, El Código Civil Español de 1889, bajo el título “De la Prueba de las obligaciones”, los artículos 1214 y 1215 señalan:

- *“Incumbe la prueba de las obligaciones al que reclama su cumplimiento, y la de su extinción al que la opone.”*

- *“Las pruebas pueden hacerse: por instrumentos, por confesión, por inspección personal del juez, por peritos, por testigos y por presunciones.”*

El CCCN, de la misma manera,

- *“727. Prueba de la existencia de la obligación. Presunción de fuente legítima. La existencia de la obligación no se presume. La interpretación respecto de la existencia y extensión de la obligación es restrictiva. Probada la obligación, se presume que nace de fuente legítima mientras no se acredite lo contrario.”*

Formas “Ad Solemnitatem” y “Ad Probationem”

Dijimos que la forma en general, se establece para hacer un acto más seguro, y para probar el mismo.

³⁴ “Artículo 379. Os efeitos legais dos instrumentos em relação aos atos jurídicos, são: ... 3º **Dar-me fé, como prova pré-constituída, da existência dos atos jurídicos néles exarados,** com as limitações que se declarar quanto a cada uma das espécies de instrumentos.”

La doctrina en general hace una división entre las formas exigidas “ad probationem” y las formas exigidas “ad solemnitatem.”- Esta última, excepcional, se configura en ciertos casos, y la omisión de la misma, genera la nulidad del acto.

El CCCN lo aclara:

- “285. *Forma impuesta. El acto que no se otorga en la forma exigida por la ley no queda concluido como tal mientras no se haya otorgado el instrumento previsto, pero vale como acto en que las partes se han obligado a cumplir con la expresa formalidad, excepto que ella se exija **bajo sanción de nulidad.***”

- “969. *Contratos formales. Los contratos para los cuales la ley exige una forma para su validez, son nulos si la solemnidad no ha sido satisfecha. Cuando la forma requerida para los contratos, lo es sólo para que éstos produzcan sus efectos propios, **sin sanción de nulidad**, no quedan concluidos como tales mientras no se ha otorgado el instrumento previsto, pero valen como contratos en los que las partes se obligaron a cumplir con la expresa formalidad. Cuando la ley o las partes no imponen una forma determinada, ésta **debe constituir solo un medio de prueba de la celebración del contrato.***”

Originariamente, el 1184 del código de Vélez, rezaba que

- “*Deben ser hechos en escritura pública, **“bajo pena de nulidad”** ... los contratos...*”

La modificación a dicho artículo introducida por la Ley 17.711, quitó la sanción “**bajo pena de nulidad**”, invirtiendo así el principio general.

Vale decir que para aquellos actos en que la forma se establece *ad probationem* –la generalidad-, el acto no queda concluido, pero el negocio existe, se ha iniciado, y confiere acción para culminarlo.

Queda ver cuáles actos requieren la forma *ad solemnitatem*. Aquellos en los cuales la forma es esencial, y sin la cual el acto siquiera comienza.

Ejemplo típico es el contrato de matrimonio, donde el código no reconoce esponsales de futuro (artículo 401), o la donación de inmuebles, muebles registrables y prestaciones periódicas o vitalicias, donde el 1552 exige la escritura pública “bajo pena de nulidad.”

Así también los defectos de forma en los testamentos por acto público generan su nulidad (art. 2467, 2474 y concordantes del CCCN). (³⁵ - ³⁶)

³⁵ “2467. *Nulidad del testamento y de las disposiciones testamentarias. Es nulo el testamento o, en su caso, la disposición testamentaria: a) Por violar una disposición legal; - b) por defectos de forma; ...*”-

Interesa sin embargo a nuestra tesis el artículo 2469.

- “2469. *Acción de nulidad. Cualquier interesado puede demandar la nulidad del testamento o de alguna de sus cláusulas a menos que, habiéndolo conocido haya ratificado las disposiciones testamentarias o las haya cumplido espontáneamente.*”

Nuevamente vemos que el cumplimiento de la obligación natural, “mata” a la nulidad formal. - Es renunciable, y obviamente prescriptible.

Formas absolutas, Relativas y Formalidades Probatorias.

En los “Fundamentos del anteproyecto de Código Civil y Comercial”, “Capítulo 5. Actos Jurídicos”, se explica que el código abandona la vieja distinción entre formas ad solemnitatem y ad probationem, pasando a adoptar un sistema trial, de **formas absolutas, formas relativas y formalidades para la prueba**; señalando que ciertas formas no hacen a la validez del acto sino a la producción de sus efectos propios.

Se explica que se eleva el principio de apariencia, favoreciendo la conversión del acto:

- “Se determinan los requisitos del instrumento y las prohibiciones para el funcionario, quién debe ser competente y estar en el lugar de su habilitación. No obstante, **se consagran facilidades o excepciones a favor de la apariencia en pro de los usuarios del sistema, además de la conversión del instrumento como privado si así pudiese valer.** ...

- **La eficacia probatoria del instrumento constituye un punto relevante...**”

Aubry & Rau

Dijimos que seguimos a Aubry & Rau por ser la principal fuente de Vélez Sarsfield en el 985. Al n° 754 y siguientes (Generalidades), en el punto 3° refieren los ilustres autores a “*Los actos nulos como actos auténticos*”⁽³⁷⁾

En el análisis del artículo 1318 del código galo, señalan que cuando las partes han pretendido investir a un acto de la autenticidad, un defecto de forma o la incompetencia o incapacidad del oficial público, si bien puede anular el acto como instrumento público, el mismo es válido como acto bajo firma privada en

³⁶ “2474. *Sanción por inobservancia de las formas. La inobservancia de las formas requeridas para otorgar el testamento causa su nulidad total; pero, satisfechas las formas legales, la nulidad de una o varias de sus cláusulas no perjudica a las restantes partes del acto...*”-

³⁷ “Des actes nuls comme actes authentiques”. Página 374 y siguientes.

la medida que esté firmado por las partes; aun cuando conteniendo convenciones sinalagmáticas, no esté hecho en dos ejemplares como lo exige el artículo 1326.

En la nota a pie de página n° 58 señalan que cuando se da el caso de *“incompetencia o incapacidad del oficial público, en términos generales, el legislador ha previsto que una u otra invalidez **no constituyen sino un vicio relativo.**”* ⁽³⁸⁾

Señalan pues –Aubry & Rau- que

- *“Queda bien entendido que el notario que ha autorizado un acto destinado a constatar una convención en la cual **él esté personalmente interesado**, o que contenga enunciaciones o estipulaciones en su favor, **no puede, por dicha causa, prevalecerse** de las disposiciones del artículo 1318.”*

Y es absolutamente necesaria la referencia para entender el 1318 galo, el 987 de Vélez o el 294 del CCCN. La nulidad prevista por el 291 **es relativa para las partes**, que pueden confirmar el acto otorgado; sea expresamente, sea tácitamente, o renunciando a plantear su nulidad.

Es el notario quién nunca podrá exigir el cumplimiento de aquellas estipulaciones que pudieran favorecerlo, pues **para él constituyen una nulidad absoluta.**

Nuevamente Carminio Castagno, en su trabajo “El artículo 985 del Código Civil Argentino”, ⁽³⁹⁾ cita jurisprudencia francesa interpretando el fraude en la forma más írrita, aquella en la que el propio notario es la parte interesada; en cuyo caso el acto no vale –para el propio notario- ni siquiera como acto por instrumento privado. ⁽⁴⁰⁾ Y lamenta el maestro que, ***dicha jurisprudencia no se ha extendido a los parientes del notario***, invocando el artículo 8 de la Ley 25 Ventoso del año XI.

Nulidad y Vicios del consentimiento.

³⁸ “N° 58. ... Si cet article parle de l’incompétence o de l’incapacité de l’officier public, en termes généraux e sans aucune restriction, il suffit cepedant de le rapprocher de l’art 68 de cette même loi du 25 ventôse an XI, auquel il a été emprunté, et des art. 6 et 8 de cette même loi, pour se convaincre que le législateur n’a en vue que l’incompétence territoriale et l’incapacité personnelle de l’officier public, que l’une et l’autre ne constituent que des empêchements relatifs. Bonnier, n° 377.”

³⁹ “El Artículo 985 del Código Civil Argentino.” – José Manuel Carminio Castagno. Revista del Notariado 889.

⁴⁰ Jurisprudencia citada por Carminio Castagno como proveniente de “Dalloz, Code Civil”, París, 1951, pág. 469, art. 1318.-

En la imperecedera obra de Aubry & Rau, ⁽⁴¹⁾ se señala que las nulidades de las obligaciones producidas en razón de la incapacidad del obligado, en razón de la violación de las formas especiales prescriptas en interés de menores e interdictos, y en fin, en razón de los vicios del consentimiento que pudiera afectarlos, son todas nulidades relativas.

Así aquellos que no tienen ejercicio pleno y entero de sus derechos civiles, y que no pueden obligarse válidamente, como los judicialmente interdictos, las mujeres casadas; y aquellas en el cual el consentimiento estuviere viciado por vicios como error, dolo o violencia.

En el apartado 337, señalan: ⁽⁴²⁾

- *“Todas las obligaciones sujetas a nulidad o rescisión son, por regla general, susceptibles de confirmación; poco importa que la nulidad a sanear sea de fondo o de forma, relativa o absoluta, de interés privado o de orden público.*

- *“No obstante esta regla reconoce excepciones:*

- *“1° En los casos en que la voluntad del obligado sea absolutamente impotente de obligarse ... así, no se puede confirmar las obligaciones convencionales fundadas en causa ilícita, por ejemplo, la de obligarse a pagar intereses usurarios.”*

- *“2° Las que se basan en formalidades establecidas en interés de terceros. La nulidad que resulta de su inobservancia no puede convertirse en detrimento de ellos por un acto de confirmación entre partes.”*

- *“3° La que concierne a una nulidad formal que vicia una donación entre vivos. El donante no puede subsanar dicha nulidad por una confirmación ...”*

Voilà!! La magia de los clásicos.!

LXXIV Seminario Teórico Práctico Laureano Arturo Moreira

⁴¹ Aubry & Rau. N° 332 y siguientes. Segunda Parte, Libro Primero.

⁴² *“Toutes les obligations sujettes á nullité ou á rescisión sont, en règle générale, susceptibles de confirmation, peu importe que la nullité á couvrir soit, de fond ou de forme, relative ou absolue, d'intérêt privé ou d'ordre public. Cependant, cette règle recoit exception: 1° Dans les cas où la volonté de l'obligé est absolument impuissante á faire disparaître, á une époque quelconque, la nullité don't l'obligation se trouve entachée. ... Ainsi, on ne peut confirmer les obligations conventionnelles fondées sur une cause illicite, par exemple, l'engagement de payer des interest usuraires. 2° Lorsqu'il s'agit de formalités établies dans l'intérêt de tiers. La nullité qui resulte de leur inobservation ne peut être couverte á leur detriment par un acte de confirmation passé ente les parties. 3° En ce qui concerne les nullités de forme qui vicie une donation entre-vifs. Le donateur ne peut couvrir ces nullités par aucun acte confirmatif, ...”*

En el Seminario Laureano Moreira del 16 y 17 de noviembre de 2017, organizado por la Academia Nacional del Notariado, se analizaron las Conclusiones de las XXVI. Jornadas Nacionales de Derecho Civil del 28, 29 y 30 de septiembre de 2017 de La Plata; vertidas en la Comisión n° 10, bajo el título “Derecho Notarial: Innovaciones del Código respecto de instrumentos públicos y privados.”

El punto IV. de las Conclusiones de la Comisión 10, refirió al tema “Nulidades Instrumentales. Concepto.”-

Bajo la presidencia del Dr. José María Orelle, se emitió el siguiente dictamen:

- 1. *“El punto esencial para la regulación de las sanciones aplicables a actos viciados, es la trascendencia e importancia del bien jurídico tutelado. En un plano genérico, abstracto, es técnicamente adecuado que la imposición de solemnidades (conjunto de garantías procedimentales) está inspirada en el Orden Público. Pero cabe aludir –en el plano específico de **cada solemnidad-al interés privado** que fundamenta cada una de ellas (bien jurídico específico). Con este enfoque, **coexiste** la generalizada referencia sobre el **carácter absoluto** de las solemnidades (plano genérico) con el **carácter relativo** de cada una de ellas (plano singular, individual). –*

- 2. Debido a ello, **debe analizarse cada caso con sus circunstancias** (buena o mala fe, a su vez, simple o viciosa, cumplimiento o incumplimiento de obligaciones, presencia o ausencia de **daño**, **presencia o ausencia de impugnación o reclamo**, **tiempo transcurrido**, **eventual confirmación expresa o tácita**, investigación empírica sobre **el desarrollo del acto en su singularidad**, **grados de detección del vicio**, vicio parcial o total, grados de intensidad, realidad y **apariencia**, etc.)

- 3. En síntesis, **un modo más justo y técnico de evaluación de vicios** en las solemnidades instrumentales **es dicha investigación particular**, por la cual **la sanción abstracta, genérica, previa**, sin apreciación de la inmensa variedad de circunstancias relevantes como “nulidad absoluta”, “Orden Público”, **es contraria no solo (a) principios esenciales del ordenamiento jurídico**, sino que es contraria a la realidad de la convivencia humana, que es variable, impredecible con la enorme variedad de factores, temporal, con muy diversos grados y combinaciones de factores objetivos, subjetivos y de variedad de sujetos y circunstancias implicadas.”

Resultado justo.

El mundo ha evolucionado. Las resoluciones judiciales, a más de ser adecuadas a la ley positiva, deben ser justas. No podemos soslayar la

diferencia entre ley positiva y justicia. Cuando la aplicación ciega de la ley lleva a un resultado injusto, el juez debe apartarse del mismo.

A nivel mundial, el positivismo ha recibido una gran paliza, en los juicios de Núrenberg de 1947, ⁽⁴³⁾ al igual que con la caída del muro de Berlín. ⁽⁴⁴⁾ Como señalara Radbruch: *“cuando la ley incurre en injusticia extrema, no es derecho.”*- La aplicación de la ley no es matemática y debe adecuarse a los principios de razonabilidad, sentido común y resultado justo.

Nada diferente a San Marcos 2:27. Desde siempre el cristianismo lo interpretó en el sentido que *“La Ley había sido creada para el hombre, no el hombre para la ley.”*

Por ello, el nuevo código establece claramente en el 383 que toda nulidad debe sustanciarse.

En el punto XI. sobre “Incompetencia en Razón de la Personas (Artículo 291 del CCCN)”, hubo 2 dictámenes:

- *“1.A. El incumplimiento **genera la nulidad absoluta** del instrumento en razón de afectar uno de los presupuestos formales a que se sujeta la dación de fe pública; ello **sin perjuicio de la eventual eficacia intrínseca del negocio jurídico instrumentado.**”* - Mayoría (8 votos). Abstención (1 Voto) ⁽⁴⁵⁾

- *“1.B. **Se considera que la nulidad es relativa.**”* - Minoría (4 votos). ⁽⁴⁶⁾

Se evidencia cierta incongruencia con lo resuelto en el punto IV. sobre las nulidades instrumentales.

Las garantías procedimentales están destinadas, a garantizar un buen orden y la justicia en el caso particular. Cuando luego de un análisis profundo y detallado del caso vemos que la nulidad no soluciona el caso en justicia, sino que lleva a un resultado injusto, cuando la aplicación de la norma perjudica a quién debe defender, debemos abstenernos de aplicarla.

⁴³ En Núrenberg, cuando fueron condenados los Nazis y sus colaboracionistas, por cumplir leyes injustas, leyes formalmente válidas, pero contrarias al “Derecho”.

⁴⁴ Con la caída del muro de Berlín, fueron condenados los soldados alemanes, que siguiendo instrucciones –bajo la excusa de la obediencia debida- disparaban contra sus propios conciudadanos que intentaban escapar de la Alemania democrática.

⁴⁵ Votos por la Mayoría: - Armella, - Cerávolo, - D’Alessio, - Gianfelici, - Lukasewicz, - Moia, - Podrez, y -Regis.- Abstención: Cosola.

⁴⁶ Votos por la Minoría: - Casabé, - Guida, - Orelle, y - Urbaneja.

La mayoría que sostiene que la nulidad es absoluta ***“sin perjuicio de la validez intrínseca del negocio jurídico instrumentado”***; -léase absoluta *“con reparos”*- al igual que la minoría, que directamente considera la nulidad relativa; están diciendo lo mismo. Algo absoluto con reparos, no es absoluto. Ambos remiten al análisis del caso, a su sustanciación; remiten al prudente criterio del juez.

Articulación y articuladores

Lo dicho se patentiza cuando analizamos quiénes pueden articular la nulidad del acto otorgado en violación del 291.

Las alternativas desde el punto de vista de un razonamiento lógico, son 5.

1. La parte pariente.

2. La parte no pariente.

3. El notario.

4. El juez de oficio.

5. El juez, a pedido del Ministerio Público o de un tercero.

Claramente debemos descartar al pariente (# 1) y al notario (# 3).

Ninguno podría invocar su propia torpeza. Difícilmente nos encontremos frente a un caso de buena fe (ignorancia de la relación parental).

En los “Fundamentos del Anteproyecto” surge que:

- *“Al vedar articular la nulidad a quién “invoca la propia torpeza para lograr un provecho”, se mejora el sistema actual...; - “el conocimiento del vicio no equivale necesariamente a la mala fe.” ... Lo razonable es que se limite la imposibilidad de articular la nulidad a quién haya actuado de mala fe y pretenda obtener un provecho de la declaración de nulidad.”*

En principio el vicio podría ser articulado por el no pariente (# 2).

El código nos dice que el Juez puede declarar la nulidad de oficio. (# 4) Cabe detenerse en este punto. Ningún juez puede pedir mi título y determinar que el acto instrumentado en él es nulo. Decir que el juez puede declararla la nulidad de oficio constituye una simplificación reduccionista inaceptable.

Declarar la nulidad de oficio, supone la existencia de una controversia judicial, donde se ventile la validez del instrumento. Supone también, que luego de la

sustanciación, -habiendo omitido la parte oponer la nulidad del 291-, que el juez, apartándose del principio que lo restringe a resolver sobre lo articulado por las partes, declare la nulidad.

Fundado en el principio *“iura novit curia”*, de oficio podría declarar la nulidad *“si es manifiesta en el momento de dictar sentencia”*. (Art. 387 CCCN).

Por último, que el juez declare la nulidad a pedido del Ministerio Público o de un tercero (# 5). La casuística sería ilimitada, como ilimitada puede ser la cantidad de personas con interés legítimo para reclamar. Pero entendemos que debiera tratarse de un caso de fraude, donde el notario y al menos una de las partes (pariente) estuvieran confabulados en un concilio doloso. Si el no pariente fuera de buena fe a título oneroso, en principio podría repeler el reclamo del tercero.

Nuestro parecer

Vemos en la prohibición del artículo 291 una nulidad fundada en **razones de orden público, pero de interés particular**, por tanto, relativa, - *“respectiva”* en la terminología de Vélez. - La misma ha sido establecida preferentemente en beneficio del no pariente del escribano.

Adjetivamos como “preferentemente”, teniendo en consideración que siempre, la causa última de la nulidad, subyace en el orden público.

Dijimos que el fundamento del 291 es garantizar la imparcialidad del funcionario.

Subyace en el fondo de la norma la idea de que el agente o funcionario puede beneficiar (se) –a sí mismo- o beneficiar (lo) -a su pariente. - La norma busca evitar que el beneficio se produzca en perjuicio -a costa- de la contraparte o de los terceros.

La nulidad del 291 es una herramienta que establece la ley, generando una “presunción legal *“iuris et de iure”* de parcialidad y perjuicio” contra el notario y sus parientes. Presume un actuar aprovechado del notario en perjuicio del no pariente.

A diferencia de lo que pudiera suceder en un caso de lesión, la presunción del 291 permite al no pariente recuperar la equidad del sinalagma mediante la sola acreditación del vínculo parental; y sin necesidad de acreditar perjuicio o aprovechamiento.

El notario y sus parientes conocen –o debieran conocer- la relación parental que los une. Por el contrario, no podemos presumir que la contraparte tuvo conocimiento del parentesco.

Solo el no pariente estaría en condiciones de invocar y alegar buena fe; que *prima facie* estaría vedado al notario y a sus parientes.

En fin, sólo el no pariente y los terceros podrían servirse de la herramienta.

Permitir al notario o a su pariente –presunto beneficiario por su relación parental- articular la nulidad del acto basándose en el parentesco, implicaría fomentar un nuevo aprovechamiento.

Si el negocio jurídico se llevó a cabo en forma correcta, sin inconvenientes, dando a cada uno lo suyo, sin afectar derechos de terceros; no se aprecia tampoco cual sea el interés de la sociedad, del bien común o del orden público subyacente, que se intenta proteger con una nulidad insalvable.

La sanción del 291 está impuesta por la ley en protección del no pariente.

El artículo 388 del código unificado señala que la nulidad relativa solamente puede invocarla aquella persona en cuyo beneficio se establece. Excepcionalmente podría invocarla un tercero que hubiere sufrido un “*perjuicio*”, pero nunca el notario o su pariente.

Vicios Ostensibles o Manifiestos

Debemos tener presente la ostensibilidad del vicio, el carácter manifiesto del mismo. Adelantamos que, para parte de la doctrina, que el vicio sea ostensible o manifiesto- no son sinónimos.

Sería sumamente atípico encontrar una escritura de cuyo texto resultare en forma ostensible el vínculo parental que relacione el interés del notario con el acto prohibido. (“... *ante mí, notario, comparece fulana y dice que le vende a mi hijo mengano...*”)

Usualmente la relación parental no se presenta en forma ostensible, y la anulabilidad del acto depende de cierta investigación.

En los casos de identidad de apellido entre el notario y uno de los interesados, ha de presumirse que no son parientes dentro del grado prohibido. - La nulidad suele estar solapada, escondida, con simulación o interposición de personas, ocultándose la relación parental.

El tema de la nulidad está planteado en los artículos 386 a 388.

- “386. *Criterio de distinción. Son de nulidad absoluta los actos que contravienen el orden público, la moral o las buenas costumbres. Son de nulidad relativa los actos a los cuales la ley impone esta sanción solo en protección del interés de ciertas personas.*”

El 387 refiere que la nulidad absoluta puede ser declarada de oficio -sin pedido de parte- si es manifiesta; y no se sana por confirmación ni por prescripción.

El 388 define las consecuencias de la nulidad relativa. Establece que solo puede declararse a pedido de parte –de aquella en cuyo beneficio ha sido establecida- y puede sanearse por confirmación y por prescripción de la acción.

Consciente el codificador de la opinabilidad del tema, establece en el 387:

- “La nulidad absoluta puede declararse por el juez, aun sin mediar petición de parte, **si es manifiesta en el momento de dictar sentencia.** ...”

Apuntamos además que “**del puede**” se deriva que es una facultad del juez, no una obligación. Ello acredita una vez más, su carácter “relativa.”

En los “Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación”, la comisión redactora señala que el proyecto abandona la doble clasificación de actos de nulidad absoluta y relativa y la de nulos y anulables, quedando subsistente solamente la primera.

Que habiendo perdido virtualidad la clasificación de “nulos y anulables”, la nulidad siempre requiere pronunciamiento judicial si la partes o un tercero pretenden prevalerse del acto.

Queda pues subsistente la clasificación en nulidad “absoluta o relativa”, y la misma

- “se funda en el interés predominantemente protegido, según sea **general**, (dado por el orden público, la moral o las buenas costumbres), **o particular**, (es decir, en protección del interés de ciertas personas).”

Se tiende en la nulidad absoluta a un criterio amplio de valoración ética que permita al juez impedir la vigencia de un acto que afecta al interés general, siendo irrelevante que el vicio resulte solo del instrumento o del instrumento sumado a otra prueba extrínseca o de un hecho investigado en el expediente.

La cuestión pasa –en definitiva- por dirimir si en el acto -en el que esté personalmente interesado el notario o sus parientes- está involucrado o no el interés general o colectivo.

La confirmación

Sobre la “confirmación”, los artículos 393 y 395 del código unificado establecen:

- “393 *Requisitos. Hay confirmación cuando la parte que puede articular la nulidad relativa, manifiesta expresa o tácitamente su voluntad de tener al acto por válido, después de haber desaparecido la causa de nulidad. El acto de confirmación no requiere la conformidad de la otra parte.*”

- 395. *Efecto retroactivo. La confirmación del acto entre vivos originalmente nulo tiene efecto retroactivo a la fecha en que se celebró. ... La retroactividad de la confirmación no perjudica los derechos de terceros de buena fe.*”

En el código de Vélez se discutía si la confirmación podría hacerse antes de ser declarada formalmente la nulidad. El código unificado ha despejado la duda, posibilitándolo.

Es nuestro parecer que la nulidad del 291, si bien podría fundarse en razones de orden público, es predominantemente relativa, en el sentido que solo puede articularla el no pariente o un tercero interesado.

Volviendo a “Los fundamentos del Anteproyecto” queda claro que:

- “*La nulidad siempre requiere pronunciamiento judicial si las partes o un tercero pretenden prevalerse del acto...*”-

Y como expresamente lo establece el artículo 383:

- “*Articulación. La nulidad puede argüirse por vía de acción o de excepción. En todos los casos debe sustanciarse.*”

Si el acto se otorgó naturalmente, si cada parte cumplió con la contraprestación a su cargo, si no hubo aprovechamiento de una parte sobre la otra, si se mantuvo el sinalagma natural del contrato, la mera existencia del vínculo parental no justifica *per se* la declaración de nulidad del acto, y menos aún que lo haga el juez de oficio (contra la voluntad o el interés del no pariente). -

El interés personal del notario o de sus parientes debe tener entidad suficiente para que la arbitrariedad genere un perjuicio al no pariente. El artículo 291 de la ley presume dicho perjuicio cuando la parte -en cuyo beneficio se ha establecido la nulidad- articula su declaración judicial.

Cómo dijera Vélez Sarsfield en la causa de Miguel Azcuénaga ⁽⁴⁷⁾ sobre nulidades:

⁴⁷ Citada supra.

- ***“Se presume que la forma de un acto, no es ordenada sino para hacerlo más seguro y auténtico... todas esas formalidades son infinitamente útiles y algunas moralmente necesarias para impedir los fraudes; sin embargo, su omisión no causa una nulidad de los actos.”***

Nada impide que el acto viciado pueda sanearse mediante la confirmación de la parte en cuyo beneficio la ley ha establecido la nulidad, sea mediante declaración expresa confirmatoria, mediante renuncia o mediante la prescripción por el mero transcurso del tiempo.

La confirmación podría darse incluso en forma tácita, mediante actos de disposición que realice el interesado en cuyo beneficio fuera establecida.

En cuanto a la confirmación y a la renuncia, las mismas no pueden producirse en forma anticipada y genérica en el mismo contrato. Si lo que se objeta es que el vicio surge por haber sido otorgado ante el notario pariente, la renuncia debiera ser realizada en un instrumento que no adolezca de dicho vicio; ergo ante otro notario, o ante el mismo, una vez extinguida la relación parental.

El artículo 1908 del Esboço de Freitas, expresamente prohibía en los contratos las cláusulas de renuncia a las nulidades absolutas –inciso 2°-; de renuncia indeterminada a nulidades relativas –inciso 3°-; y la renuncia a comparecer a juicio –inciso 4°.-⁽⁴⁸⁾

Para Vélez Sarsfield la renuncia no requiere una forma determinada, pero la intención de renunciar no se presume, y la interpretación de los actos que induzcan a probarla debe ser restrictiva (artículos 873 y 874 del código Civil). -

El orden público

Para muchos, lo que define que una nulidad sea absoluta o relativa –respectiva al decir de Vélez- es la idea de orden público.

Si bien todos creemos saber qué es el orden público, resulta sumamente difícil definirlo. Al decir de Jorge Joaquín Llambías,⁽⁴⁹⁾

- ***“pocas nociones son tan rebeldes como la de orden público para formular de ellas una definición clara y precisa.”***

El artículo 19 de la Constitución Nacional:

⁴⁸ Art. 1908. Proíbe-se nos contratos as seguintes cláusulas: ... 2° As de renúncia de nulidades absolutas (art. 908).- 3° As de renúncia indeterminada de nulidades relativas (arts. 813 a 816, n° 2), ainda que tais renúncias sejam feitas com aparência de doações.- 4° A de renúncia de primeira citação, ou de audiência em juízo.

⁴⁹ Llambías, Jorge Joaquín: Tratado de Derecho Civil – Parte General. Citado por Julio Conte-Grand en su trabajo sobre “La mutación del orden público y su incidencia en el sistema de derecho privado: reflexiones en los umbrales del bicentenario patrio.”

- *“Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al **orden y la moral pública**, ni perjudiquen a un tercero, están solo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe.”*

Paradójicamente, mientras muchos oponen el orden público como límite a la autonomía de la voluntad, el artículo 1197 señalaba:

- *“Las convenciones hechas en los contratos forman para las partes una regla a la cual deben someterse como a la ley misma.”*

Una norma de profundo contenido moral, que reconoce su origen en el aforismo latino **“pacta sunt servanda”**; norma basal de cualquier sistema jurídico, y ella misma *per se* debiera considerarse de orden público.

El 1197 del Código Civil reconocía su fuente inmediata en el 1135 del código francés:

- *“Los pactos legalmente formados tiene fuerza de ley para aquellos que los han hecho. No pueden ser revocados sino por mutuo consentimiento o por las causas que están autorizadas por la ley. Deben llevarse a ejecución de buena fe.”* ⁽⁵⁰⁾

En el mismo sentido el artículo 1545 del código chileno señala que

- *“Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales.”*

Así también el 1091 del código español:

- *“Las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes, y deben cumplirse al tenor de los mismos”.*

La fuente última del **“pacta sunt servanda”** debemos buscarla en la naturaleza humana.

Dentro de la libertad inherente a las personas, se encuentra el derecho a realizar convenciones y a obligarse. Podríamos decir que es un derecho natural, inherente a todo ser humano, incluso previo a cualquier pacto social, el cual lo presupone.

Sobre el particular, señala Vélez Sarsfield en la causa de las nulidades:

⁵⁰ Art. 1134 del Código Civil Francés:- *“Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise. Elles doivent être exécutées de bonne foi.”*

- "... los hombres tenían el derecho de contratar antes de la existencia de las leyes positivas. Este era uno de los derechos naturales que la ley no podía quitarles. Ellos pueden contratar verbalmente o por escrito, por actos bajo firma privada o por escritura pública. La ley puede reglar la forma de estos actos; mas si ella no expresa claramente la esencialidad de una forma que introduce, ... es preciso decir que **las formalidades que ha puesto no son sustanciales**, pues que los contratos podían existir sin esas formalidades."

El código civil y comercial unificado, en ésta materia está mejor estructurado. Trata de los contratos a partir del artículo 957, y comienza definiendo:

- "957. Contrato es el acto jurídico mediante el cual dos o más partes manifiestan su consentimiento para crear, regular, modificar, transferir o extinguir relaciones jurídicas patrimoniales."

- "958. Libertad de contratación. Las partes son libres para celebrar un contrato y determinar su contenido, dentro de los límites impuestos por la ley, el orden público, la moral y las buenas costumbres."

- "959. Efecto vinculante. Todo contrato válidamente celebrado es obligatorio para las partes. Su contenido solo puede ser modificado o extinguido por acuerdo de partes o en los supuestos en que la ley lo prevé."

Luego de tratar sobre las facultades de los jueces y la buena fe en los artículos 960 y 961, el 962 establece:

- "962. Carácter de las normas legales. Las normas legales relativas a los contratos son supletorias de la voluntad de las partes, a menos que de su modo de expresión, de su contenido, o de su contexto, resulte su carácter de indisponible."

El principio general es la libertad. Solo cuando la voluntad se encuentra viciada, o cuando la autonomía de la voluntad cruza la delgada línea de los principios esenciales y superiores del ordenamiento jurídico puede ser dejado de lado.

Debemos entender que el juez no es parte en el contrato. Las partes gozan de autonomía en sus negociaciones dentro del marco de los derechos libremente disponibles. Los jueces no tienen por misión corregir malos negocios, inmiscuyéndose en un contrato para auxiliar a una de las partes.

Irrenunciabilidad del orden público

Uno de los caracteres propios de las normas de orden público es que son irrenunciables.

Sobre la renuncia legisla en código unificado en el artículo 13:

- *“Renuncia. Está prohibida la renuncia general de las leyes. Los efectos de la ley pueden ser renunciados en el caso particular, excepto que el ordenamiento jurídico lo prohíba.”*

Aplicando el principio al tipo de nulidad que genera la violación al 291, vemos que, -el no pariente, en cuyo interés se ha establecido la nulidad-, puede renunciar a oponerla o articularla.

Orden Público Notarial

Dentro de la normativa que rige cualquier profesión, -el notariado no es ajeno-; en su reglamentación hay normas esenciales o sustantivas, y otras que son simplemente secundarias, accidentales o supletorias.

Interpretamos que la violación al artículo 291 produce una nulidad relativa.

Avala la tesis el viejo artículo 1004 -CCIV- (⁵¹) cuando, luego de enumerar las causas que generan nulidad absoluta, aclara que la inobservancia de otras formalidades no anula la escritura, sin perjuicio que los escribanos puedan ser sancionados.-

El criterio se replica el artículo 309, (⁵²) que luego de enumerar las causas que anulan la escritura, concluye:

- *“La inobservancia de las otras formalidades no anula las escrituras, pero los escribanos o funcionarios públicos pueden ser sancionados.”*

Ignacio Ezequiel Alterini, (⁵³) citando a Bielsa, (⁵⁴) transcribe:

- *“En nuestro régimen legal el notario o escribano no es funcionario público. Por lo demás, redactar **instrumentos que prueben el comercio***

⁵¹ “Artículo 1004. Son nulas las escrituras que no tuvieran designación de tiempo y lugar en que fuesen hechas, el nombre de los otorgantes, la firma de las partes, la firma a ruego de ellas cuando no saben o no pueden escribir y la firma de dos testigos del acto cuando su presencia fuere requerida. La inobservancia de otras formalidades no anula las escrituras, pero los escribanos o funcionarios públicos, pueden ser penados por sus omisiones con una multa que no pase de pesos 300.”-

⁵² “309. Nulidad. Son nulas las escrituras que no tengan la designación del tiempo y lugar en que sean hechas, el nombre de los otorgantes, la firma del escribano y de las partes, la firma a ruego de ellas cuando no saben o no pueden escribir y la firma de los testigos del acto cuando su presencia sea requerida. La inobservancia de las otras formalidades no anula las escrituras, pero los escribanos o funcionarios públicos pueden ser sancionados.”

⁵³ “Límites del deber de responder del escribano. Lo verdadero y lo falso.” La Ley 20/08/2014 1. AR/DOC/2434/2014.

⁵⁴ Bielsa, Rafael. Derecho Administrativo, 6° Edición, La Ley, Buenos Aires, 1964, T° III., pp. 3 y 4, en nota 6. (cita del Dr. Ignacio E. Alterini).

jurídico “privado” (compraventa, hipotecas, etc.) no es función del estado sino de una profesión liberal, salvo los casos especiales...”

Para probar que no todo lo prohibido es nulo, ejemplifica Alterini con otra prohibición legal, semejante a la del 291. Refiere a la prohibición que tienen los notarios de otorgar escrituras de constitución o modificación de derechos reales sobre inmuebles sin tener a la vista título inscripto y los certificados de dominio (artículo 23 de la Ley 17.801). Nadie duda que la norma es impeditiva más no nulificante. En palabras de Savigny, un impedimento no dirimente.

La exigencia legal está destinada a proteger al adquirente, al acreedor, o a los terceros; no a perjudicarlos.

A pesar que el acto se otorgue en infracción a la norma, (sin título, sin certificados, sin reserva de prioridad) si el acto es real, si quién enajena o grava está legitimado para hacerlo; y, sobre todo, si el acto no perjudica a terceros, no hay fundamento alguno para negar su inscripción, y menos aún para anularlo. **La nulidad por la nulidad misma a nadie beneficia**, es inconducente. Atenta contra el orden público, el bien común, contra el sistema y contra los particulares.

Código Procesal.

Siguiendo al maestro Navas, interpretamos que la escrituración implica el apego a un procedimiento; y que la escritura que autorizamos, no es otra cosa que el resultado de ese procedimiento. Un conjunto de solemnidades aplicadas a las diversas etapas, que, como bien señalan los Antecedentes del Anteproyecto, *“constituyen el fundamento de su privilegiada oponibilidad.”*

Y ello lo vemos reflejado en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, en el capítulo X., cuando refiere a la nulidad de los actos procesales. Vale la pena tomarse el trabajo de leer y analizar su compatibilidad y paralelismo con la ley sustantiva:

“Nulidad de los Actos Procesales. Trascendencia de la Nulidad.- 169. - Ningún acto procesal será declarado nulo si la ley no prevé expresamente esa sanción.

*Sin embargo, la nulidad procederá **cuando el acto carezca de los requisitos indispensables para la obtención de su finalidad.***

No se podrá declarar la nulidad, ... si el acto, no obstante su irregularidad, ha logrado la finalidad a que estaba destinado.”

*"Subsanación. "170. La nulidad no podrá ser declarada **cuando el acto haya sido consentido**, aunque fuere tácitamente, por la parte interesada en la declaración..."*

*"Inadmisibilidad. 171. **La parte que hubiere dado lugar a la nulidad**, no podrá pedir la invalidez del acto realizado."*

Los mismos principios que venimos pregonando, reconocen su fuente en el código procesal.

José Carlos Carminio Castagno.

Interés general vs. Orden Público.

El maestro José Carlos Carminio Castagno ha publicado dos interesantes trabajos titulados "Hacia una nueva concepción de los Actos Nulos y Anulables" y "Algo más sobre los actos Nulos y Anulables" que según surge de la nota al pie son complementarios. ⁽⁵⁵⁾

En una magistral prueba de sentido común y lucidez, refiere el maestro a una categorización de las nulidades, -a la luz del código Velezano- para determinar si estamos frente a un acto nulo o anulable, distinguiendo los actos en cuanto: - a su perceptibilidad; - a su consistencia en la tipificación legal; y, - a su fundamento.

1. En cuanto a su visibilidad (perceptibilidad), el vicio que afecta al acto puede ser Manifiesto u Oculto. (ostensible o encubierto).
 - A. Manifiesto u ostensible sería el vicio, por ejemplo, en una donación inmobiliaria formalizada por instrumento privado.
 - B. Oculto o encubierto, sería el caso de una compraventa entre cónyuges, de la cual no resultara el vínculo existente entre ambos.
2. En cuanto a su consistencia, el vicio puede ser clasificado como rígido o flexible.
 - C. Vicio rígido (tasado a priori por la ley) sería la permuta realizada por un demente interdicto.
 - D. Flexible (o elástico) cuya graduación dependiera de la apreciación judicial, sería un acto afectado por el vicio de lesión.

⁵⁵ Revista del Notariado 854.- No solo refiere que son artículos complementarios sino que fueron publicados en el N° 161 de la Revista del Colegio de Escribanos de Entre Ríos (Paraná, octubre de 1988; pág. 36 a 38).

3. En cuanto al fundamento cualitativo, el vicio puede ser clasificado como absoluto o relativo.
 - E. Nulidad absoluta, sería la que encuentra su fundamento en el interés general. Ejemplifica con la compra por parte del juez de un bien en litigio en el propio juzgado.
 - F. Nulidad relativa, la que encuentra su fundamento en la defensa de un interés particular; sería el caso de la venta por un menor impúber.
4. La cuarta categoría refiere a la extensión del vicio, si la invalidez es completa o parcial, lo que carece de interés para nuestro análisis.

Lo que es sumamente significativo es la conclusión a la que arriba, -en su momento a la luz del código de Vélez- constituye una esquematización sumamente plausible y esclarecedora.

Para que la invalidez opere "*ope legis*", en términos del viejo artículo 1038, ⁽⁵⁶⁾ actos que se reputan nulos aunque su nulidad no hubiera sido declarada judicialmente, aquellos actos que reúnan los tipos A.C.E., vale decir, que padezca de un **vicio "manifiesto, rígido y absoluto."**

Cuando no se den las 3 caracterizaciones simultáneamente, en todos los demás casos, solo se reputarán anulables, en términos del viejo artículo 1046 ⁽⁵⁷⁾ CCIV; lo que implica que han de presumirse válidos mientras no recaiga una sentencia que los declare nulos; operando además desde el día de la sentencia.

Continúa el académico entrerriano ilustrando las diferencias conceptuales entre el "interés general" y el "orden público."-

Explica que, toda norma en la que esté involucrado el interés general, es de orden público, pero no viceversa. Vale decir que, hay normas de orden público que no tutelan el interés general; y, en consecuencia, son normas de orden público establecidas en interés particular.

Ejemplifica Carminio Castagno, en este último supuesto, con aquellas normas que reglan la capacidad de hecho. Estas son normas dictadas en protección de los incapaces, pero inderogables por los particulares. -

Y es ahí donde Carminio Castagno enfoca el artículo 19 del Código de Vélez:

⁵⁶ "1038. La nulidad de un acto es manifiesta, cuando la ley expresamente lo ha declarado nulo, o le ha impuesto la pena de nulidad. Actos tales se reputan nulos, aunque su nulidad no haya sido juzgada."

⁵⁷ "1046. Los actos se reputan válidos mientras no sean anulados; y solo se tendrán por nulos desde el día de la sentencia que los anulase."

- *“19. La renuncia general de las leyes no produce efecto alguno, pero podrán renunciarse los derechos conferidos por ellas, con tal que solo miren al interés individual y que no esté prohibida su renuncia.”*

En el código unificado:

- *“13.- Renuncia. Está prohibida la renuncia general de las leyes. Los efectos de la ley pueden ser renunciados en el caso particular, excepto que el ordenamiento jurídico lo prohíba.”*

- *Renuncia y remisión. “944. Caracteres. Toda persona puede renunciar a los derechos conferidos por la ley cuando la renuncia no está prohibida y solo afecta intereses privados. No se admite la renuncia anticipada de las defensas que pueden hacerse valer en juicio.”*

Vincula también la invalidez absoluta con la prescripción. Señala que la doctrina nacional mayoritaria vincula la imprescriptibilidad con la invalidez absoluta.

Por su parte, el autor, proclamándose seguidor de la tesis minoritaria de la doctora Lloveras de Resk, estima que existen casos de normas de orden público, dictadas en interés particular, y como tal son prescriptibles, en términos del artículo 4019, cuando refiere que *“todas las acciones son prescriptibles, excepto...”*, y no se mencionan los casos de nulidad.

Señala que

- *“... la sola presencia del “interés general” no supone necesariamente “imprescriptibilidad.” Lo demuestran en materia penal, los delitos de “acción pública” (respecto de los cuales prescriben las acciones y las penas).”*

Inevitable conclusión: El acto anulable no es nulo hasta tanto no se haya declarado tal. Consecuentemente es pasible de confirmación y es prescriptible.

Señala también en nota al pie 17 que:

- *“V.G.: aunque el bien haya sido adquirido en violación a lo dispuesto por el artículo 1361 (en cualquiera de sus incisos), si la situación final resultante – que esa persona sea propietaria de una cosa que está dentro del comercio- es consentida por el ordenamiento jurídico, la respectiva acción de nulidad “prescribe.””*

Pero más interesante aún nos resulta, el texto del

- *“1362. La nulidad de las compras y ventas prohibidas en el artículo anterior, no puede ser deducida ni alegada por las personas a las cuales comprenda la prohibición.”*

En fin, una venta prohibida absolutamente por la ley, pero cuya nulidad solo puede ser argüida por aquél en cuyo beneficio fuera establecida la nulidad, sería relativa.

Lo mismo señala Segovia ⁽⁵⁸⁾ al tratar el 1362. ⁽⁵⁹⁾ Se pregunta:

- “¿Hay aquí una nulidad relativa o absoluta? La circunstancia de no poder alegarla una de las partes, no es bastante decisiva (vé art. 1049), pues por los artículos 1048 inciso 2° y 1050 inciso 1° se ve que no siempre puede la nulidad absoluta ser alegada por ambas partes. Según el artículo 1044 y nota 9, la nulidad debiera ser absoluta, **pero en la duda debemos resolver que es relativa** (final de la nota 20 al artículo 1048 citado).”

Y, con la confirmación, o la renuncia a la acción de nulidad, que es lo mismo, el acto válido anulable, pasa a ser válido no anulable.

Lo del maestro Carminio Castagno, puro y exquisito sentido común.

Por su parte, señala Luis Boffi ⁽⁶⁰⁾ que “la ley no ha dicho cuándo una nulidad es absoluta y cuándo es relativa; sino que se ha limitado a establecer los efectos que produce uno u otro caso.”

Y Boffi puntualiza la distinción en el tipo de interés. Si la norma fuera dictada en interés particular; o bien si el interés que protege es público, social o colectivo. Normas que miran un interés colocado por el legislador mucho más alto que el interés individual. -

Criterio de distinción

Pareciera que la distinción pasa por definir cuándo un acto es confirmable y cuando no. Como dijimos, “por los frutos se conoce el árbol.”

Suscribiendo la tesis de Carminio Castagno, que lo vincula al acto confirmable; vinculamos, además, la tesis de la obligación natural y los derechos renunciabiles.

⁵⁸ “El Código Civil de la República Argentina” (Copia de la Edición Oficial íntegra) con su Explicación y Crítica bajo la forma de Notas, hechas por el Dr. D. Lisandro Segovia.” Buenos Aires, Imprenta de Pablo E. Coni. Editor. 1881.-

⁵⁹ En su redacción era el artículo 1364.

⁶⁰ “Nulidad por Defecto de Forma, ¿es absoluta?”. P. Luis Boffi. Revista Notarial, n° 962 de 2009; reproduciendo un artículo de Revista Notarial 295 del año 1919.

La tarea se facilita ejemplificando.

En una primera categoría, -de nulidades relativas- podemos imaginar una compraventa inmobiliaria en la que intervenga un pariente del escribano.

O la compraventa que celebra un menor, o la que formaliza un incapaz sin su curador o apoyo, cuando fuere requerido por ley.

En una segunda categoría, -de nulidad absoluta- podríamos imaginar un contrato de venta de esclavos, contrato nominado y típico del artículo 15 de la Constitución Nacional:

- *“Todo contrato de compra y venta de personas es un crimen del que serán responsables los que lo celebren, y el escribano o funcionario que lo autorice. ...”.* ⁽⁶¹⁾

De igual forma podría hablar, por caso, de alquilar los servicios de un sicario; un contrato para el tráfico de blancas; o la venta de explosivos a un grupo terrorista; o de producción y distribución de estupefacientes prohibidos; o la comercialización de órganos humanos para trasplantes, etcétera. Podríamos incluir también en esta categoría la venta de bienes que no estén en el comercio, como la venta de un bien del dominio público sin su previa desafectación (una plaza o el obelisco).

En una tercera categoría, -de inexistencia- podemos imaginar una “venta de non dómimo”, ⁽⁶²⁾ donde una persona se hace pasar por el dueño y mediante la sustitución de personas, vende fraudulentamente.

Está claro que los actos de las dos últimas categorías –nulos absolutos y actos inexistentes- serían actos inválidos absolutamente. Que nunca podrían ser confirmados o ratificados; sea por tener causa prohibida o ilícita; sea porque no puede ratificarse o confirmarse algo que nunca pasó.

Contrario sensu, en la primera categoría, existe una nulidad establecida en beneficio de aquella persona a la que se pretende proteger; y ésta podría ser confirmada.

⁶¹ Creo que es la única referencia que hace la Constitución Nacional mencionando la profesión notarial.

⁶² En alguna oportunidad hemos leído, -a José Carlos Carminio Castagno - aclarar que no corresponde hablar de venta “a nono dómimo” –como se acostumbra decir-, sino de venta “de non dómimo”. La partícula “a” está incorrectamente utilizada y carece de sentido la frase. Por el contrario, sería correcto referirse a la compra “a non dómimo”.

Si la compraventa formalizada ante el notario pariente fuere observada, no hay duda que se podría ratificar el acto. O que, aquél en cuyo interés se ha establecido la nulidad, podría renunciar expresa o tácitamente a articularla.

Tampoco la hay de que el menor, llegado a la mayoría de edad; o que el incapaz recuperado; o con participación del apoyo legal o del Ministerio Público en su caso, podría ratificar el acto realizado, si advierten que el mismo fue favorable a sus intereses.

La nulidad está prevista para defender a quién se encuentra en inferioridad de condiciones al momento de contratar; quién no puede dar un consentimiento eficaz y válido. Ello en nada obsta a que los actos puedan ser ratificados; que se pueda renunciar a oponer la nulidad, y que consecuentemente, el acto sea prescriptible.

Es que la ley prevé la nulidad en defensa de sus intereses, para su protección, no para perjudicarlos. Aquí adquiere su real dimensión la exquisita distinción que hace Carminio Castagno entre orden público e interés general.

Toda norma de interés general es de orden público; pero ciertas normas de orden público se dictan en interés predominantemente particular.

Ello claramente sucede con el 291. El Estado debe velar para que ningún notario o funcionario público, abusando de su poder o autoridad, legitime actos que no estén precedidos por la imparcialidad.

Con la nueva redacción, que apunta a la nulidad instrumental, más que nunca debemos entender que el negocio jurídico es válido hasta tanto no sea declarado nulo. Es confirmable y prescriptible.

Ello no significa que el notario pueda hacer cualquier cosa, ni entender que el artículo 291 sea letra muerta.

Cabe señalar el criterio rector de Vélez Sarsfield. No alcanza con que tenga prevista la nulidad; además el acto debe **irritar al derecho**, al sentido de la decencia; al obrar justo.

No debemos olvidar que la definición de “irritar” es “*anular, invalidar o hacer inútil alguna cosa. - Írrito es lo mismo que inválido, sin fuerza ni obligación.*”⁽⁶³⁾

Así, el acto en el cual se beneficia el mismo notario –no ya sus parientes- es nulo de nulidad absoluta siempre; a diferencia del caso en que los interesados sean sus parientes.

La nulidad la juzgará el juez teniendo en cuenta las circunstancias del caso.

⁶³ Definición según Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia. Joaquín Escriche. 1975

Aquí los “Fundamentos del Anteproyecto” vuelven a ser esclarecedores:

- *“En consecuencia, solamente se regula la nulidad absoluta o relativa, clasificación que se funda en el interés predominantemente protegido, según sea general, dado por el orden público, la moral o las buenas costumbres, o particular, es decir, en protección del interés de ciertas personas.*

En definitiva, existe en los fundamentos del tipo de nulidad, el más llano y puro sentido común. Aplicar la misma sanción a una escritura del 291, que, a un acto de causa prohibida, o que, a un acto inexistente, sería tan torpe como aplicar la misma sanción a quién eluda el pago de un impuesto; que a quién viole un semáforo en rojo; o que, a un tratante de blancas, o que a un sicario.

Las sanciones, al igual que las cargas tributarias, deben ser proporcionadas (a la falta, o a la capacidad contributiva); y, a pesar que todos son actos prohibidos, no podemos meter todo en la misma bolsa. El propio artículo 382 habla de *“Categorías de ineficacia.”*

Nuevamente nos ayuda José Carlos Carminio Castagno. ⁽⁶⁴⁾

- *“Sostengo que la patología negocial se ordena –con rigor descendente, de lo más a lo menos grave- en el siguiente orden: “inexistencia”; “invalidéz”; “ineficacia”; e “inoponibilidad”-*

No podemos seguir sin hacer una digresión. Dado que hemos arribado a nuestra conclusión, utilizando principios, argumentos y teorías sustentados por el Dr. José Carlos Carminio Castagno, corresponde señalar –nobleza obliga- que dicho autor siempre se ha mostrado partidario de interpretar que **la nulidad del 985 es absoluta**. Vale decir que, partiendo de principios análogos, hemos arribado a resultados distintos, por no decir opuestos. Y eso es parte de la magia que tiene el derecho. Remitimos a sus trabajos, sumamente valiosos.

Paralelismo con la función judicial.

Al comienzo del presente ensayo, referimos que los orígenes de la función notarial estaban en la justicia, y que con el tiempo devino en lo que se dio en llamar jurisdicción voluntaria, o *“gracieuse”* como dice Demólombe.

Y por ello en caso de duda, si un vicio debe considerarse absoluto o relativo, siempre se debe estar por la última. La circunstancia de que sea considerada una nulidad relativa en forma alguna debe considerarse un demérito.

⁶⁴ Revista del Notariado 923, Anuario 2016. “La inhibición general de bienes y los conceptos de capacidad, legitimación, disponibilidad e ineficacia.” - Texto de la exposición efectuada en la Academia Nacional del Notariado el 23/6/2014.-

Simplemente se apunta a que debe ser un juez quién analice el caso y sus circunstancias, y luego resuelva. En principio el acto o negocio debe mantenerse, *-favor negotii-* salvo que sea realmente irritante al sentido natural de las cosas, a la equidad.

De la misma forma que las sentencias definitivas y los actos administrativos concluidos deben mantenerse. Eso es lo que garantiza la *“res iudicata.”* Que supone la impugnabilidad de la sentencia. El fundamento de la impugnabilidad de la sentencia se encuentra en la seguridad jurídica.

Ello no obsta que existan sentencias irritantes o arbitrarias que puedan ser revisadas. Cuando en un proceso judicial se realiza una pantomima de apego a la ley, y la realidad trasluce que no se ha respetado el debido proceso formal ni el material, existe un remedio que es la acción de nulidad de sentencia írrita. Cabe señalar que ésta es una acción autónoma y no un recurso.

La arbitrariedad- señala Cassagne- ⁽⁶⁵⁾ es un concepto amplio que comprende lo injusto, irrazonable e ilegal. Contrario a la justicia, a la razón y a la ley. Sería en el derecho administrativo el análogo a la sentencia írrita del proceso judicial.

Siempre me encantó la referencia histórica utilizada por el administrativista, cuando señala que la arbitrariedad era conocida antiguamente en España como ***“Ley del Encaje”***, en referencia a ***“la resolución tomada por un juez por lo que a él se le ha encajado en la cabeza”***; sin fundamento razonable alguno.

Al decir del maestro Raúl Navas, el único instrumento público estatal regulado por el código Civil y Comercial, -aparte de los notariales- son los contratos administrativos. Que, en los mismos, solo puede violarse el deber de imparcialidad únicamente en perjuicio del Estado; y no viceversa. - Que, en dichos supuestos también, la nulidad es relativa. Solo puede ser articulada por el Estado, pues ha sido prevista a favor del mismo. Y es presupuesto para la misma que exista un perjuicio. -

Cierra el maestro señalando que tanto en el caso de los contratos administrativos como en el de los instrumentos notariales, la nulidad es una facultad; y que la inacción de aquél a quién beneficia, implica confirmación del acto. - La inacción se constituye en una ratificación tácita. -

La labor del Notario

⁶⁵ Juan Carlos Cassagne. El principio de legalidad y el control judicial de la Discrecionalidad Administrativa. Marcial Pons. 2009. ISBN 978 – 987 – 24941 – 1 - 7

La labor notarial es una labor atípica. En parte es de derecho público y en parte, como bien dice Bielsa, instrumenta actos que prueban el comercio jurídico de los privados.

Independientemente de discurrir si es una labor pública, privada o mixta, debemos tomar conciencia que principalmente es una labor probatoria. Así lo sostienen Frontini y Cosola ⁽⁶⁶⁾ señalando que *“la tarea del notario es esencialmente **“legitimadora”** y sus escrituras tienen “per se” fuerza probatoria.”*

Durante miles de años los convenios se realizaron de palabra, a veces acompañados por símbolos y testigos, otras mediante fórmulas sacramentales, o ritos destinados a probar la existencia del convenio; ocupando hoy su lugar, el papel y la pluma (estimamos que no por mucho más tiempo).

La escritura viene a suplir la mano estrechada, el abrazo, la fórmula sacramental y el pacto de sangre. Cuando la gente comienza a leer y escribir, comienzan a redactarse contratos por escrito; surge una nueva forma de probar las convenciones y demás actos jurídicos.

Los códigos que nacieron a la luz del código Napoleón hablan de que cuando la parte no sepa firmar, deberá poner *“su marca”* ante el notario.

Así el código de Luisiana, bajo la sección de La Prueba Literal, en el título de Los Actos Auténticos, establece:

- *“Art. 2231. El acto auténtico, en materia de convención, es aquel recibido por un notario público u otro oficial autorizado a ejercer la función, en presencia de dos testigos... Si la parte no sabe firmar, el notario le hará poner al acto su marca ordinaria.”* ⁽⁶⁷⁾

En la labor del notario, en el privilegio que le concedía el estado de dar fe pública, se mezclan normas y principios de derecho público y de derecho privado. Luchan en la función notarial dos principios opuestos: - en el derecho privado todo lo que no está prohibido está permitido; - mientras que, en la esfera administrativa, todo lo que no está permitido debe presumirse prohibido.

La circunstancia de que opinemos que la nulidad del 291 es meramente relativa no implica que apoyemos, menos aún que fomentemos, la intervención del notario en actos prohibidos, o que quién así los autorice no sea pasible de la sanción disciplinaria correspondiente; o que no deba reparar los perjuicios que ocasione.

⁶⁶ Obra citada, presentada al Congreso Nacional de Derecho Civil, La Plata, 2017.

⁶⁷ Art. 2231. *L'acte authentique, en matière de convention, est celui qui a été reçu par notaire public, ou autre officier autorisé à en exercer les fonctions, en présence de deux témoins libres, males et ages d'au moins quatre ans, ou de trois témoins si la partie contractante est aveugle. Si la partie ne sait signer, le notaire doit lui faire apposer à l'acte sa marque ordinaire.”*

Pero quién aplique la ley, el Juez al que le toque analizar la validez del acto, así como juzgar el desempeño del notario, debe ser consciente del perjuicio que puede ocasionar a aquél en cuyo beneficio se estableció la nulidad.

La nulidad del 291 ha sido establecida para garantizar el actuar imparcial del notario. Es indudablemente una norma destinada a cuidar al no pariente. Perder de vista los fines de la institución, puede perjudicar a aquél en cuyo beneficio ha sido establecida.

El artículo 2 del código unificado establece:

- *“Interpretación. La ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, **sus finalidades**, las leyes análogas... los principios y valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento.”*

La misma Ley de Organización del Notariado del 25 Ventoso del año XI., parcialmente vigente luego de dos siglos, ⁽⁶⁸⁾ en armonía con el artículo 1318, refiriéndose a la conversión formal, dice que el acto firmado por las partes vale:

- *“sin perjuicio... de los daños y perjuicios que correspondan al notario contraventor.”*

El escribano debe abstenerse de intervenir cuando la ley lo prohíbe, independientemente que el acto sea de nulidad absoluta o meramente relativa.

La intervención del notario en infracción podría generar una sanción disciplinaria, a más de responder por daños y perjuicios frente al perjudicado, pero en modo alguno debiera afectar los derechos de aquel en cuyo beneficio se establece la prohibición.

Subsanación

Hemos adelantado bastante sobre el particular, pero en forma desordenada, sin esquematizarlo.

La pregunta es, ¿qué debe hacer el notario frente a un título o un negocio jurídico que aparece otorgado en violación al artículo 291?

Liminarmente, debemos decir que es una respuesta “casuística”, que no tiene una respuesta abstracta a priori.

En un primer encuadre del tema debemos analizar qué tipo de interés está comprometido, y qué tipo de relación parental tiene el notario con el interesado.

⁶⁸ La Ley del 25 Ventoso del año XI., fue modificada, entre otros, por Decreto 71 – 941 del 26 de noviembre de 1971, que en su artículo 41 establece que el acto realizado en contravención a la ley, vale como acto bajo firma privada si se encuentra firmado por todas las partes contratantes.

Ciertamente la ley no distingue, y tenemos el aforismo que dice que donde la ley no distingue, tampoco debemos hacerlo nosotros.

No obstante, la sencillez del aforismo, es indudable que no es lo mismo el acto en que está interesado un pariente en primer grado, que uno en el cual está interesado un pariente en el cuarto grado.

Tampoco todos los intereses involucrados tienen el mismo peso, ya lo dijimos. No es lo mismo una autorización a menor para salir del país en una familia bien avenida que cuando los padres están disputando la tenencia sobre los mismos. Tampoco un poder amplio de administración y disposición, que una autorización para gestiones administrativas.

Otro tema a analizar es la antigüedad del instrumento. Los notarios tenemos la costumbre de analizar –en el estudio de títulos- los últimos 20 años. Algunos sostienen que se debe llegar hasta la primera escritura traslativa de dominio, excediendo (después de) los 20 años. Se estima que, si con 20 años existe la posesión larga, en términos del artículo 1898, uno podría repeler cualquier ataque.

No obstante, el plazo genérico de prescripción que establece el nuevo código es de cinco (5) años; y el plazo para el pedido de declaración de nulidad relativa y de revisión de los actos jurídicos, es de dos (2) años; contados desde que se conoció o pudo conocer el vicio del acto. (art. 2562 inciso a. y 2563). Si fuera una nulidad absoluta, no se sanearía por el mero transcurso del tiempo; sin perjuicio de la aplicabilidad de la prescripción larga del artículo 1898.-

Parte de la doctrina sostiene que para sanear la nulidad del 291 se debe rehacer el acto. Nosotros entendemos que no sería imprescindible. Siendo la nulidad relativa bastaría con una confirmación del mismo; o eventualmente, con la renuncia a ejercer la acción. Siempre, claro está, en escritura pública y ante un notario no pariente.

Si estuviéramos hablando del caso de un testamento, por ejemplo, debemos tener en cuenta que el plazo para impugnarlo comenzaría a correr con el fallecimiento del testador. -

Certificación de firmas, fotocopias y otras intervenciones notariales.

Hasta aquí nos hemos venido refiriendo básicamente a las escrituras públicas, y a la nulidad que genera en ellas la violación al 291.

Ligado a esto va de la mano el efecto de la nulidad del 291 en la certificación de firmas, y eventualmente también en la certificación de fotocopias. Qué efectos tiene la intervención del notario pariente, en un documento que *per se*, vale como instrumento privado.

No podemos dejar de mencionarlo, al menos obiter; con el ánimo de que alguien tome el tema algún día.

Es un tema que no hemos visto tratarse en profundidad. Y la pregunta es inevitable: - En los casos en que el instrumento privado vale como tal, con la sola firma, ¿puede el parentesco con el certificante anularlo? ¿Qué es lo que anula, la certificación o el negocio jurídico?

Inexplicablemente el nuevo código Civil y Comercial de la Nación sigue con el planteo dual: - acto público y - acto privado, hoy denominado “*particular*”.

La certificación de firmas existe desde hace muchas décadas. En el nuevo código unificado, esta categoría de actos ha sido prácticamente ignorada. Podríamos entender la certificación como un acto mixto, por no ser público, ni tampoco del todo privado.

La única mención que encontramos en el CCCN, está en el artículo 314 ⁽⁶⁹⁾ cuando refiere al reconocimiento de firmas; donde el legislador asimila la certificación de firmas al instrumento privado reconocido o declarado auténtico.

El silencio en la ley sustantiva nos obliga a remitir a las legislaciones locales y ordenamientos notariales para determinar las formas, requisitos y efectos de la certificación de firmas. No obstante, cada vez son más los actos que deben realizarse bajo firma certificada, exigida por las diversas leyes sustantivas nacionales o locales como condición para su oponibilidad a terceros o como requisito para su registración. ⁽⁷⁰⁾

Se plantea la duda relativa a la aplicabilidad del 291 a la certificación de firmas; y los efectos de dicha intervención.

El 291 señala que “es de ningún valor el instrumento autorizado por un funcionario público”; pero en la certificación de firmas **el notario no autoriza instrumento alguno**.

Por otra parte, las prohibiciones, que son una especie en el genérico restricciones, en principio debieran interpretarse en forma restrictiva, no pudiendo extenderse por simple analogía.

⁶⁹ “314. Reconocimiento de la firma. Todo aquel contra quien se presente un instrumento cuya firma se le atribuye debe manifestar si ésta le pertenece. Los herederos pueden limitarse a manifestar que ignoran si la firma es o no de su causante. La autenticidad de la firma puede probarse por cualquier medio.

*El reconocimiento de la firma importa el reconocimiento del cuerpo del instrumento privado. El instrumento privado reconocido, o declarado auténtico por sentencia, o **cuya firma está certificada por escribano**, no puede ser impugnado por quienes lo hayan reconocido, excepto por **vicios en el acto del reconocimiento**. La prueba resultante es indivisible. El documento signado con la impresión digital vale como principio de prueba por escrito y puede ser impugnado en su contenido.”*

⁷⁰ Se requiere para los trámites con vehículos automotores; para los actos vinculados con las sociedades y su inscripción en el Registro Público; para registrar personas (humanas y jurídicas) ante la Afip; para otorgar aquellos poderes o autorizaciones que no requieren escritura pública, como autorizaciones de viaje de menores, etcétera).

Dejamos planteado el tema, que excede este simple ensayo.

Conclusiones.

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

I. La nulidad

La nulidad que genera la violación a la prohibición del artículo 291 es relativa, establecida predominantemente en beneficio de la parte no pariente del notario, y/o eventualmente de terceros interesados.

Frente al interés particular y directo del propio notario, siempre es absoluta.

II. La labor notarial

El notario debe abstenerse de intervenir en aquellos casos prohibidos.

Si interviniera, sería pasible de sufrir sanciones administrativas, disciplinarias e incluso podría incurrir en delito penal. Ello sin perjuicio de responder por daños y perjuicios si se declarase la nulidad del acto, o si el título deviniera observable.

La sanción al notario no genera necesariamente la nulidad del acto o negocio jurídico, cuando ésta perjudica a aquél en cuyo beneficio fuera instituida por la ley.

III. Orden público e interés particular.

No debe confundirse el orden público con el interés general.

Toda norma en la que esté involucrado o comprometido el interés general es de orden público. Pero no toda norma de orden público se dictada en interés predominantemente general.

Hay normas de orden público dictadas en interés predominante de los particulares.

IV. Confirmación. Obligación Natural.

Los actos formalizados en infracción al artículo 291 –en principio- valen como actos bajo firma privada. Son confirmables, prescriptibles, y generan una obligación natural.

La nulidad es absoluta en los casos en que la ley establece la forma, no ya como una cuestión probatoria del negocio jurídico, sino como formalidad esencial para la validez del acto; cuando la falta es expresamente sancionada por la misma ley con pena de nulidad.