

Escritura Publica Nulidad Parentesco E Interes Del Escribano Interviniente

JURISPRUDENCIA

Escritura pública. Nulidad. Parentesco e interés del escribano

interviniente Se revoca el fallo recurrido, haciendo lugar a la demanda de nulidad de la escritura pública en los términos del art. 985 del Código Civil, en virtud del parentesco entre los demandados y el notario interviniente en el mutuo hipotecario.

En la ciudad de La Plata, a seis de diciembre de 2017, habiéndose establecido, de conformidad con lo dispuesto en el Acuerdo 2078, que deberá observarse el siguiente orden de votación: doctores Kogan , Negri, de Lazzari, Pettigiani, se reúnen los señores Jueces de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario para pronunciar sentencia definitiva en la causa C. 118.891, "Arena, Juan José y otra contra Giovanetti, Dora Elena. Nulidad de escritura pública". ANTECEDENTES La Sala Primera de la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial de Bahía Blanca revocó el fallo anterior que, oportunamente, había hecho lugar a la demanda (v. fs. 233/236). Se interpuso, por los actores, recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley (v. fs. 253/265 vta.). Oído el señor Subprocurador General (v. fs. 351/358 vta.), dictada la providencia de autos y encontrándose la causa en estado de pronunciar sentencia, la Suprema Corte resolvió plantear y votar la siguiente CUESTIÓN ¿Es fundado el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley? VOTACIÓN A la cuestión planteada, la señora Jueza doctora Kogan dijo: Cuando el doctor Hitters integraba esta Corte proyectó su voto para ser propuesto en este acuerdo, al que ya había anticipado mi adhesión. Con su expresa conformidad, y con algunas pequeñas modificaciones de estilo, lo reproduzco. I. Los señores Juan José Arena y Elba Ángela Abrego promovieron acción de nulidad de escritura pública -en la que se instrumentó un contrato de mutuo con garantía hipotecaria- contra la señora Corina María de Mira, citando como tercero, en los términos del art. 94 del Código procesal, al escribano autorizante, Osvaldo Walter Gelardi (v. fs. 24/27 vta.). Aseveraron los accionantes que tiempo después de haber suscripto el acuerdo -el 1 de enero de 1998- tomaron conocimiento de la relación de parentesco que vinculaba a la demandada con la esposa del citado notario, circunstancia configurativa de la causal anulatoria establecida por el art. 985 del Código Civil (fs. cit.). Al contestar el traslado oportunamente conferido, la señora Mira opuso excepción de prescripción, solicitó el rechazo de la acción y, subsidiariamente, la aplicación de los arts. 1.050 y 1.052 del Código Civil (v. fs. 68/71 vta.). Por su lado, el notario Gelardi -integrado necesariamente a la litis- propuso también defensa de prescripción y requirió el rechazo de la acción entablada (v. fs. 60/64). En su momento, el señor juez de primera instancia desestimó el planteo prescriptivo y, valorando el carácter absoluto de la nulidad que viciaba al acto impugnado -en razón del vínculo de parentesco por afinidad en línea colateral (3er. grado) existente entre la accionada Corina María de Mira y el notario autorizante (conf. doct. art. 985 cit.)- declaró la nulidad de la escritura hipotecaria. A tenor de lo preceptuado en el art. 1.052 de igual ordenamiento, ordenó restituir la suma oportunamente entregada en préstamo (v. fs. 196/201 vta.). II. Apelada la decisión por el escribano Gelardi y por Dora Elena Giovanetti -sucesora de la fallecida Corina María de Mira (v. fs. 183/184)-, la Sala I de la Cámara de Apelación departamental la revocó, disponiendo el rechazo de la pretensión actuada (v. fs. 233/236). Para así resolver, comenzó por dejar sentado que la nulidad ventilada en autos era de tipo absoluta, y por ende, invalorable e imprescriptible, de lo cual se seguía que el conocimiento que las partes hubiesen tenido de la inhabilidad que afectaba al notario no resultaba relevante frente a una norma como la que nos ocupaba (v. fs. 234 vta.). Estimó luego que debía distinguirse entre la nulidad del acto instrumental y la del acto instrumentado, poniendo de relieve lo preceptuado en el art. 987 del digesto fondal, en cuanto a la validez como instrumento privado de un instrumento público con carencias formales o autorizado por un oficial público incompetente, siempre que no dependiese para su validez de la forma instrumental (art. 1.045, Cód. cit.). Por este camino, ponderó que en la especie el negocio instrumentado contenía la firma de las partes y la falta de doble ejemplar quedaría salvada con la compulsión del documento en manos del notario (v. fs. 235). Adentrándose más aún en esta línea de reflexión, aseveró que aunque los apelantes no habían cuestionado que el juez de origen había decretado la nulidad tanto del instrumento como del acto instrumentado, sin hacer distinción alguna, correspondía a los jueces suplir el derecho erróneamente invocado por la parte. En base a ello, apreció que si se preservaba la validez del mutuo por imperio de la conversión del instrumento público en privado, limitando la nulidad a la hipoteca, quedaría habilitada la demandada a reclamar la constitución de una nueva, en la medida en que por aplicación del art. 987 del Código Civil operaba la conversión del instrumento público nulo en instrumento privado (art. 1.045), y que el acuerdo privado para constituir hipoteca resultaba exigible según la doctrina dominante en torno al art. 1.185 (v. fs. 235 vta.). En este supuesto, aseveró que los peticionantes carecerían de interés en la nulidad que sólo llevaría a la reproducción del acto escriturario, dejando luego las cosas en la misma situación anterior a esa declaración (fs. cit.). Precisó, finalmente, que resultaba contrario a la buena fe que quien había recibido el dinero en mutuo requiriese la declaración de nulidad de la hipoteca constituida en seguridad de esa

obligación libremente asumida, cuando -por lo demás- de considerarse esa nulidad extensible al mutuo habilitaría a solicitar de todos modos el cumplimiento del contrato y la devolución de la suma prestada con sus intereses pactados, o cuanto menos la acción restitutoria prevista en el art. 1.052 del Código Civil, en la extensión prevista por el art. 1.054 (íd. fs. cit.). III. Contra este pronunciamiento se alzan los actores mediante recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley en el que denuncian la violación de los arts. 985, 1.047, 1.184 inc. 1, 1.185, 3.115, 3.128 y 4.023 del Código Civil; 168 de la Carta Magna provincial; 163 incs. 3, 4, 5 y 6 y 164 del Código Procesal Civil y Comercial y 1, 17 y 18 de la Constitución nacional. Hacen, asimismo, reserva de la cuestión federal (v. fs. 253/266). IV. Oído el señor Subprocurador General (v. fs. 351/358 vta.), anticipo que el recurso merece ser favorablemente estimado. 1. Siendo que la respuesta a la presente cuestión bajo examen importa un abordaje de aspectos sustanciales concernientes a la nulidad pretendida en los términos del art. 985 y concs. del Código Civil, corresponde atenerse a la normativa fondal vigente a la fecha de otorgamiento del respectivo negocio (conf. doct. art. 7, Cód. Civ. y Com. de la Nación); no siendo aplicable al caso el régimen estatuido en la citada novel legislación. 2. Sentado lo anterior, considero que asiste razón a los recurrentes en cuanto señalan que la decisión vulnera los arts. 985 y concordantes del Código Civil (fs. 257/259 vta.). Veamos: i. No ha sido objeto de debate que el día 1 de octubre de 1998, mediante la escritura pública n° 300 pasada por ante el escribano Osvaldo Walter Gelardi -titular del registro n° 16 de Bahía Blanca-, se instrumentó un negocio de mutuo con garantía hipotecaria, en el que la señora Corina María de Mira prestó US\$30.000 (treinta mil dólares estadounidenses) a los aquí actores, Juan José Arena y Elba Ángela Abrego, titulares del inmueble afectado en seguridad del crédito (v. instrumento de fs. 11/18). Tampoco lo ha sido -al tiempo de trabarse la litis- el vínculo de parentesco que unía a la mutuante, hoy fallecida, señora Corina María de Mira, con la señora Blanca Rosa de Mira, esposa del autorizante (tía y sobrina respectivamente) y, por ende, con el citado notario, en tercer grado de afinidad (v. certificado y partidas de fs. 19/23 y menciones al extremo en fs. 25 y vta., 61, 68 y 70 de los escritos postulatorios). ii. Ya en el plano normativo, tenemos que el art. 985 del Código Civil, en lo concerniente, edicta que "...son de ningún valor los actos autorizados por un funcionario público en asunto en que él o sus parientes dentro del cuarto grado fuesen personalmente interesados...". Cierta doctrina especializada ha precisado que "...La imparcialidad es una de las características diferenciadoras que hacen a la actividad fedante del funcionario público cuyo opus se materializa en títulos auténticos, de un valor y fuerza probatorios casi indiscutibles (art. 993, Cód. Civil). La incompetencia en razón de las personas que estatuye el artículo prohíbe que este oficial público participe personalmente en actos en los cuales tanto él, como algunos de sus parientes, tengan un interés directo..." (conf. Armella, Cristina en Bueres - Highton, "Código Civil y Normas Complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencia", Ed. Hammurabi, 1999, Tomo 2C, pág. 28). Asimismo, que no haciendo el precepto distinción alguna, cabe interpretar que la prohibición alcanza a toda clase de parientes, sean consanguíneos, afines, colaterales o adoptivos y que "...El 'interés' al que se refiere la norma es el directo, económico y objetivo conforme a la doctrina de los arts. 520, 901 y 903 del Cód. Civil y con virtualidad suficiente como para afectar la imparcialidad del oficial autorizante..." (op. cit., págs. 28/30). iii. Pues bien, los antecedentes reseñados dejan ver que la Cámara no fue ajena a estas ponderaciones. Sin embargo, lejos de detener allí su análisis, prosiguió una línea reflexiva que, partiendo de una distinción conceptual entre el negocio instrumental y el instrumentado, decantó finalmente en el rechazo de la pretensión incoada. En orden a ello, sostuvo que el accionante carecía de interés en la pretensión esgrimida. Según su criterio, como consecuencia de la nulidad el acreedor tendría derecho a peticionar la constitución de una nueva escritura, lo que colocaría al deudor en la situación jurídica que ocupaba con anterioridad a tal declaración nulitativa. De allí entonces, siempre según su razonamiento, la falta de interés en la declaración. Mas al así resolver, incurrió en una extralimitación de los confines de su conocimiento que -como acertadamente señala el quejoso- traduce una violación al principio de congruencia (v. fs. 263/265). Y es que dicha pretensión de otorgamiento de nueva escritura no ha sido requerida aún en la especie, por lo que en dicha hipótesis eventual, la suerte de la misma estará condicionada a las alternativas y vicisitudes propias de su tránsito procesal (v.gr. su prescripción, conforme tesis del recurrente a fs. 262 vta. in fine y 263). En suma, los elementos de hecho y de derecho precedentemente señalados, resultaban suficientes, en principio, para que la Cámara confirmara la nulidad decretada en primera instancia. Y digo "en principio" pues para allanar el camino a tal conclusión es necesario dilucidar en forma previa, y en observancia de la consabida regla de la apelación implícita, un aspecto dirimente. Me refiero, concretamente, al supuesto conocimiento personal que los actores habrían tenido del notario Gelardi y su familia, circunstancia que, invocada como defensa por los accionados, sostenida ante la alzada por el citado escribano (v. fs. 221 vta.), podría eventualmente obstar a la legitimación de los actores para pretender como lo hicieron. Ello así en tanto el art. 1.047 del Código Civil excluye del elenco de legitimados para requerir la declaración de nulidad a quienes ejecutaran [u otorgaran] el acto, "...sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalidaba...". Si bien este extremo no fue técnicamente opuesto como una excepción de falta de legitimación activa, el argumento fue no obstante claramente esgrimido en orden a controvertir el desconocimiento del parentesco que, como causal invalidante, había sido invocado por los actores (v. fs. 25, 60 vta./61 y 68). Por lo demás, no es ocioso recordar, conforme

doctrina recibida por este Tribunal, que la legitimación constituye un requisito esencial de la acción y puede, por tanto, ser abordada aún de oficio (conf. doct. Causas Ac. 85.798, sent. de 10-8-2005; C. 99.207, sent. de 10-2-2010; C. 107.199, sent. de 5-10-2011; C. 115.679, sent. de 20-11-2014). Despejado el camino para analizar el tópico, advierto que más allá de la controversia planteada no han logrado los accionados desvirtuar el referido desconocimiento. En lo concerniente, nada aporta la escritura en cuestión (v. fotocopia certificada de fs. 146/153 vta.). Las posiciones rendidas por los accionantes a fs. 163/164 vta. y 166/168 podrían probar, a todo evento, la relación profesional y de "vecindad" con el escribano Gelardi y su esposa, careciendo de virtualidad suficiente en relación al parentesco con la mutuante. La prueba testifical oportunamente ofrecida por Gelardi fue declarada caduca (fs. 193 y vta.). Finalmente, la reserva del derecho a requerir la nulidad por la causal ventilada en autos -que los aquí recurrentes esgrimieron en la ejecución hipotecaria allegada como prueba (v. fs. 42 y vta. de dicha causa)- acredita, sí, el conocimiento del extremo invalidante a esa fecha (v. cargo de fs. 43, esto es: 20 de mayo de 2003), mas no que efectivamente lo conociesen -o lo hubiesen debido conocer- al tiempo de otorgar la escritura hipotecaria (1 de octubre de 1998). En suma, reitero, no han logrado los emplazados acreditar la invocada circunstancia impeditiva del progreso de la presente acción de nulidad (conf. arts. 384, 385, 402, 430 y conchs., CPCC). Aventado este aspecto y, volviendo a nuestra línea de análisis, vale pues destacar que más allá de las discusiones doctrinarias suscitadas en torno a la naturaleza de la prohibición establecida en el citado art. 985, ora considerándola como una incapacidad del oficial público, ora como una incompetencia en razón de las personas, lo cierto es que la norma establece una suerte de presunción de derecho de parcialidad del funcionario, que le impide intervenir válida y eficazmente en los supuestos comprendidos (conf. Norberto Rafael Benseñor, "El art. 985 del Código Civil", Revista Notarial n° 938, Academia Nacional del Notariado, págs. 175/178). Tal es, en resumidas cuentas, la hipótesis de autos. En síntesis, no habiendo sido en este proceso acreditada la falta de legitimación de los nulidicentes ni enervados los extremos que constituyen un claro supuesto de nulidad establecido en la norma sustancial de aplicación, la respuesta aquí brindada no puede ser sino favorable a la anulación pretendida por quienes recurren (conf. arts. 985 y 1.047, Cód. Civil; 279 y 289, CPCC). 3. Sentado ello, cabe efectuar algunas precisiones complementarias, que me habrán de apartar de las soluciones previstas tanto en la instancia de origen como en la alzada.

i. En efecto; participo de la opinión doctrinaria que ve en la hipótesis prevista en el art. 985 del Código Civil velezano un supuesto de acto susceptible de la conversión que prevé el art. 987 del mentado ordenamiento (conf. Llambías, Jorge Joaquín, "Código Civil anotado", tomo II-B, Abeledo Perrot, Buenos Aires, p. 162; Fissore, Diego, en Rivera, Julio César, Medina, Graciela (dir.), "Código Civil Comentado", "Hechos y actos jurídicos", Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2005, p. 520; Pelosi, Carlos A. "El artículo 985 del Código Civil Argentino", RN, 723, 665). Mas de tal antecedente no ha de seguirse, sin más -como lo afirma el fallo recurrido-, la falta de interés del nulidicente para esgrimir la pretensión articulada. Y para sostener dicha afirmación, reparo en la ausencia de pretensión del demandado en torno a la exigibilidad del acto, convertido así en uno que "vale como instrumento privado" (conf. art. 987 citado). Tampoco, que deba necesariamente arribarse a la solución que traen los arts. 1.050 y 1.052 del mismo ordenamiento en torno a los efectos restitutorios del acto anulado conforme subsidiariamente lo peticionara el accionado (fs. 69 vta./70). ii. Y es que entre ambas antagónicas posturas existe una vía intermedia que atiende en mejor medida los intereses debatidos en la especie. Si el acto subsiste -merced a su conversión- como un mutuo otorgado en instrumento privado, cuenta aún el acreedor con el poder que dicho título le otorga para exigir su cumplimiento, en los términos pactados, lo cual -por vía de principio- lo habilitará, en su caso, y dadas las condiciones de tal crédito, a reclamar el monto insatisfecho, sus accesorios conforme lo convencionalmente acordado y, eventualmente, la pretensión de obtener la constitución de una nueva hipoteca en garantía del crédito (arg. arts. 987, 1.185 y concordantes del Código Civil). Y en esa coyuntura, subsistente el lazo negocial que vincula a las partes, aún podrán hacer valer los aseguramientos dispuestos en el derrotero procesal en el que transitó la ejecución hipotecaria. Me refiero, claro está, no a la continuación sin más de esta vía, sino al rendimiento que pudieran extraerse de las medidas de salvaguarda patrimonial dictadas en dicho expediente, con las adecuaciones del caso (arg. arts. 204, 209 inc. 3, 212 inc. 3, 536, 544 y concordantes, CPCC).

En consecuencia, y siendo que dichas pretensiones residuales no han sido esgrimidas en la especie, a fin de garantizar la bilateralidad y atendiendo al deber de propiciar el resultado útil del proceso corresponde devolver las presentes actuaciones a la instancia, a fin de que las partes esgriman las acciones que estimen corresponder. 4. Por último, debo señalar que el sentido de la decisión impuesto por la Cámara lógicamente desplazó el agravio eventual oportunamente llevado por la señora Giovanetti ante sus estrados, consistente en la omisión -por parte del juez liminar- de precisar, en el contexto de la nulidad declarada, la moneda en la que deberá reintegrarse la suma percibida y los respectivos intereses (conf. arts. 1.050, 1.052 y conchs., C.C.; fs. 226 y vta.); ello, en tanto la demandada optase por la vía insinuada a fs. 69 vta./70. Habida cuenta de ello, corresponderá remitir la causa a dicho tribunal a fin de que, con debida integración, se aboque a resolver tales cuestiones pendientes (arts. 279 y 289, CPCC). V. Por lo expuesto, en función de las consideraciones precedentes, si mi opinión resulta compartida, corresponderá darle andamio al recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley, revocar el pronunciamiento impugnado y hacer lugar a la demanda de nulidad

entablada, con el alcance antes señalado. Los autos deberán remitirse al tribunal de origen a fin de que, con debida integración, resuelva -previa sustanciación- lo que en derecho corresponda. Las costas de todas las instancias devengadas por la demanda de nulidad que prospera se imponen a los accionados vencidos (arts. 68, 279 y 289, CPCC). Con el alcance indicado, voto por la afirmativa. Los señores Jueces doctores Negri, de Lazzari y Pettigiani, por los mismos fundamentos de la señora Jueza doctora Kogan, votaron la cuestión planteada también por la afirmativa. Con lo que terminó el acuerdo, dictándose la siguiente SENTENCIA Por lo expuesto en el acuerdo que antecede, de conformidad con lo dictaminado por el señor Subprocurador General (v. fs. 351/358 vta.), se hace lugar al recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley interpuesto, se revoca el pronunciamiento impugnado y se hace lugar a la demanda de nulidad entablada, con el alcance indicado en los considerandos precedentes. Remítanse los autos al tribunal de origen a fin de que, con debida integración, resuelva -previa sustanciación- lo que en derecho corresponda. Las costas de todas las instancias devengadas por la demanda de nulidad que prospera se imponen a los accionados vencidos (arts. 68, 274, 279 y 289, CPCC). Notifíquese y devuélvase. 024606E