

XXXIII Jornada Notarial Argentina San Carlos de Bariloche. Río Negro. 20, 21 y 22 de septiembre de 2018

Coordinadores:

Not. Lamber, Néstor.

Not. Zavala, Gastón.

TEMA IV – “NULIDADES EN EL CODIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACION

NULIDAD PARCIAL DE LA ESCRITURA PUBLICA. EL DERECHO DOCUMENTAL Y LA SUPREMACÍA DE LA VOLUNTAD.

Autora: Esc. Luciana C. Botte, Miembro del Instituto de Derecho Comercial del Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires.

Son nulas las escrituras que no tengan la firma de las partes (Art. 309 CCCN).

Comprador y vendedor acuerdan los términos de la compraventa. Estado del inmueble, pago del precio y entrega de posesión. De acuerdo a los usos y costumbres, el comprador designa al escribano interviniente, quien tendrá la función de formalizar el título. Sólo que en este caso, dado que el comprador ha solicitado un préstamo bancario, el notario que integra la nómina del banco llevará a cabo la documentación de ambos actos jurídicos: la compraventa inmobiliaria y el contrato de mutuo con hipoteca en garantía a favor de la entidad crediticia.

Al acto escriturario concurren el transmitente, el adquirente y el representante del banco acreedor. Cumplidas las operaciones de ejercicio propias de la función notarial (legitimación, legalización, configuración, documentación) y realizados los actos pre escriturarios de rigor, la operatoria concluye con la entrega del préstamo al deudor – quien, reuniendo en su persona el carácter de parte de dos negocios jurídicos diferentes, como comprador abona el precio de la compraventa al vendedor, que por ende le transfiere todos los derechos inherentes a la propiedad, posesión y dominio sobre el inmueble y simultáneamente el nuevo dominus procede a gravar con derecho

real de hipoteca en favor del tercero (banco, que es tercero respecto de la compraventa, parte en el contrato de mutuo y titular del derecho real de garantía).

Transcurridos seis meses, durante una labor rutinaria de revisión de protocolo, el escribano interviniente en la operatoria advierte que el representante del banco (del que recuerda haber leído su obituario pocos días atrás) no firmó la escritura. Nos permitimos emplear el ya conocido caso notarial planteado entre otros, por Armella, Etchegaray, Falbo y Zinny para el estudio de la temática sub examine.

Conteste con la doctrina mayoritaria elaborada a partir de la regulación que el Código Civil y Comercial realiza en materia de nulidad de los instrumentos públicos -y que no difiere en general, de la doctrina imperante en vigencia del Código de Velez- puede afirmarse que la sanción de invalidez total del documento afecta a ambos negocios jurídicos instrumentados mediante el mismo. El vicio proveniente de la falta de firma de una de las partes del mutuo hipotecario, arrastra a la nulidad de la compraventa perfectamente celebrada.

El supuesto planteado, a más de ser un caso típico en la práctica notarial, es analizado como ejemplo por Etchegaray al aportar su opinión respecto de la interpretación que la doctrina mayoritaria daba a los otrora arts. 988 y 1004 del Código Civil y la sanción ineludible de nulidad total de la escritura por la falta de firma de uno de los comparecientes, sin discriminar si la falta de esa firma afectaba a uno o todos los negocios jurídicos celebrados en la misma escritura. Discrepando con dicha doctrina, Etchegaray sostenía entonces y refuerza su postura en la actualidad, que si una escritura contiene un solo negocio, la falta de una firma que corresponda a una persona anunciada en el texto como compareciente hace que el negocio no pueda considerarse concluido como tal. Pero si la escritura contiene dos negocios, no hay razón para invalidarlos a ambos, cuando la firma faltante lo fuera de una parte solidaria, mancomunada o esencial para uno de los negocios y no para el otro ¹.

¹ “Sin embargo, la parte que no ha firmado, no tiene ninguna relación de solidaridad y ni siquiera aparece simplemente mancomunada en el negocio de compraventa; sí lo está en relación con el mutuo y la garantía hipotecaria. ¿Por qué entonces anular el instrumento público en su totalidad, si surge claro

Si está previsto y permitido que una escritura pública contenga multiplicidad de actos jurídicos –cada uno con sus elementos esenciales, naturales y particulares-, y si está admitida la nulidad parcial del acto jurídico, ¿por qué concluir que el ordenamiento de fondo no admite la nulidad parcial formal?

Falbo, en el análisis del art. 390 CCCN, cita el tratamiento que al tema de nulidades instrumentales hizo la XXVI Jornada Notarial Argentina celebrada en Córdoba en el año 2002, en la que se declaró que “la nulidad de la escritura pública es total” y abrió la instancia doctrinaria a favor de la nulidad parcial de la escritura al sostener que “sin embargo, habría que considerar, cuando fuera aplicable el principio de divisibilidad, la posibilidad de admitir la nulidad parcial en casos excepcionales”. Concluye Falbo su comentario a la referida norma aportando una opinión. “¿Podría admitirse la validez de la escritura en la parte que formaliza la compraventa, separándola de la porción nula que formaliza el crédito? Tal vez atendiendo a la finalidad perseguida por las normas y al principio de conservación (art. 1066), podría considerarse de manera positiva.”²

La ley claramente está impregnada del espíritu de salvaguardar, por encima de todo, la voluntad de las partes, salvo cuando se afecta el orden público, la moral o las buenas costumbres. Los principios de conversión (art. 384), integración (art. 389), conservación (art. 1066), la validez como instrumento privado del instrumento público que no tiene la forma debida, siempre que esté firmado por las partes (art. 294), la subsistencia del acto jurídico celebrado por las partes sin respetar la forma impuesta

que la razón del Código para invalidar el instrumento público se basa en el hecho de que quienes firmaron no lo habrían realizado, si hubieran sabido que los otros cocontratantes no llegarían a firmar?” Etchegaray explicita la interpretación de la nota de Vélez al art. 988 en cuanto a la necesidad de la existencia de un interés común –un negocio especial o determinado entre las partes de la escritura- para que la falta de firma de una de ellas ocasione la nulidad. Por ello sostiene la validez del negocio que no se ve afectado por la falta de firma de quien, no es parte, aún cuando fuere compareciente en la escritura, que ante este defecto, estará afectada de nulidad parcial.

² En contra, Armella, en su comentario al art. 309 CCCN, “Si entonces se entiende al sistema de la ineficacia de los actos jurídicos por nulidad y por oponibilidad y a la clasificación que surge de los arts. 386 a 388 (nulidad absoluta y relativa) y del art. 389, de nulidad total y parcial, se impone sostener que la escritura pública que contiene varios actos jurídicos, y a la cual le falta la firma de un compareciente, está sancionada por la nulidad absoluta y parcial.”

por la ley, y su conversión en la obligación de otorgar dicha forma, entre otras disposiciones, son expresiones claras de este espíritu³.

Todos los caminos conducen a erigir a la voluntad e intención como el objeto de máxima tutela.

La interpretación que elabora gran parte de la doctrina de los arts. 290 y 309 del CCCN parecieran llevar a la única conclusión de que en materia de derecho documental sólo cabe aplicar la nulidad absoluta y total. Esta calificación invierte la relación de jerarquía que existe entre la voluntad de las partes y la forma en que esa voluntad se expresa. La supremacía siempre corresponde a la voluntad del otorgante del acto jurídico.

En la nota al derogado art. 973, Vélez cita a Ferdinand Mackeldey y Ortolán: *“Los progresos de la civilización, agrega, espiritualizan las instituciones, las desprenden de la materia, y las trasladan al dominio de la inteligencia. Esta tendencia se manifiesta eminentemente cuando se observan los actos jurídicos. Con tales actos, una civilización adelantada, se asocia inmediata y principalmente a lo que es espiritual, a la voluntad, a la intención; no pide a la materia sino lo que es indispensable para descubrir y asegurar la voluntad. En las sociedades poco adelantadas era preciso impresionar profundamente los sentidos para llegar al espíritu.”* Ya en el siglo XIX la forma era concebida como un elemento al servicio de la voluntad; con una función delimitada y acotada a la necesaria exteriorización (materialización) de esa voluntad. El progreso del derecho y de la sociedad que lo concibe llegaría para profundizar esa relación de supremacía de la intención frente a la solemnidad⁴.

³ En el mismo sentido, la previsión del artículo 290 establece una situación excepcional para preservar el acuerdo de voluntades de las partes celebrado válidamente pero afectado por un defecto u omisión de un requisito del instrumento público, y por ello decreta la validez del instrumento celebrado por un oficial público destituido antes de que éste conozca la destitución; así como la validez del acto otorgado por el funcionario público incompetente en razón del territorio en el caso del art. 292.

⁴ Santos Cifuentes, en su análisis al art. 973 C.C. citaba a Borda, Arauz Castex, Larenz y Salvat-López Olaciregui, al referir que “La evolución se ha destacado en un doble sentido. En la edad moderna, el formalismo fue perdiendo aquella rigidez debido a diversos factores, entre los que se cuentan: la difusión de la escritura; la gran actividad del tráfico comercial con su necesaria celeridad, ajena al formalismo minucioso; el concepto de la obligación de los pactos de cualquier clase, aún sin concluirse en la forma predeterminada, elevándose la voluntad declarada de las partes a elemento decisivo...” “la finalidad de la forma impuesta es conseguir una mayor certeza en los hechos, una mayor determinación de las circunstancias, y acaso, también, una mayor reflexión sobre las consecuencias.”

Lo expuesto, no debe entenderse en el sentido de abogar por la libertad de formas o el antiformalismo. Las solemnidades impuestas por la ley, lo son precisamente para proteger la voluntad. El plexo normativo que sienta las bases y establece el derecho documental e impone a los actos jurídicos ciertas formalidades (aún las que se determinan bajo pena de nulidad) hace a la esencia misma de la seguridad jurídica, de la plena fe que algunos actos requieren, y la necesidad de preservar la incolumidad de voluntad expresada.

Por ello, cuando la voluntad se ha expresado mediante la forma establecida por la ley, decretar su ineficacia por un defecto documental es la expresión del principio de las formas por sobre el fondo, contradiciendo el espíritu mismo del Código de preservar el acto jurídico.

En materia de la nulidad parcial del acto se requiere, para evitar la sanción de ineficacia total, que la cláusula afectada de nulidad sea separable del resto de las cláusulas y que éstas cumplan en sí mismas con los requisitos del acto jurídico válido. De esta forma, decretada la nulidad de la cláusula, el acto subsiste liberado de vicio. Aún más, decretada la nulidad de la cláusula, en caso de ser necesario, el juez debe integrar el acto de acuerdo a su naturaleza y los intereses que razonablemente puedan considerarse perseguidos por las partes. El Código Civil y Comercial en su art. 389 consagra el principio de integración que procura preservar el acto aún debiendo apelar a un tercero calificado que completa el mismo para asegurar su eficacia.

En materia de nulidad parcial del documento, ni siquiera es necesario recurrir al principio de integración. El acto jurídico es válido y por ende la voluntad expresada en el mismo no requiere la intervención del juez para completarla. La compraventa firmada en escritura pública por el vendedor que entregó la posesión y el comprador que pagó el precio es perfecta. Las partes, en su buena fe diligencia, han cumplido con la forma impuesta por la ley y para ello concurrieron a un notario. El defecto de forma del instrumento público, ocasionado por la falta de firma del acreedor en el contrato de mutuo hipotecario simultáneo afecta la validez del mutuo y de la hipoteca, pero debería dejar indemne a la compraventa y la transferencia de dominio resultante. Si aplicamos la nulidad parcial al derecho documental, ambos negocios (compraventa e

hipoteca) son separables y bien puede decretarse la nulidad del segundo negocio jurídico y preservar la validez del primero. Lo contrario representa un retroceso en el derecho sustancial al condenar un acto plenamente válido por el defecto de forma del documento originado en un vicio de otro acto distinto y separable formalizado en el mismo instrumento.

Si el principio de integración admite incorporar al acto jurídico una voluntad de un tercero para integrarlo, cuánto más debería interpretarse el espíritu normativo en el sentido de permitir la separación de un acto válido inserto en un documento que a los efectos y respecto de dicho acto, también es válido pues ha cumplido con los requisitos formales previstos para su validez.

Lógico y congruente devenir de dichos estamentos, resulta la aplicación de la teoría de la nulidad parcial al derecho documental, es decir, a admitir los instrumentos públicos parcialmente nulos que contienen actos jurídicos, contratos y negocios válidos y perfeccionados, o aún más, extintos⁵.

Recordemos nuestra compraventa con hipoteca a tercero simultánea. La compraventa, como contrato bilateral se ha cumplido acabadamente y por ende, se ha extinguido por cumplimiento. El derecho de propiedad, ha sido transferido al comprador y se ha integrado la instancia registral con la inscripción. Oponibilidad erga omnes. Por aplicación de los arts. 290 y 309, la nulidad que va a pronunciar el juez volverá las cosas al mismo estado en que se hallaban antes del acto declarado nulo y obligará a

⁵ Pelosi, Carlos A. en El Documento Notarial señala que “En España la legislación notarial expresamente reconoce la nulidad formal parcial del documento. El art. 26 de la ley del notariado de 1862 dispone que serán nulos las adiciones, apostillas, enterrrenglonaduras, raspaduras y testados en las escrituras matrices, siempre que no se salven al final de éstas con aprobación expresa de las partes y firmas de los que deban suscribir el instrumento. También se consideran nulos las abreviaturas y guarismos utilizados en la expresión de fechas y cantidades, salvo las abreviaturas que exceptúa el art. 151 del reglamento notarial. En nuestro derecho, para el primer caso, según el art. 989 del Cód. Civil es anulable todo el documento, y si las cantidades que se entregan en presencia del escribano se designan en números, se trataría de una nulidad implícita, por transgredir lo establecido en el art. 1001, atendiendo a la doctrina que admite las nulidades virtuales, y sería a mi juicio de carácter relativo. La ley notarial italiana de 1913, en el art. 58, inciso 3, declara nulo el documento sólo en la disposición contemplada en el art. 28 inc. 3, es decir, la que interese al notario, su mujer o alguno de sus parientes o afines en línea recta en cualquier grado y en la colateral hasta el tercer grado. En el mismo sentido la ley de México (D.F. y T) establece en el art. 86 apartado VIII que, cuando no le está permitido al notario por la ley autorizar el acto o hecho materia de la escritura o del acta, solamente es nulo el instrumento en lo referente al acto o hecho cuya autorización no le esté permitida y valdrá respecto de los otros actos o hechos que contenga y que no estén en el mismo caso.”

comprador y vendedor a restituirse mutuamente lo que han recibido. El derecho real de propiedad queda sin ningún valor. Ante este escenario, cabe recordar, si se nos permite, que la compraventa es válida. La aplicación de la sanción de nulidad total al documento y por ende la invalidez de todos los actos contenidos en el mismo, no parece ser la alternativa más justa ni coherente⁶.

La enunciación que formulan los arts. 290 y 309 CCCN respecto de la nulidad a causa de la falta de firma de las partes, es absolutamente conteste con la salvaguarda del acto jurídico válido –en nuestro caso la compraventa. El compareciente que no firmó es el acreedor hipotecario que será indispensable para la existencia del contrato de mutuo y su garantía real, pero no es parte en la compraventa. En ésta, las partes comprador y vendedor, han firmado. Etchegaray reiteraría la pregunta: ¿cuál es la razón para invalidar ambos negocios, cuando la firma faltante corresponde a una parte interviniente en uno de los negocios y ajena al otro?⁷

Cuando los artículos en estudio decretan la nulidad a causa de la falta de firma de las partes, no es razonable sostener que se están refiriendo a que la falta de firma de una parte de un contrato ocasiona la nulidad de otro contrato del cual, el o los no firmantes no son partes, sino terceros.

Sostener lo contrario, sería dar al tercero el carácter de parte en un contrato que le es y del que es completamente ajeno. La aplicación, basada en estas normas, de la nulidad total al instrumento por la falta de firma de cualquier interviniente en el acto escriturario, sin diferenciar si es parte, compareciente, testigo, etc., podría resultar más lógica si en sus textos previeran el concepto de *otorgante* o *compareciente* (si se quiere ser más amplio) y no el de *parte* al referirse a la falta de firma. *Si alguno de los comparecientes no firma por sí mismo o a ruego, el instrumento carece de validez para todos*. Si ese fuera el texto de la ley, la falta de firma de cualquiera de los intervinientes

⁶ La Cám.1ª Civ.yCom. San Isidro, Sala 1ª, 8/11/2012, en los autos “Niro, Carmine y/o c/ Riviere, Guillermo Jorge y/o s/ nulidad de escritura”. (Publicado en microjuris.com, MJ-JU-M-75740- AR, MJJ75740)decretó la nulidad parcial de la hipoteca respecto de aquellos acreedores que no habían suscripto la escritura, manteniéndose su validez respecto de quienes sí lo hicieron.

⁷ Aboga Etchegaray en favor de la aplicación de la nulidad parcial de la escritura pública, señalando que “a esta altura de la evolución del derecho de las formas parecería apropiado aprovechar la redacción del artículo y la nota citados (*haciendo referencia al art. 988CC*) para entender el precepto como nosotros sugerimos, superando la interpretación puramente gramatical, que en la actualidad es mayoritaria.”

bastaría para ocasionar la nulidad del instrumento y afectar con ello todos los actos contenidos en el mismo.

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. En el caso del art. 309, el Código específicamente se refiere a la falta de firma de las partes aún cuando utiliza otra terminología notarial más amplia en otra parte de su enunciado (v.gr. el nombre de los otorgantes).

Más allá de los aciertos o desaciertos de técnica legislativa, resulta claro que la falta de firma de una de las partes ocasiona la nulidad del acto en el cual esa parte interviene; si alguna de las partes no firma por sí mismo o a ruego, el instrumento carece de validez para todos –agregaríamos nosotros para mejor entender- para todos los intervinientes en el acto jurídico, negocio o contrato, pero no para todos los intervinientes/comparecientes en el instrumento. El tercero no puede causar la nulidad de un acto respecto del cual no es parte.

Cada supuesto de incumplimiento de un requisito formal, como la falta de designación del tiempo y lugar en que sean hechas (las escrituras), el nombre de los otorgantes, la firma del escribano, la firma de los dos testigos del acto cuando su presencia sea requerida, etcétera, así como la falta de firma de alguna de las partes, será materia de apreciación judicial a fin de determinar la sanción de nulidad total o parcial del instrumento.

CONCLUSIONES: La nulidad del instrumento público y en particular de la escritura pública puede ser total o parcial. La nulidad proveniente del defecto u omisión de un requisito de forma o solemnidad afecta la validez del acto, contrato o negocio jurídico del cual dicho defecto u omisión es originario, pero no afecta al otro u otros actos, contratos o negocios jurídicos válidos instrumentados en una misma escritura, si son separables. La determinación de la posibilidad de aplicar la nulidad parcial al instrumento público será objeto de apreciación judicial.

BIBLIOGRAFIA

Clusellas, Eduardo Gabriel. Código Civil y Comercial. Comentado, anotado y concordado Modelos de redacción sugeridos. Artículos comentados por la Notaria Cristina Armella (v.1) y el Notario Natalio Etchegaray (v.2). Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Astrea FEN. 2015. v. 1 y v.

Etchegaray, Natalio P. y Capurro, Vanina L. Derecho Notarial Aplicado. Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Astrea 2011.

Belluscio, Augusto C. y Zannoni, Eduardo A. Código Civil Comentado, Anotado y Concordado. T.4, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Astrea 1988.

Falbo, Marcelo N. Nulidades instrumentales. Su tratamiento a la luz de las nulidades del acto jurídico. Medios de subsanación. Hacia una depuración de la teoría de las nulidades. 26 Jornada Notarial Argentina, Córdoba, 3 al 5 de octubre de 2002. 5.17.

Gattari, Carlos Nicolás. Nulidades instrumentales. Su tratamiento a la luz de las nulidades del acto jurídico. Medios de subsanación. El 1330 del Código Civil y otros subsanan nulidades instrumentales. 26 Jornada Notarial Argentina. Córdoba, 3 al 5 de octubre de 2002 Tema I.

Moisset de Espanés, Luis; Márquez, José F. Nulidad de escrituras públicas. Responsabilidad del escribano Revista del notariado no. 897, 112, jul-sep 2009, p. 289-300.

Zinny, Mario Antonio Nulidades. Instrumentos públicos. Mandato, apoderamiento y poder de representación. Buenos Aires. Ad-Hoc. 2010.