

El instrumento público notarial y el acto jurídico, continente y contenido: la naturaleza y las causas de su ineficacia

Moisés Guzmán Orozco

Puede decirse que la frustración por invalidez o ineficacia, es la antítesis del documento notarial, pues la actividad del notario tiene como finalidad proporcionar seguridad jurídica y no incertidumbre y confusión.

BERNARDO PÉREZ FERNÁNDEZ DEL CASTILLO

La declaración se refleja en el documento como la imagen en el espejo, pero aun con más fuerza que en el campo físico, pues hay identidad, aunque no fusión en el medio, forma, y la declaración, contenido de la forma, no de la declaración, pues si se rompe el espejo se destruye la imagen reflejada, no la realidad, cuya forma física continua intocada, mientras que si se destruye el documento no se destruye el acto jurídico documentado, pero éste pierde visibilidad, la reconocibilidad.

GARCÍA-BERNARDO LANDETA

SUMARIO: I. Nota introductoria. II. Distinción entre la nulidad del instrumento público notarial y la nulidad del acto jurídico que contiene.

I. NOTA INTRODUCTORIA

El tema de las nulidades y de las ineficacias en general de los actos jurídicos, ha sido un asunto controvertido casi desde su remota aparición en el Derecho Romano. No es de sorprender la poca claridad que se percibe en el ambiente jurídico generalizado, inclusive, dentro del medio en el que se

desarrolla y aplica el derecho notarial, respecto de la distinción de la naturaleza y por ello, las causas y los efectos de la ineficacia de un instrumento notarial, de su nulidad, por un lado y, la ineficacia, concretamente la inexistencia o nulidad, de los actos jurídicos que integran comúnmente su contenido, por el otro.

Se estima entonces necesaria la difusión en el derecho mexicano de lo que la doctrina extranjera ha denominado *Teoría de las Ineficacias Instrumentales o Formales*, que en varios países latinos se encuentra establecida con cierto consenso, abordada también en México pero solamente por algunos de sus autores.

Distinguir que la *Teoría General de las Ineficacias del Acto Jurídico* y la *Teoría de las Ineficacias Instrumentales*, por más íntimamente vinculadas que se puedan encontrar, cuentan cada una con causas y efectos distintos; que la nulidad del acto no produce la del instrumento y viceversa salvo ciertos casos excepcionales; cuándo se presentan éstos, etcétera; son asuntos por demás relevantes en el ámbito notarial y en el campo del derecho en general, ya que alrededor de todos estos conceptos que versan sobre dicho instrumento, gira una multitud de relaciones jurídicas y “Puede decirse que la frustración por invalidez o ineficacia, es la antítesis del documento notarial, pues la actividad del notario tiene como finalidad proporcionar seguridad jurídica y no incertidumbre y confusión”,¹ finalidad que da su razón de ser a la institución del notariado.

Cabe apuntar entonces, desde este momento, que no es la finalidad de este trabajo analizar ni al acto jurídico, tampoco al instrumento notarial, ni siquiera estudiar las causas de su ineficacia en forma específica; sino solamente lograr advertir la distinción entre uno y otro y, que por ende, cada uno cuenta con sus respectivas casusas de ineficacia, las cuales a su vez son independientes.

Para ello, en primer lugar, en el siguiente apartado se muestran diversas posturas, abusando un poco de las referencias a quienes conforman la doctrina en el tema, pero con la deliberada intención de mostrar en palabras de los propios autores hasta donde la naturaleza de este trabajo lo permite, enfoques y opiniones ilustrativos que en un determinado momento se han emitido, pretendiendo que sea en breves líneas para, por último, realizar el análisis propio en el que se pretende una exposición sencilla pero clara y sobre todo útil para el lector.

¹ PÉREZ FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, Bernardo, *Derecho Notarial*, 7a. ed., Porrúa, México,

II. DISTINCIÓN ENTRE LA NULIDAD DEL INSTRUMENTO PÚBLICO NOTARIAL Y LA NULIDAD DEL ACTO JURÍDICO QUE CONTIENE

A. POSTURAS DOCTRINALES

a) *Bernardo Pérez Fernández del Castillo*

La exposición de este reconocido autor mexicano respecto del tema que nos ocupa, comienza expresando:

“Por lo que se refiere a la invalidez, ésta puede ser del negocio jurídico o del instrumento”;² posteriormente, sólo un párrafo más adelante señala: “Ahora bien, si el acto jurídico es declarado nulo o inexistente, también lo será el instrumento, pues invalidándose lo principal, lo accesorio sigue la misma suerte. Si el acto es anulable y el vicio que lo afectaba se purga, el instrumento queda revalidado por los efectos retroactivos de la institución”.³

Distingue entre una y otra clase de ineficacia, se inclina por la idea de que el acto es principal y el instrumento es accesorio. En otra parte de su obra —al ocuparse de “la forma de los actos jurídicos”— explica:

Según Aristóteles, el ser, en tanto que ser material, consta de dos elementos: materia y forma. La primera es aquello de lo que está hecho una cosa [*sic*], aquello de que consta o se compone algo: la materia. La segunda, o sea la forma, es una noción que procede del campo de la geometría y significa la figura en el sentido corriente de la palabra, el contorno o el perfil. Sin embargo, para Aristóteles la forma es lo determinante para que la materia se organice y sea lo que es; es el fundamento de la unidad y del sentido de la cosa, es su esencia, su principio de inteligibilidad de tal manera que no hay materia sin forma. Ésta, es la idea por la que una cosa es inteligible.

Aplicando los anteriores conceptos al campo del derecho y en especial al de los actos jurídicos y contratos, encontramos que los actos y hechos constan de los dos mencionados elementos del ser: materia y forma. La materia es el objeto de la voluntad interna del sujeto; la forma, su expresión, su manifestación por medio de signos verbales, escritos o por la realización u omisión de cualquier conducta. Esto significa que no hay acto jurídico ni contrato que no tenga forma, pues ésta constituye un elemento de existencia de la voluntad.

Hay autores como Manuel Albaladejo que consideran a la forma como un elemento exterior y accidental al acto jurídico. El mencionado autor expresa que «La forma no es elemento más del negocio (como lo son la declaración de voluntad u otros actos), sino que es la vestidura exterior de estos elementos, o los ritos o solemnidades que se han de observar para darles vida. Por ejemplo, las palabras pronunciadas verbal, o escritas, en la escrita, no son otro elemento del contrato, sino que son la fisonomía (forma) del elemento declaración de voluntad.

² *Ibidem*, p. 141.

³ *Idem*.

O bien, la presencia del juez municipal y de los testigos, no es un elemento más del matrimonio, sino que ambiente —forma— en el que debe necesariamente tener lugar la emisión de las declaraciones de los contrayentes: ante el juez y los testigos.» Así, para este autor, la forma es el continente y el acto jurídico es el contenido. Opinión que no comparto por las nociones de Aristóteles expuestas y que asumo. Considero que no hay acto jurídico sin forma, elemento constitutivo tanto del acto jurídico como del contrato.⁴

Si se acepta que por *forma* debemos entender el signo o conjunto de signos a través de los cuales se exterioriza la voluntad y que, hay una *formalidad* o un *formalismo* cuando la ley requiere para la plena eficacia de un acto jurídico, que la voluntad del o de los autores del mismo se manifieste de una determinada manera; entonces debemos aceptar también que el instrumento público puede significar tanto la forma en que se exterioriza una voluntad, como la formalidad requerida por el ordenamiento jurídico respectivo, en este segundo caso, ambas.

En tal situación y siguiendo la citada teoría de la materia y de la forma de Aristóteles, el instrumento notarial como la forma en que se exterioriza o se exteriorizan la o las declaraciones de voluntad que en él constan y el acto jurídico que dichas manifestaciones constituyen, son una misma cosa; pareciendo así contraria esta posición a las ideas que al principio se mostraron en relación con la idea de la nulidad del instrumento por un lado y la del acto jurídico que en aquél consta, por el otro; así como a la de que el acto es lo principal y el instrumento lo accesorio.

b) *Jorge Ríos Hellig*

Acepta la distinción entre la nulidad del instrumento notarial y la del acto jurídico contenido en el mismo, cuando afirma: “Es causa de responsabilidad del notario, si por contravenir al Código Civil, la Ley del Notariado u otras leyes, se declara judicialmente nulo o inexistente el instrumento por él redactado, o bien aunque éste sea válido pero contenga un acto nulo o inexistente provocado por su impericia”.⁵

c) *Manuel Borja Soriano*

En relación con la nulidad de del instrumento notarial, Borja Soriano cuestiona y responde a la vez:

Cuando la escritura es nula ¿también es nulo el acto contenido en ella? La respuesta varía según la intención, ya del legislador, ya de los particulares. A veces, la Ley establece la formalidad de la escritura pública respecto de ciertos actos,

⁴ *Ibidem*, pp. 65 y 66.

⁵ Ríos Hellig, Jorge. *La Práctica del Derecho Notarial*, McGraw-Hill, México, 1995, p. 181.
DR © Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

con el único propósito de que los mismos sólo puedan probarse por este medio o por otros de la misma categoría, como es la confesión judicial, excluyendo las pruebas de orden inferior, como son la testimonial y las presunciones [...] Otras veces, sin que exista precepto legal, los particulares, sin embargo consignan sus actos en escritura pública para proveerse de una prueba plena. En tales casos, como la escritura no tiene relación con la validez del acto, no hay razón alguna para que la nulidad de aquélla produzca la de éste; la nulidad sólo se traduce entonces en la falta de la prueba plena, propia del instrumento público, y los interesados tendrán que probar el acto jurídico por otros medios permitidos, pudiendo hacer valer aún la escritura pública nula como documento privado, si estuviere firmada por los otorgantes [...] Al contrario, hay casos en que el acto debe estar revestido con la forma de la escritura pública, ora porque la Ley impone esta forma como requisito necesario para la validez del acto, ora porque las partes han subordinado la formación de ésta a esa formalidad, lo cual es excepcional. Entonces, claro es que la nulidad de la escritura trae como consecuencia la nulidad del acto que entraña.⁶

Atinada exposición que, sin embargo, no se ocupa de la interrogante consistente en la idea de que si la nulidad del acto produce también la del instrumento que más adelante se verá.

d) *Pedro Ávila Álvarez*

Cuando define al instrumento público notarial como “Documentos autorizados, con las solemnidades legales, por Notario competente, a requerimiento de parte e incluidos en el protocolo y que contienen, revelan o exteriorizan un hecho, acto o negocio jurídicos, para su prueba, eficacia o constitución, así como las copias o reproducciones notariales de ellos”⁷ distingue en el mismo sentido que Borja Soriano, los actos que se hacen constar en un instrumento notarial “para su prueba, eficacia o constitución”. Luego explica: «Para su prueba, eficacia o constitución», porque el instrumento unas veces tiene una finalidad exclusivamente probatoria [...] otras sirve, además para que el negocio en él contenido produzca un determinado efecto [...] y otras para dar vida a un negocio que, por voluntad de los interesados o de la Ley, no nace hasta la formación del instrumento”.⁸

En la misma explicación del concepto que este autor presenta, señala también que son “«Documentos autorizados con las solemnidades legales por Notario competente» porque la inobservancia de aquéllas o la incompetencia de éste degradan el documento a la categoría de privado «si estuviere

⁶ BORJA SORIANO, Manuel, *Teoría General de las Obligaciones*, 14a. ed., (Concordada con la legislación vigente por Francisco e Ignacio, Borja Martínez), Porrúa, México, 1995, pp. 210 y 211.

⁷ ÁVILA ÁLVAREZ, Pedro, *Derecho Notarial*, 7a. ed., Bosch, España, 1990, p. 31.

⁸ *Ibidem*, p. 32.

firmado por los otorgantes [...]».⁹ Ya en la parte en que realiza un estudio de la nulidad del instrumento público notarial, sostiene:

Suele hablarse de nulidad material o de fondo y de nulidad formal, pero tal terminología no parece exacta predicada del negocio a que da forma el instrumento (salvo que esta forma sea sustancial) y menos lo es predicada del instrumento: ni la nulidad de éste determina la del negocio (con la misma excepción aludida) ni la del negocio produce la del instrumento, aunque sí un cierto grado de ineficacia de éste.

Parece mejor hablar de nulidad del instrumento y nulidad del negocio (una de cuyas causas es, en los negocios formales, la nulidad del instrumento), y concretarse aquí a la primera.

Ésta se produce, como es natural, por la infracción de las normas imperativas o prohibitivas concernientes a la dación de forma pública notarial a los negocios. Pero la contravención de estas normas, si unas veces determina la nulidad total del instrumento, otras solamente causa la nulidad de parte de él, y aun excepcionalmente puede no producir nulidad alguna sino otro efecto distinto.¹⁰

Finalmente por lo que se refiere a este autor, para resolver la problemática clasifica al documento notarial en: a) documento notarial *ad substantiam* —también llamados *ad solemnitatem*— y, b) documento notarial *ad probationem*; señalando respecto del primer tipo de documento que “En este caso la forma es un elemento esencial del negocio de que se trate, y al no llenarse, su falta impide el nacimiento del negocio; y si el negocio no existe y el documento es nulo, el documento notarial no tendrá valor alguno”;¹¹ y con relación a la segunda clase, que “el documento notarial servirá para probar el negocio (que en este caso podrá existir independientemente del instrumento) como si fuera un documento privado”.¹²

e) Carlos A. Pelosi

Señala Pelosi que “El estudio de las nulidades instrumentales o formales del documento autorizado por notario tiene un campo no claramente delimitado, pero susceptible de ser marcado o separado dentro del derecho notarial”.¹³

Para explicar su punto de vista, el citado autor utiliza la teoría de la representación documental; recordando el significado de los vocablos “instrumento” y “documento” señala:

⁹ *Ibidem*, p. 31.

¹⁰ *Ibidem*, p. 165.

¹¹ *Ibidem*, p. 166.

¹² *Idem*.

¹³ PELOSI, Carlos A., *El documento notarial*, 1980, 1a. Reimpresión, 1987, Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, Buenos Aires, 1987, p. 287.

Aplicando en forma amplia el concepto de enseñar, implica también el de mostrar, indicar; y de allí pasamos al de presentar, es decir, poner algo en presencia de uno.

Cuando esa presentación se produce a través de otra cosa, se opera la *representación*. La figura, imagen o idea sustituye la realidad. Representación es la imagen de la realidad, la que se presenta al intelecto a través de los sentidos. Por eso Carnelutti define al documento como una cosa que sirve para representar a otra. Ello obedece a que en sentido etimológico es una cosa que *docet*, esto es, que lleva en sí la virtud de hacer conocer; esta virtud se debe a su contenido representativo.

A su vez Couture dice que el contenido de la fe pública es su calidad representativa. Los hechos que han ocurrido bajo los sentidos del escribano aparecen en el documento *representados*, vale decir, presentados nuevamente bajo la forma escrita [...]

Cree conveniente sustituirla por la de «reflexión» el notario español García-Bernardo Landeta ya que «la declaración se refleja en el documento como la imagen en el espejo, pero aun con más fuerza que en el campo físico, pues hay identidad, aunque no fusión en el medio, forma, y la declaración, contenido de la forma, no de la declaración, pues si se rompe el espejo se destruye la imagen reflejada, no la realidad, cuya forma física continua intocada, mientras que si se destruye el documento no se destruye el acto jurídico documentado, pero éste pierde visibilidad, la reconocibilidad» [...]

Sostiene Fortuno que «el documento tiene siempre un aspecto representativo, refleja y demuestra la declaración, su texto; revela su existencia y su modo de ser, constituye indicio formal, su prueba. El documento representativo y probatorio es inseparable de la idea misma de documento, aun en los casos en que, sustantivamente, tiene eficacia constitutiva».¹⁴

También asevera el jurista argentino, que “si el documento notarial padece de vicios instrumentales pero está firmado por las partes, vale como instrumento privado”.¹⁵

De esta manera admite y consigna la existencia de una teoría de las nulidades instrumentales distinta a la de los actos jurídicos, partiendo de la separación de éstos en relación con el documento.

Sin embargo, cabe señalar que no desvincula de manera absoluta una teoría de la otra, pues siguiendo a Larraud sostiene que:

[...] los problemas de la nulidad formal —como también llama a la que afecta directamente al instrumento o nulidad instrumental— no han de quedar al margen de aquella teoría general ni ignorar sus principios [...] existen en el documento notarial *nulidades de fondo* que afectan directamente al acto y *formales*, por virtud de un vicio del documento que proyecta sus consecuencias en el documento y de modo indirecto al acto.¹⁶

¹⁴ *Ibidem*, pp. 6 y 7.

¹⁵ *Ibidem*, p. 309.

¹⁶ *Ibidem*, p. 288.

Observa, como se puede deducir, la posibilidad de que aun siendo distintas, la nulidad del acto afecte al instrumento y, la de éste, al primero.

B. ANÁLISIS DE LA DISTINCIÓN ENTRE LA NULIDAD DEL INSTRUMENTO PÚBLICO NOTARIAL Y LA NULIDAD DEL ACTO JURÍDICO QUE CONTIENE

Se iniciará comentando en relación con la teoría aristotélica de la materia y de la forma anteriormente presentada; al respecto, no se niega coincidencia con la idea de que toda materia debe tener una forma y que en tal caso, no representa dicha forma un elemento exterior de la voluntad que se manifiesta, toda manifestación de voluntad, invariablemente, para poder surgir o para que nazca a la vida jurídica debe expresarse de alguna manera; tácita o expresa; verbal, escrita o solemne; sin embargo, el instrumento notarial no es una forma común y corriente, sino una que a su vez debe revestir otra forma, una serie de requisitos que la misma ley establece para que sea válida, y que no siempre se trata de un formalismo o solemnidad.

Sin embargo, antes se debe advertir algo que parece evidente, que dicha teoría, respecto del acta notarial en la que el notario da fe de un hecho, definitivamente no es aplicable, pues la forma en que tal hecho se presenta no es la de un documento.

Además, cuando la ley no requiere que el acto sea otorgado en forma de instrumento notarial, anulándose éste, queda la forma escrita e inclusive, si tampoco se requiere la forma escrita, destruyéndose el documento queda la declaración o declaraciones de voluntad aunque éstas hayan sido exteriorizadas en forma verbal o tácita. El instrumento notarial será la forma obligatoria de aquellos actos en los que el legislador haya ordenado la observancia de la misma para su validez o existencia, sin olvidar que también pueden darse casos en los que aun debiendo revestir un formalismo, es posible subsanarse y valer el acto aunque en principio se omita, situación que más adelante se verá con un poco de mayor detenimiento.

El instrumento público notarial será pues la forma y la solemnidad del acto, cuando la ley lo exija para su existencia; será la forma y la formalidad cuando ello sea necesario para su validez y; sólo la forma, en aquellos actos en que no sea indispensable que así se declare la voluntad pero el o los otorgantes lo hagan de esta manera para dotarse de un medio probatorio de mayor valor y si esta forma falla, en este caso quedará la forma escrita sin que el acto pierda eficacia.

Parece inclusive, que las ideas de la materia y de la forma que integran inseparablemente a un determinado ente, por un lado, y la de continente y contenido, por el otro, no se excluyen desde un punto de vista diferente al que alude el maestro Pérez Fernández del Castillo, es decir, la forma siempre refleja algo, su contenido, su materia; la forma puede ser el continente de la materia, pues la delimita. Si bien es cierto que toda declaración de voluntad

debe tener una forma, también lo es que el documento o las palabras tienen un contenido, contienen una idea que expresa la voluntad de su autor; sin que ello implique que el derecho esté incorporado al documento.

Se considera entonces que, como asevera el maestro Borja Soriano, cuando el instrumento no tiene relación con la validez o existencia del acto que en él se consigna, no hay razón por la cual la nulidad del primero produzca la del segundo, sólo la desprovée de un medio probatorio pleno.

La anterior idea puede complementarse con la metáfora que se mencionó al tocar la teoría de la *reflexión*, elaborada por García-Bernardo Landeta y a cuya opinión nos adherimos.

Por su parte, Piedelievre intituló su tesis: «De los efectos producidos por los Actos Nulos» y en ella examina primariamente aquellos casos en los que no se aplica la regla «quod nullum est nullum producit effectum». Para ello, «los ha agrupado con mucho método y dando prueba de perspicacia. Nota desde luego que en ciertos casos unos actos nulos producen efectos de orden secundario [...] cuando un documento auténtico, nulo como tal, vale como escrito privado [...]»¹⁷

Ahora bien, en las actas en que se hacen constar declaraciones, como la intención del declarante es proveerse de un principio de prueba, invalidándose el instrumento sólo queda una mera narración escrita del interesado, que seguramente de poca ayuda le será en materia probatoria.

Además, como ya se apuntó, si bien es cierto que existe nulidad del acta notarial, produciéndose ésta no es posible que se anule el hecho a que ella se refiere, pues no hay ineficacia de hechos; es inaceptable, por no decir absurda, la idea de que se declare la invalidez de un hecho, lo cual constituye un fundamento más para distinguir ambos tipos de ineficacia.

Ya refiriéndonos a los ordenamientos legales respectivos, además de incluir numerosas disposiciones de manera casuística a lo largo de su articulado, el Código Civil Federal —de forma idéntica al del Distrito Federal—, en su libro cuarto (*De las obligaciones*), Primera Parte, Título Sexto (*De la inexistencia y de la nulidad*), regula a estas dos formas de ineficacia de los actos jurídicos, siendo más específicos, en los artículos del 2224 al 2242.

La inexistencia aparece a falta de los *elementos* que la propia ley establece como esenciales para su formación, para su nacimiento; de la misma manera, la nulidad tiene su origen cuando esos elementos se presentan, pero de una manera defectuosa, anormal, incompleta, a las cuales se hace referencia a continuación:

Artículo 1794.—Para la existencia del contrato se requiere:

I. Consentimiento;

II. Objeto que pueda ser materia del contrato.

¹⁷ MAGALLÓN IBARRA, Jorge Mario, *Instituciones de Derecho Civil. Introducción*, Porrúa, México, 1967, p. 244.

Y esto es aplicable no sólo a los contratos, debido a lo que establece el siguiente artículo que a continuación se transcribe:

Artículo 1859.—Las disposiciones legales sobre contratos serán aplicables a todos los convenios y a otros actos jurídicos en lo que no se opongan a la naturaleza de éste o a disposiciones especiales de la ley sobre los mismos.

Del artículo 2228, se deduce un tercer elemento de existencia: la *solemnidad*.

“La falta de forma establecida por la ley, si no se trata de actos solemnes, así como el error, el dolo, la violencia, la lesión y la incapacidad de cualquiera de los autores del acto, produce la nulidad relativa del mismo”.

Tenemos pues que, interpretando *contrario sensu* el texto de este artículo, la falta de *solemnidad* del acto produce la inexistencia del mismo, por ello se le considera el tercer elemento de existencia.

Sin embargo, son muy pocos los actos solemnes en México, en realidad, sólo podemos citar al testamento, al matrimonio y al reconocimiento de hijo.

Cumpliendo con los anteriores elementos, el acto existe; empero, ello no es suficiente para la producción plena y completa de sus efectos.

Si se hace referencia a la voluntad, ésta debe expresarse para la validez del acto, de una manera consciente, esto es, debe provenir de personas capaces; un menor tiene voluntad, pero es una voluntad inmadura, un enfermo mental o por quien simplemente no tiene la capacidad de autogobernarse en los términos del artículo 450, fracción II del propio Código Civil Federal o para Distrito Federal, también puede tener voluntad, pero ésta se encontrará regida por una mente sin claridad.

Además, es necesario que esa voluntad o esas voluntades, se manifiesten de una manera totalmente libre y con pleno conocimiento de la realidad, no de forma errónea, coaccionada o viciada. Asimismo, la o las voluntades que intervienen en el acto, deben perseguir un objeto, motivo o fin lícitos. Finalmente, una vez que esa voluntad cumple con las características señaladas, también es necesario que se exteriorice al mundo jurídico, en la manera que la propia ley determina.

Es posible resumir pues, que los requisitos de validez del acto jurídico son; la *capacidad*, la *ausencia de vicios de la voluntad o consentimiento*, la *licitud* y la *formalidad*. En ese tenor, el Código Civil Federal señala:

Artículo 1795.—El contrato puede ser invalidado:

I. Por incapacidad legal de las partes o de una de ellas;

II. Por vicios del consentimiento;

III. Porque su objeto, o su motivo o fin, sea ilícito;

IV. Porque el consentimiento no se haya manifestado en la forma que la ley establece.

Por su parte la Ley del Notariado del Distrito Federal, por ejemplo, establece de forma limitativa por su propia redacción, como las causas de nulidad del instrumento notarial las siguientes:

Artículo 162.—El instrumento o registro notarial sólo será nulo:

I. Si el Notario no tiene expedito el ejercicio de sus funciones en el momento de su actuación;

II. Si no le está permitido por la Ley intervenir en el acto;

III. Si no le está permitido dar fe del acto o hecho materia de la escritura o del acta por haberlo hecho en contravención de los términos de la fracción II del artículo 45;

III [sic]. Si fuere firmado por las partes o autorizado por el Notario fuera del Distrito Federal;

IV. Si ha sido redactado en idioma distinto al español;

V. Si no está firmado por todos los que deben firmarlo según esta Ley, o no contiene la mención exigida a falta de firma;

VI. Si está autorizado con la firma y sello del Notario cuando debiera tener nota de “no pasó”, o cuando el instrumento no esté autorizado con la firma y sello del Notario.

VII. Si el Notario no se aseguró de la identidad de los otorgantes en términos de esta Ley.

En el caso de la fracción II de este artículo, solamente será nulo el instrumento en lo referente al acto o hecho relativos, pero será válido respecto de los otros actos o hechos que contenga y que no estén en el mismo caso. Fuera de los casos determinados en este artículo, el instrumento o asiento será válido. Cuando se demande la nulidad de un acto jurídico no podrá demandarse al Notario la nulidad de la escritura que lo contiene, si no existe alguno de los supuestos a que se refieren las fracciones anteriores. Sin embargo, cuando se dicte la sentencia que declare la nulidad del acto, una vez firme, el juez enviará oficio al Notario o al Archivo según se trate, para que en nota complementaria se tome razón de ello.

Artículo 163.—El testimonio, copias certificadas y certificaciones serán nulos solamente en los siguientes casos:

I. Cuando el original correspondiente lo sea;

II. Si el Notario no se encuentra en ejercicio de sus funciones al expedir la reproducción de que se trate o la expida fuera del Distrito Federal, y

III. Cuando dicha reproducción no tenga la firma o sello del notario.

Como se señaló, cada ordenamiento establece las propias causales de ineficacia, pero en el caso de la relativamente reciente Ley del Notariado para el Distrito Federal, publicada el 28 de marzo de 2000, la separación entre cada tipo de ineficacia parece ser tajante, lo cual no sucedía con su antecesora.

Sin embargo, hay que tomar en cuenta que cuando la ley requiere para la validez de determinados actos, que éstos se otorguen en instrumento público, si dicho instrumento se invalida entonces sí se producirá por esta causa la nulidad del acto jurídico que en él se consigna, si es que no se otorga en la forma que la ley ordena antes de esa declaración o si no prevalece la acción proforma que se tocará más adelante, e incluso, la inexistencia cuando proceda en el caso del testamento, como un acto solemne. Incluso, la anterior idea es coincidente con el criterio que ha manifestado la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Como ejemplo de actos formales que requieren ser otorgados ante notario público en nuestra legislación, podemos mencionar algunos como el caso de los supuestos previstos en los artículos 2317 y 2320, 2917, 1777, 2344 segundo párrafo, 2345, 2555, etcétera.

Ahora bien, la omisión o la nulidad del instrumento notarial traerá como consecuencia la falta de validez del acto jurídico cuando la ley requiera a aquél como requisito de validez de éste, pero solamente cuando dicha falta o vicio no sea subsanado, es decir, si bien es cierto que se establece esa sanción, también lo es que la misma ley faculta al interesado para solicitar a la autoridad que ordene la satisfacción de dicho requisito. Se está haciendo referencia a lo que se conoce como *acción proforma* que es “el derecho de cualquiera de las partes para pedir judicialmente que el contrato se otorgue en la forma establecida por la ley”.¹⁸

La acción proforma se encuentra regulada tanto en el Código Civil Federal, así como en el Código Civil para el Distrito Federal en los 1833 y 2232, así como en el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal en el artículo 27, en los términos siguientes:

Artículo 1833.—Cuando la ley exija determinada forma para un contrato, mientras que éste no revista esa forma no será válido, salvo disposición en contrario; pero si la voluntad de las partes para celebrarlo consta de manera fehaciente, cualquiera de ellas puede exigir que se dé al contrato la forma legal.

Artículo 2232.—Cuando la falta de forma produzca nulidad del acto, si la voluntad de las partes ha quedado constante de una manera indubitable y no se trata de un acto revocable, cualquiera de los interesados puede exigir que el acto se otorgue en la forma prescrita por la ley.

Artículo 27.—El perjudicado por falta de título legal tiene acción para exigir que el obligado le extienda el documento correspondiente.

De acuerdo a lo anterior y siguiendo el propio criterio establecido por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, esta acción *proforma* extingue la de nulidad, es decir, prevalece sobre ella, facultando a los contratantes para exigir del otro, el otorgamiento de la escritura respectiva.

En este orden de ideas, si es posible que un acto cuya validez requiere que su otorgamiento se lleve a cabo mediante instrumento público y habiéndose omitido ese formalismo, el acto produce provisionalmente sus efectos como documento privado hasta en tanto no se declare su nulidad, pudiendo inclusive convalidarse mediante la subsanación del defecto o cumplimiento del requisito legal; con igual o mayor razón puede valer dicho acto, si el instrumento notarial en que éste se celebra se invalida, quedando facultadas también cualquiera de las partes para ejercitar la *acción proforma* y sirviendo

¹⁸ PÉREZ FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, Bernardo, *op. cit.*, p. 85.
DR © Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

dicho instrumento notarial nulo como documento privado para acreditar que la voluntad de las partes se exteriorizó de manera suficientemente clara o fehaciente.

Por otra parte, así como se ha visto que a pesar de la independencia entre las causales de ineficacia del acto jurídico con las que corresponden al instrumento público notarial, existen casos en los que la nulidad de éste general la del primero cuando se trata de la forma requerida por la ley, hay casos en los que coinciden las casales de ineficacia de uno y otro.

Es el caso de la fracción V del artículo 162 de la Ley del Notariado para el Distrito Federal ya transcrito, que sanciona con la nulidad de la escritura “Si no está firmada por todos los que deben firmarla según esta ley, o no contiene la mención a falta de firma”, sabemos también que en los actos jurídicos que se celebran por escrito, el consentimiento se expresa mediante la firma y que la falta de esa expresión de voluntad produce la inexistencia; es por ello que si esta omisión se presenta respecto de alguna de las partes o de todas las que deben intervenir con tal carácter, se producirá la nulidad del instrumento por una parte y la inexistencia del acto por la otra, en virtud de una misma situación, pero que se encuentra sancionada por disposiciones legales distintas.

Empero, a pesar de que el anterior razonamiento parece sencillo, esta posición obviamente no es la única, será necesario ser cuidadosos para no confundirse con relación al caso referido, no debe perderse de vista que la causa de la ineficacia del acto jurídico no es la nulidad del instrumento notarial, sino la falta de consentimiento; además de que la ineficacia que se produce es la inexistencia de dicho acto, no la nulidad, aun cuando, como se dijo, pueden concurrir ambos tipos y especies de ineficacia en torno a una misma situación.

Existen algunas otras interrogantes que constituyen un aspecto interesante en el tema que aquí se aborda, por ejemplo: ¿son correctas las aseveraciones de quienes señalan que la inexistencia y la nulidad del acto jurídico produce la nulidad del instrumento? o ¿produce otro tipo de ineficacia? ¿en qué medida? Y si no: ¿de qué serviría un instrumento público notarial como continente de un acto jurídico ineficaz?

Para empezar, es evidente que si el acto jurídico es declarado nulo o es inexistente, la eficacia del instrumento notarial en cuanto a sus efectos prácticos también se pierde, pues el o los otorgantes no lograrán que se produzcan los efectos de derecho hacia los cuales apuntaba su intención, como tampoco el notario puede dar fe de algo que jurídicamente no existe o que se ha declarado inválido.

Sin embargo, técnicamente la ineficacia del acto, sea por inexistencia, por nulidad o por cualquier otra especie de ella, no produce la nulidad del instrumento como en seguida se verá.

Si el acto se sujeta, por ejemplo, a una condición suspensiva que constituya con relación al acto un requisito de eficacia y éste no se satisface, no hay razón para estimar la nulidad del instrumento notarial que cumple con los requisitos del artículo 162 de la ley notarial ya citada, que en sí ya constituye una sanción, pero que además queda fuera del alcance y ajeno a las responsabilidades propias del notario.

En efecto, en cuanto a la nulidad y a la inexistencia del acto, se considera que existen varios motivos, desde luego de carácter jurídico, para sostener que no hay razón por la que estas especies de la ineficacia del acto jurídico afecten la validez del instrumento, aun cuando, como ya se reconoció y aquí se reitera, los resultados prácticos esperados por las partes interesadas en el negocio, se pierden. Parece ocioso realizar dicha distinción, pues a la parte interesada de nada le sirve saber que la validez de la escritura o del acta, desvinculada de la eficacia del acto que otorgó, se encuentra intacta, mientras que el último, o sea, el propio acto, ha sido declarado ineficaz por cualquiera de sus especies mencionadas; ya que es cierto que el contenido o la materia se encuentra defectuosa, sería en términos de García-Bernardo Landeta, un mero espejismo, y así el continente o la forma de nada sirven para la producción de los efectos deseados originalmente y propios del acto. Empero, tal separación no es inútil, puesto que incide en los efectos correspondientes a cada tipo de ineficacia, además de que cada una tiene un origen distinto, como ya se apuntó en anteriores líneas.

En la elaboración de las causales que tanto en el numeral 162 como en el 163 de la Ley del Notariado para el Distrito Federal se establecen acerca de la nulidad del instrumento notarial, no se sigue la citada teoría de las ineficacias de los actos jurídicos, por ello se observa por ejemplo, que la falta de firma de los otorgantes no se sanciona como ausencia de voluntad o de consentimiento con la inexistencia, sino con la invalidez de la escritura o del acta, independientemente de la discusión relativa a que si su distinción (entre las figuras de inexistencia y nulidad) es meramente teórica o no.

Aunque la Teoría General de las Ineficacias no es exclusiva de los contratos, como ya se dijo, sino que aplica a otros actos jurídicos, con las restricciones que el propio código establece en el artículo 1859, tanto el acta notarial como la escritura pública son, en todo caso, la forma de aquellos, su naturaleza es pues distinta, a éstos les afecta una ineficacia formal, deben cumplir con lo que algunos han llamado *la forma de la forma*; además de que cuentan dichos instrumentos con una regulación especial; de pretender aplicarles las reglas generales de los actos jurídicos, seguramente les resultarían incompatibles.

Puede darse el caso, por ejemplo, de que se presente la simulación del acto, en cuyo caso la sanción que se impone a las partes es la nulidad del mismo, de acuerdo al artículo 2180 y siguientes de nuestro código, “El notario

no puede garantizar la sinceridad de los hechos, ni puede penetrar en la intención de las partes, ni adivinar si cuando dicen vender, quieren donar y no vender: si aquel pago de dinero que se hace delante de él es o no una comedia”.¹⁹ Seguramente habrá quien señale, que ello no tiene mayor relevancia puesto que el notario solamente puede incurrir en responsabilidad o ser castigado debido a su culpa o dolo y, como lo señala la propia Ley del Notariado para el Distrito Federal, “siempre que cause daño o perjuicio directos a los prestatarios o destinatarios”; no obstante, en este caso cabría preguntarse si la nulidad del instrumento no entraña en sí misma una sanción, la cual, en el ejemplo, resulta de una situación que se encuentra fuera del control del notario, lo cual ocurriría si se aceptara que la ineficacia del acto genera la del instrumento.

Pero se puede ir más allá contemplando el caso de la posible imposición de una sanción injusta a un notario, derivada de la anulación de un acto jurídico y de aceptar inadecuadamente, que ésta genera la del instrumento. Piénsese en que un notario, al pasar ante su fe determinado acto mediante el cual se pretendía transmitir la propiedad de un inmueble, se equivoca y consigna en la escritura una ubicación incorrecta que corresponde a otro predio, autorizando así el instrumento. Nadie podría negar que la culpa debe atribuírsele y supóngase que con ello genera un daño o un perjuicio ya sea al enajenante o al adquirente del inmueble.

El acto jurídico quedará sin efecto debido a un error acerca de la identidad de la cosa, si se aceptara que dicha ineficacia del acto jurídico genera la del instrumento, el notario además de la responsabilidad civil en que incurre, se haría acreedor a la sanción prevista en el artículo 227, fracción IV o incluso, la prevista en el artículo 228 fracción IV de la Ley del Notariado para el Distrito Federal, que en la parte relativa, se transcriben a continuación:

Artículo 227.—Se sancionará al notario con multa de uno a doce meses de salario mínimo general vigente en el momento del incumplimiento:

[...]

IV. Por provocar por culpa o dolo, la nulidad de un instrumento o testimonio, siempre que cause daño o perjuicio directos a los prestatarios o destinatarios [...]

Artículo 228.—Se sancionará con suspensión del ejercicio de la función notarial hasta por un año:

[...]

IV. Por provocar, en una segunda ocasión por culpa o dolo, la nulidad de algún instrumento o testimonio [...]

Nótese además, que en el caso del artículo 228, su fracción IV no requiere el resultado de que se cause perjuicio o daño alguno.

¹⁹ PELOSI, Carlos A., *op. cit.*, p. 333.

Hay que recordar que existen varios tipos de responsabilidad en las que puede incurrir el notario: civil, administrativa, penal, fiscal e inclusive, gremial.

Según la doctrina, “responsabilidad es el estado en que se halla sometido el individuo por la obligación de reparar o satisfacer, por sí o bien por otro, las consecuencias derivadas de una culpa, delito u otra causa legal”.²⁰

“El principio de la *responsabilidad por los hechos propios* dimana del enunciado según el cual «todo el que ejecuta un hecho, que por su culpa o negligencia ocasiona un daño a otro está obligado a la reparación del perjuicio»”.²¹

Sin embargo, presentándose la hipótesis del ejemplo, el notario que haya autorizado el instrumento incurrirá en responsabilidad civil en la medida que proceda, pues se encuentra obligado a controlar la legalidad de lo que se haga constar en su protocolo y ante su fe, es decir, tiene el deber jurídico de apegarse a la ley y de vigilar que se cumplan los requisitos que la misma ordena al ejercer su función como fedatario; sin embargo, como la del instrumento notarial no depende de la del acto, estará a salvo de cualquier sanción a que se refiere la Ley del Notariado para el Distrito Federal, en virtud de que la declaración de nulidad del instrumento no debe producirse, puesto que su culpa no generó la nulidad del instrumento, sino la del acto jurídico que éste contiene.

Bernardo Pérez Fernández del Castillo apunta: “No considero que la fuente de la responsabilidad del notario frente a su cliente, sea el incumplimiento a la Ley del Notariado, pues esto da lugar a la responsabilidad disciplinaria que tiene frente al Estado y no así a la civil”.²²

En el mismo sentido Rafael Bielsa asevera: “La responsabilidad disciplinaria difiere substancialmente de la responsabilidad común, tanto por su fin como por su especial naturaleza y efectos. En realidad, el fin de la responsabilidad disciplinaria es «asegurar la observancia de las normas de subordinación jerárquica —cabe aquí recordar que el notario no es un funcionario público, por lo que no se encuentra sometido a dicha subordinación— y, en general, el exacto cumplimiento de todos los deberes de la función»”.²³

Evidente parece la relevancia de saber distinguir la ineficacia del acto jurídico de la nulidad del instrumento, además de su recíproca independencia.

²⁰ NERI, Argentino I, *Tratado Teórico y Práctico de Derecho Notarial*, vol. 3, Escrituras y Actas, Condiciones, Copias y Testimonios, Primera Edición, Segunda Tanda, 1981, p. 976.

²¹ *Ibidem*, p. 980.

²² PÉREZ FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, Bernardo, *op. cit.*, p. 377.

²³ BIELSA, Rafael, *Derecho Administrativo*, t. II, Agentes de la Administración Pública, Descentralización Administrativa, Órganos de la Administración Pública, Legislación Administrativa Argentina, 3a. ed., Librería De J. Lajouane y Cía. Buenos Aires, 1938, p. 206.

Finalmente, se concluye con la idea de que la ineficacia del acto jurídico es distinta a la del instrumento notarial, su naturaleza es diversa puesto que el continente, instrumento, y el contenido, acto, lo son; así, cada una cuenta con sus propias causas y sus propios efectos. La conclusión es sencilla; útil lo será en la medida en la que se estimen los efectos prácticos expuestos.