

La Nulidad de los Instrumentos Notariales

Lic. Jesús Villa lobos Pérez

El estudio y análisis de este tema implica la confluencia de la teoría de las nulidades de nuestro Derecho Civil y la Teoría de la Actuación Notarial del Derecho Notarial.

Dado el doble carácter jurídico que tienen los instrumentos notariales, derivado primero de su carácter documental, y segundo, de que en dicho documento se pueden hacer constar relaciones de derecho privado, esto es, se crean, modifican, transmiten o extinguen un negocio jurídico, o simplemente se da testimonio de hechos o actos ocurridos ante la presencia notarial, un análisis de la nulidad de los instrumentos notariales tendría necesariamente que contemplar esta doble cualidad que tienen ellos: el de ser en el mundo jurídico una entidad dotada de materia y forma, en este entendido, nuestra exposición se limitará tan solo a analizar algunos aspectos de la invalidez de los instrumentos notariales referida a su cualidad formal, dado el ámbito amplísimo que corresponde al análisis de las nulidades que pueden afectar al negocio jurídico, y que sería todo el complejo de relaciones jurídicas en que consiste un ordenamiento jurídico, labor que implicaría no una plática, sino el objeto de una extensa variedad de exposiciones.

Delimitado el contenido de nuestro modesto trabajo, cabe pues, proceder a efectuar el planteamiento de su desarrollo, para lo cual es procedente establecer las siguientes premisas:

Siendo el instrumento notarial un escrito producido por el notario público y protegido por la fe del mismo, cuyo contexto es tenido por legítimo en virtud de la autenticidad que le imprime el notario público interviniente, de ahí que un análisis de las causas de invalidez tendrá que tomar en cuenta los requisitos que se refieren a la actuación notarial para ser válidos los instrumentos que él crea, y además los requisitos del instrumento mismo como forma llamada a integrar el mundo de las normas, negocios y actos del ordenamiento jurídico.

Al primer respecto cabe afirmar que el notario público actúa creando instrumentos públicos, lo que conlleva el bosquejar brevemente las características relevantes del Notariado como institución jurídica por una parte, y por la otra las del instrumento público en que se manifiesta su actuación.

El Notariado es una institución que consiste en un conjunto organizado de personas investidas de fe pública para autorizar y dar fe de hechos y actos que ante ellos pasan y se otorgan, siendo por tanto el notario un agente del poder público, ya que actúa por delegación de éste, capaz de recibir y dar forma a cuanta manifestación jurídica surja de la vida de relación contractual.

Que el notario esté dotado de fe pública significa que los actos producto de su autoridad tienen la presunción de ser auténticos al igual que como ocurre con los producidos por la autoridad judicial, pero de aquella afirmación advertimos la necesidad

de que como profesional versado en el Derecho, sea jurisperito, esto es, un técnico del Derecho, pues a él toca, en los asuntos de su competencia, aplicar, interpretar e integrar las normas jurídicas, así como calificar, legalizar y legitimar la voluntad de las partes y su situación jurídica, para finalmente crear derecho en aquellos casos en que da forma contractual a la voluntad de las partes, ya que ésta constituye una norma jurídica individual que pasa a integrar el ordenamiento jurídico como un todo. Por ello no resulta gratuito el hecho de que con frecuencia en los tratados de Derecho Notarial se equipara la actividad notarial con la actividad judicial, pues el notario, al igual que el juez, quien también crea Derecho, dado que las sentencias tienen el carácter de normas jurídicas individuales, aplica la norma jurídica sometiendo el caso particular a la regla de derecho, interpreta una norma jurídica desentrañando su verdadero sentido y alcance e integra las lagunas legales con la analogía y principios generales del Derecho.

Es precisamente debido a su carácter de profesional del Derecho, que conoce la ciencia jurídica, y de fedatario público, que constituye la garantía para la sociedad de que los hechos y actos sometidos a su amparo se otorgan conforme a Derecho, contribuyendo así a la realización de uno de los primarios valores jurídicos, que es el de la seguridad. De ahí que una defectuosa actuación notarial por desconocimiento de la Ley o por inobservancia de las formas, pueda originar actos viciados de nulidad, que precisamente son el signo contrario de lo que se pretende con la actuación notarial, que es dar veracidad y certeza a los actos ante él celebrados.

Resulta conveniente, por otra parte, el hacer unas breves consideraciones respecto al carácter del notario, tal y como está definido éste en nuestra Ley, en especial respecto a la mención que de él se hace en los artículos 10. y 30., configurándolo como funcionario investido de fe pública y la definición que de la función notarial hace el artículo 60. como de orden público.

Esta cuestión está vinculada con la naturaleza jurídica y la función notarial, para cuyo establecimiento estimamos irrelevante el que la ley establezca o no tal denominación de funcionario, pues su carácter deriva de las funciones que realmente desempeña dentro del ordenamiento jurídico y de las normas referentes a su organización como institución.

Es así que podemos afirmar que en los estados modernos la fe pública es uno de los atributos, fe que es organizada y ejercitada a través de las diferentes instituciones que lo constituyen, y entre las que se encuentra el Notariado. Por lo cual cabe preguntarse cuál es el carácter que tiene el Notario Público, a lo que podemos contestar que si bien no es, en estricto derecho un funcionario público, pues carece del poder de imperio, inherente a aquél, por más que la existencia de muchas similitudes en la actuación de ambos, sea una de las razones para que se les confunda, entre ellas, la de que, tanto en el caso del funcionario como en el del notario, su actuación tiene la presunción de ser legítima y por tanto válida, mientras el documento en que la misma se contiene, no sea redarguido de falso. Otro dato común es el de su origen, tanto el nombramiento del funcionario como del notario, son obra de una disposición o resolución estatal, en otras palabras, la determinación de su nacimiento y de su contenido organizacional, en uno y otro caso, tienen como base común una norma legal y no un negocio Jurídico privado, por lo mismo, el nombramiento y remoción de uno y otros, son actos de derecho administrativo, sin embargo, podemos encontrar una diferencia específica entre ambos sujetos, pues mientras que el funcionario actúa en el

plano externo en un régimen de derecho público, el notario no obstante de adoptar una forma pública de personificación, actúa en el plano externo en un régimen de derecho privado.

Ahora bien, si el poder público es el titular de la fe pública, si el Ejecutivo no es sino jurídicamente la personificación del poder público actuando como administración pública, y si el notario, persona dotada de fe pública por delegación de aquel de quien es nombrado, podemos concluir diciendo que el notario es un agente delegado de la Administración Pública que lleva a cabo una función pública debido a la fe de que se halla investido, razón por la cual, por una parte lo relativo a su nombramiento y remoción es un atributo exclusivo del Ejecutivo que tiene un carácter administrativo de orden público, el hecho de que sea un agente delegado de la Administración Pública y de que formalmente no se encuentre integrado dentro de ésta, no le quita dicho carácter, lo cual por otra parte se confirma al considerar la naturaleza y funciones del Consejo de Notarios, que es el órgano representativo del Colegio de Notarios al que obligatoriamente deben estar inscritos los notarios del Estado y cuyas atribuciones no tienen un carácter gremial, cual sería el caso si el notario fuese una persona de Derecho Privado, pues en el artículo 141, en el que se establecen, nada se dice al respecto; y sí en cambio se le atribuye al Consejo de Notarios el ser auxiliar del Gobierno del Estado, o sea de su administración, en la vigilancia y cumplimiento de la Ley del Notariado y el de ser órgano instructor en los procedimientos que sobre responsabilidad establece dicha Ley.

Existen más argumentos que apoyan nuestra idea, pero que sería bastante extensa su exposición. Lo que nos importa es dejar subrayado y planteado dicho problema por las consecuencias que su solución implica. Es así que una norma como la contenida en el artículo 1454 del Código Civil, que sanciona con la pérdida del oficio la falta de solemnidades que deben ser observadas en el testamento público abierto, no es una facultad de la autoridad judicial el decretarla, a la que únicamente corresponde la calificación de si existió una causa de nulidad que invalide el testamento, pero carece de competencia para decretar la pérdida del oficio del notario ante el que se haya otorgado el testamento, siendo atribución exclusiva del Ejecutivo el determinar la privación del oficio si se dieron los supuestos previstos para ello en la Ley. Y esto es así porque el nombramiento y la remoción del notario público es un acto administrativo y por lo mismo sometido a un estatuto especial, contenido en la Ley del Notariado; y la razón de ello deriva del hecho de que el notario actúa como agente delegado de la Administración Pública, a la cual debe hacerse saber los casos de responsabilidad en que incurra un notario en ejercicio de sus sanciones que correspondan.

Manifestándose la actuación del notario público a través de la creación de instrumentos notariales, importa el caracterizar éstos.

Nuestra Ley en el artículo 73, y después de un Título, denominado "De los Instrumentos Públicos o Escrituras", denomina escritura al instrumento público que el Notario en ejercicio asienta en su Protocolo para hacer constar un acto o negocio jurídico, autorizándolo con su firma y sello. A diferencia de su similar del Distrito Federal, no establece la distinción que la Doctrina consagra entre escrituras y actas, siendo las primeras documentos asentados en su Protocolo en que se hace constar un acto jurídico, y reservado para las segundas las constancias asentadas en Protocolo de uno o varios hechos presenciados por él. Aún más, dicha Ley enumera en su artículo 84,

los hechos que debe consignar el Notario en actas, entre otros, notificaciones, interpelaciones, requerimientos, cotejos y entrega de documentos, declaraciones y en general toda clase de hechos, abstenciones, estados y situaciones que guardan las personas o cosas que pueden ser apreciadas objetivamente, con lo cual creemos, no solo contribuye a consagrar una simple distinción doctrinal, sino que fundamenta legalmente la actividad notarial en un campo que aunque no es el típicamente notarial, si a través de su actuación contribuye a preservar y dar seguridad jurídica de tales actos.

Ahora bien, ¿cuál es el valor jurídico del instrumento notarial como forma documental? La respuesta a lo anterior está vinculada a la multiplicidad de caracteres que ella reviste, es así que la Doctrina ha señalado los siguientes: 1. Es intrínseca por implicar un valor esencial respecto de la configuración de los actos y contratos que deben ser hechos en escritura pública. 2. Es informante en cuanto pone de manifiesto las declaraciones unilaterales o plurilaterales de las partes, ilustrando sobre las particularidades del acto o contrato o instruyendo respecto de un negocio acaecido. 3. Es sustancial, tanto por la materia o sustancia que plasma, cuanto porque instituye la titularidad en lo que atañe a derechos. 4. Es auténtica, en el sentido de que hace plena fe in ter-partes y erga-omnes, hasta en tanto no sea argüida de falsa por acción civil o penal. 5. Es válida, en cuanto a su estructura orgánica, y por tanto respecto a su eficacia jurídica, cuando ha sido configurada dentro de la forma determinada por las leyes, a fin de que el acto no venga a padecer vicios que lo hagan nulo o anulable total o parcialmente. A lo anterior debe añadirse que el instrumento público notarial es un documento excepcional, porque no solo asegura y perpetúa las declaraciones que consigna, sino que las preconstituye en prueba de verdad, cabe interpretarlo como un documento probatorio de su contenido. Es así que el Código de Procedimientos Civiles del Estado califica como "documentos Públicos" a las escrituras y sus testimonios (329); y además establece su carácter de prueba plena, salvo que se redarguyan de falsos (399), sin que se afecte su validez por las excepciones que se aleguen para destruir la acción que en ellos se funda; aún más, constituyen títulos ejecutivos para los juicios ejecutivos.

Es precisamente por el valor probatorio pleno derivado de su carácter de auténtico que el instrumento notarial para su validez debe ajustarse a determinados requisitos, por de pronto es de advertir que no es suficiente el consentimiento recíproco de las partes contratantes, ni aún bastante que el negocio jurídico sea escrito y que luego se suscriba como prueba de paternidad; éstos, sin duda, son requisitos fundamentales en cuanto a la declaración y al documento en sí, dado que si no se firmara, no habría pronunciamiento ni prueba alguna. Empero, en la hipótesis del instrumento público, para su formación es menester el concurso de otras condiciones:

a) La intervención y competencia del notario, quien es el que documenta el acto o contrato.

b) La observancia de las formas legales.

Es en este punto en el que faltando alguna de estas condiciones, entramos al terreno de las nulidades.

El análisis y estudio del tema, como lo asienta Bernardo Pérez Fernández del Castillo, va íntimamente relacionado con el de la frustración de los contratos y actos jurídicos, quien además justamente señala que la frustración por invalidez es la antítesis

del documento notarial, pues la actividad del notario tiene como finalidad proporcionar seguridad jurídica y no incertidumbre y confusión. Por otra parte, la invalidez puede ser bien del negocio jurídico o bien del instrumento notarial en que aquel se consigna, siendo la relativa a este último el objeto de nuestra exposición.

A este respecto cabe asentar una diferencia importante en torno al problema de la nulidad de los instrumentos notariales, en relación a la regulación del mismo en nuestra Ley del Notariado y en la del Distrito Federal. Mientras que en nuestra legislación nada se dice al respecto y tan sólo se habla en la parte final del artículo 76 de la nulidad de las certificaciones, en cambio la Ley del Distrito Federal sí enumera en sus artículos 103 y 104 las causas de nulidad, tanto del instrumento notarial, como de su testimonio.

Consideremos que tal falta de regulación de la nulidad de los instrumentos notariales tiene importantes consecuencias prácticas que estimamos negativas, y éstas derivan de dejar su calificación al arbitrio judicial, con todo lo que ello conlleva, esto es, a que el juzgador, a falta de disposiciones expresas, tenga para ello que aplicar mediante interpretación, los dispositivos que el Código Civil prevé, con el riesgo, por circunstancias de todo mundo sabidas que no tiene caso mencionar, de que dicha interpretación sea errónea y no ajustada a derecho. Todo ello se evitaría si nuestra Ley, como su similar del Distrito Federal, definiera las causales de nulidad de un instrumento público. Ello también como consecuencia de la consideración de que, siendo el notario un agente delegado de la Administración, por lo cual la actuación del mismo contempla un estatuto especial, como es la Ley del Notariado, lo que implica que todas las posibilidades, limitaciones y prohibiciones que dicha actuación conlleva, así como las sanciones, deban de estar previstas en dicho estatuto, a fin de evitar la aplicación de criterios que en lugar de proporcionar firmeza y seguridad a sus actuaciones, propicien la arbitrariedad en la calificación de sus actos, por un desconocimiento del Derecho.

En punto al tema de la nulidad de los instrumentos notariales, cabe afirmar que el Código Civil del Estado de Jalisco sanciona la falta de formalismos marcados por la Ley, con la invalidez de contrato (1716), que puede originarse por incapacidad legal de las partes, por vicios del consentimiento, porque su objeto, su motio o fin sea ilícito, o porque el consentimiento no se haya manifestado en la forma que la ley establece.

La falta de forma encuadra dentro de la nulidad relativa, siempre que no se trate de actos solemnes, como es el caso de los testamentos (2149). Por su parte, la nulidad relativa, que es la que existe por incapacidad legal de las partes o de una de ellas, por vicios del consentimiento o porque él mismo no se haya manifestado en la forma que la ley establece, produce provisionalmente sus efectos que se retrotraen al momento de la contratación, es convalidable por prescripción o confirmación y sólo puede ser invocada por los interesados.

Revista Colegio de Notarios de Jalisco

**se terminó de imprimir el día 25 de julio de 1990 en los talleres de Gráfica Nueva
SA de CV**

Pípila 638,132974, S.H.

Diseño y diagramación Interlínea/Jabaz

Pípila 612, 14 55 99, S.H.

Guadalajara, Jalisco

El tiraje fue de 1 000 ejemplares.