

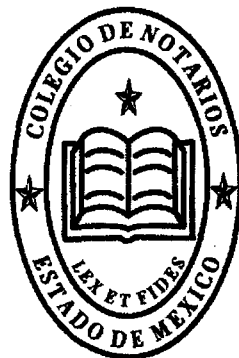
LA NULIDAD DEL INSTRUMENTO NOTARIAL

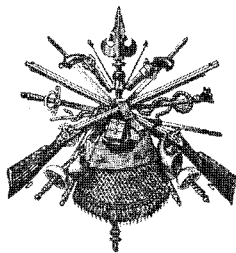
ARTURO AGUILAR BASURTO*

EL ESTUDIO DE LA NULIDAD DEL INSTRUMENTO notarial requiere hacer un previo análisis de la nulidad del acto o negocio jurídico en general.

La Teoría de las Nulidades presenta en la doctrina una gran discrepancia y en la mayoría de los códigos, entre ellos el *Código Civil Federal de 1928* (antes *Código Civil para el Distrito Federal* en materia del fuero común y para toda la República en materia federal) y los códigos de la República que lo siguen, el tema de las nulidades conforma un conjunto de normas confusas, insuficientes y no pocas veces contradictorias. La jurisprudencia de la corte, en mi opinión,

* Arturo Aguilar Basurto, notario del Estado de México, profesor universitario, ex diputado, y ex procurador general del Estado de México.





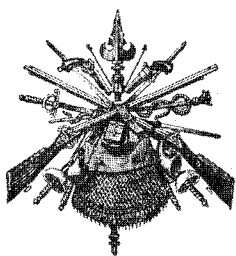
lejos de aclarar las disposiciones legales, ha incrementado la confusión.

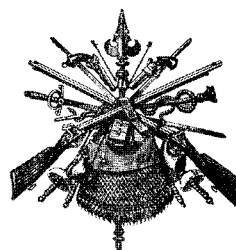
Desde mi punto de vista el desacierto deriva de que no se han distinguido dos figuras jurídicas diferentes; la nulidad y la ineficacia, y acaso tres: la inoponibilidad.

La característica común de estas figuras es que las tres tienen que ver con los efectos del acto jurídico; por lo que pueden considerarse como pertenecientes a un mismo género. Sin embargo, presentan diferencias de fondo que impiden asimilarlas en una sola categoría y aplicarles las mismas reglas. A continuación trataré de explicar estas diferentes categorías.

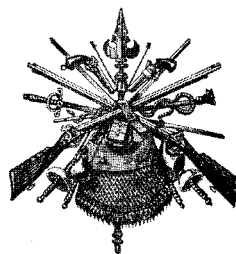
Nulidad. Como lo reconoce prácticamente la totalidad de la doctrina, el acto jurídico para su existencia y validez requiere de que se satisfagan determinados elementos, en ausencia de los cuales decimos que el acto es imperfecto o que de plano no existe.

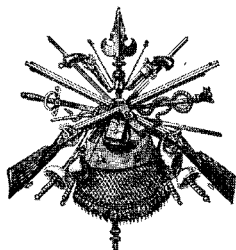
Cuando el acto jurídico reúne todos sus elementos de existencia y de validez, entonces el acto es perfecto y produce todas sus consecuencias jurídicas. Cuando al acto le falta algún elemento, es imperfecto y entonces las consecuencias jurídicas que haya producido deben destruirse total o parcialmente. Este es el fundamento de la nulidad: lo imperfecto no puede producir los mismos efectos que lo perfecto.





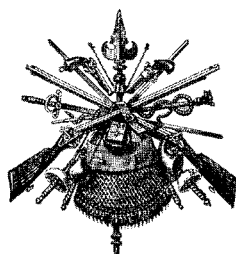
Así como la *Teoría General de las Obligaciones* estudia los efectos de éstas, la *Teoría de las Nulidades* estudia la situación que resulta cuando se realiza un acto jurídico imperfecto. Podríamos decir que la nulidad es “la destrucción o modificación de los efectos jurídicos, producidos por un acto imperfecto”. Lo relevante de esta situación es que la nulidad siempre tiene como origen una causa intrínseca al acto. Se produce siempre por la imperfección de un acto jurídico.





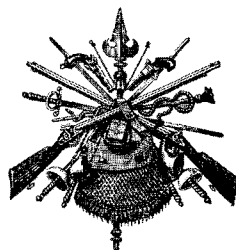
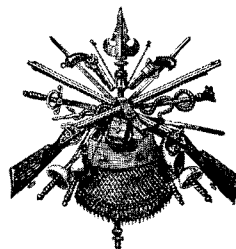
Si consideramos que la nulidad tienen que ver más con los efectos del acto que con su estructura, entonces la clasificación que suele hacerse de los actos jurídicos en válidos y nulos es incorrecta. Creo más bien que los actos deben de clasificarse en válidos o perfectos e imperfectos, porque como apunto la nulidad no es una calidad del acto sino una destrucción de sus efectos. La nulidad tiene por objeto determinar qué pasa con los efectos producidos por un acto imperfecto. El principio general es que deben ser destruidos retroactivamente. Sin embargo, esta regla no puede aplicarse indiscriminadamente. Debe tomarse en cuenta el tipo de imperfección que sufre el acto jurídico; la buena o mala fe en sus creadores y la situación de terceros, así como el tiempo transcurrido.

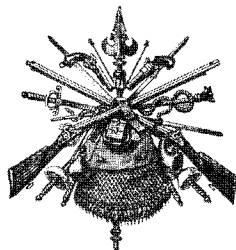
Ineficacia. La ineficacia puede ser considerada como la privación de efectos jurídicos de un acto intrínsecamente válido, por disposición de la ley o por así convenirlo libremente el creador o los creadores del acto. La ineficacia supone por tanto, a diferencia de la nulidad, la existencia de un acto perfecto, al que la ley, por alguna razón de orden público, o los particulares por así quererlo, lo han privado, de manera provisional o definitiva, de que produzca sus efectos jurídicos normales.



El compañero notario público del Estado de Veracruz, doctor en derecho José Antonio Márquez González, señala en su obra *Teoría General de las Nulidades* (Segunda Edición actualizada, Editorial Porrúa, S.A.) que estos casos de ineficacia pueden distinguirse en la ley cuando el legislador utiliza las expresiones no surtirá efectos, hace cesar sus efectos, sólo producirá efectos, se tendrá por no puesta, se tendrá por no escrita, etc., y menciona como ejemplos referidos al *Código Civil Federal* los artículos 7, 30, 196, 409, 729, 1301, 1393, 1499, 1548, 1571, 2346, 1006, fracción II, y 1010 y 1038, fracción IX, entre otros.

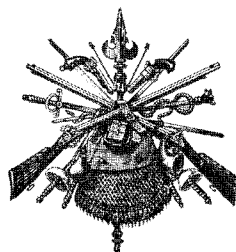
En relación con estas últimas tres disposiciones, el autor citando a Gutiérrez y González señala que "...en el caso, si bien existe un contrato de usufructo existente y válido, éste no empezará a producir sus efectos sino hasta que el usufructuario obtenga el fiador que exige el primero de los artículos señalados. Y más aún, si esto no se hace, el usufructo se extingue según las dos disposiciones restantes. Como bien lo hace notar el autor a que nos referimos, el acto jurídico es perfecto, pero no surte sus efectos (situación de ineficacia en sentido propio o estricto) sino hasta que se cumple una conducta positiva que en el caso consiste en la obtención del fiador (requisito de eficacia)."





Con el propósito de resaltar la diferencia entre nulidad e ineficacia analizaré el problema del derecho del tanto, que en mi concepto se trata de un caso de ineficacia, no de nulidad, y que por no haber sido considerado de este modo, ha conducido a la jurisprudencia de la Corte a conclusiones absurdas.

La venta de parte alícuota, mientras no se haya hecho la notificación para efectos del derecho del tanto, es, en mi opinión,

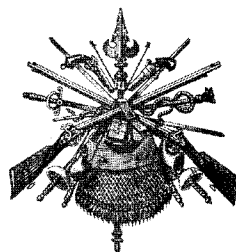


un acto jurídico válido cuyos efectos están suspendidos, transitoria o definitivamente, por disposición de la ley, pero no es un acto nulo como dice la Corte.

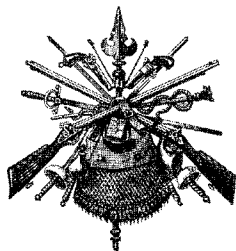
El artículo 969 (los artículos señalados corresponden al *Código Civil* para el Estado de México pero coinciden casi literalmente con los del *Código Civil Federal*) establece que el propietario de cosa indivisa no puede enajenar a extraños su parte alícuota, si el partícipe quiere hacer uso del derecho del tanto. Para ello, agrega el código, el copropietario notificará a los demás, la venta que tuviere convenida y concluye disponiendo que "...Mientras no se haya hecho la notificación la venta no producirá efecto legal alguno." Esto es, que la enajenación, efecto de la venta, queda suspendida.

Según el criterio de la Suprema Corte de Justicia de la Nación sostenido en jurisprudencia definida y tesis relacionadas, la venta hecha sin respetar el derecho del tanto es nula. Así se desprende de las siguientes resoluciones:

Tratándose de la enajenación que uno de los copropietarios hace a favor de un tercero extraño a la comunidad, se pueden presentar dos situaciones: cuando la venta



ACCIÓN DEL
RETRACTO
Y DERECHO DEL
TANTO



está simplemente propalada y cuando está consumada.

En el primer caso los propietarios pueden ejercitar el derecho del tanto, que implica una venta directa del copropietario enajenante a favor del que ejercita el tanto, en los términos del contrato propalado con el tercero; mientras que en el segundo caso los copropietarios preteridos pueden ejercitar el derecho de retracto, por medio del cual el copartícipe actor se subroga en todos los derechos y obligaciones del comprador.

TESIS
RELACIONADAS

Derecho del tanto y acción de retracto. Duración

..... En virtud de la acción de retracto no solamente se nulifica la venta sino que el coheredero se subroga en los derechos del cesionario; cabe observar que esta nulidad no tiene por objeto volver las cosas al estado que tenían antes, como sucede en el mayor número de las nulidades, toda vez que su efecto no es que el vendedor devuelva el precio al comprador y éste a aquél los derechos vendidos, sino que el heredero ejercitante de la acción de retracto se sustituya y subrogue en los derechos y obligaciones del comprador en los términos y condiciones en que hubiere pactado,

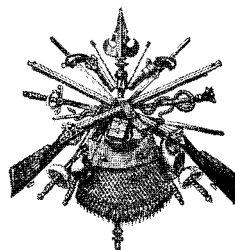
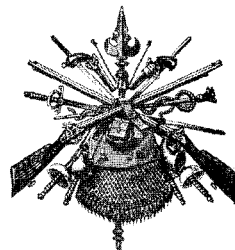
devolviendo al comprador el precio que haya pagado;.....

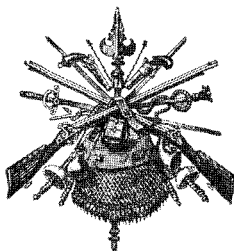
Derecho del tanto entre copropietarios

Si el copropietario enajena a un tercero su derecho de copropiedad sin la previa notificación al partícipe, para que pueda hacer uso del derecho del tanto, la venta es nula por determinación de la ley.

Derecho al tanto. Nulidad relativa en caso de falta de notificación de la venta, a quien goce de aquel

De conformidad con el *Código Civil* de mil ochocientos ochenta y cuatro y con el vigente en el Distrito y territorios federales, la falta de notificación a la persona que tiene el derecho del tanto, no motiva una nulidad absoluta, por que no contraviene una ley imperativa o prohibitiva, es decir, de orden público. Al establecer la ley que, mientras no se haga esa notificación la venta no producirá efecto legal alguno, tiende a proteger al copropietario, pues debe entenderse que esa falta de efectos legales es con relación al mismo copropietario. Y tratándose de una nulidad relativa, sólo puede ser invocada por el perjudicado con la falta de notificación.

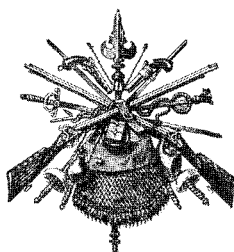


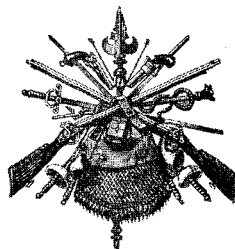
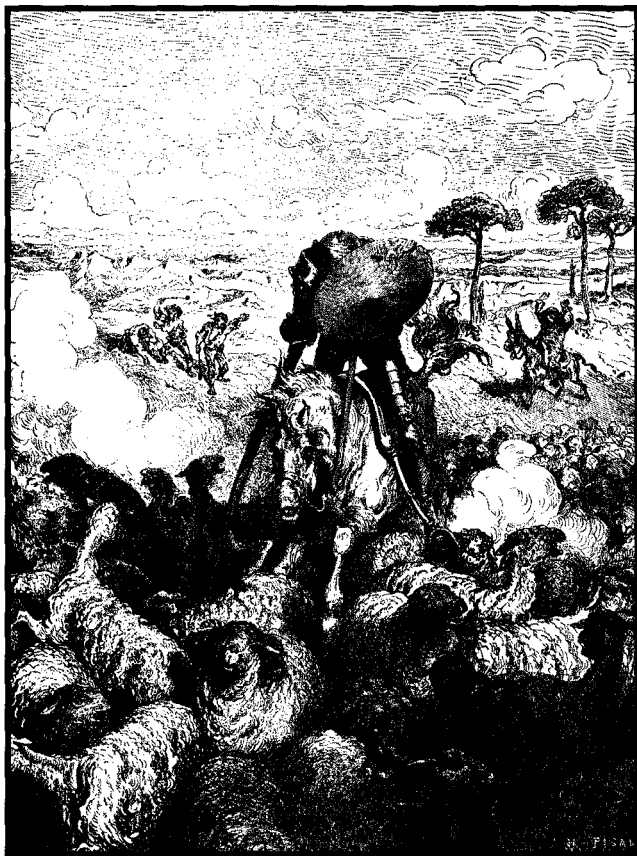


Ahora bien, si la venta es nula, como dice la Corte ¿por qué razón se considera nula? Según la Corte, porque no produce efectos jurídicos. En mi concepto aquí radica básicamente la confusión.

De conformidad con el sistema que sigue nuestro *Código Civil*, el acto jurídico es inexistente por falta de consentimiento o de objeto y hay nulidad cuando falta uno de los elementos de validez. La nulidad puede ser absoluta o relativa. La nulidad absoluta por regla general no impide que el acto produzca provisionalmente sus efectos, los cuales serán destruidos retroactivamente cuando se pronuncie por el Juez la nulidad y de ella puede prevalerse todo interesado y no desaparece por confirmación o prescripción. La nulidad relativa se da cuando no se reúnen todos los caracteres de la nulidad absoluta y siempre permite que el acto produzca provisionalmente sus efectos.

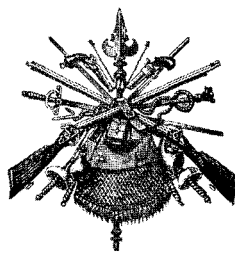
En el caso de la venta de parte alícuota que se haga antes de notificarse el derecho del tanto a los copartícipes, si se considera que es nula, debemos entonces preguntarnos qué elemento de validez le falta para que produzca la nulidad. En principio es una operación que puede reunir todos los elementos para su existencia y validez. No está prohibida por la ley; antes al contrario, es el presupuesto necesario para que pueda hacerse la notificación

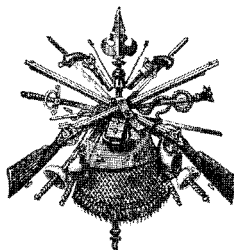




que la propia ley establece. En efecto, el Código señala que el copropietario notificará a los demás “la venta que tuviere convenida” y agrega que la venta no producirá efecto legal alguno, “mientras no se haya hecho la notificación”.

En opinión de José Antonio Márquez González esta venta es nula porque va en contra de “una norma imperativa de carácter tácito”, lo que originaría una nulidad





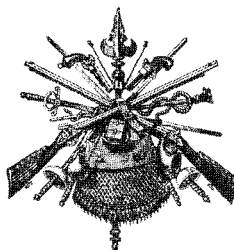
absoluta de acuerdo con el artículo 8 del *Código Civil*.

Para la Corte, como quedó transcrito en una de las Tesis anteriormente señaladas, se trata de una nulidad relativa, pues no contraviene disposiciones de orden público y tiende sólo a proteger al copropietario.

En mi concepto no se trata de una nulidad ni absoluta ni relativa, sino de una ineficacia. No es absoluta pues no es ilícita ya que está permitida por la ley y la acción de retracto sólo la puede intentar el copartícipe o el coheredero preterido. No es relativa pues no produce ningún efecto jurídico.

En efecto, la nulidad relativa, dice el Código, siempre permite que el acto produzca provisionalmente sus efectos y la venta de parte alícuota, mientras no se haya hecho la notificación no produce efecto legal alguno. Entonces, esta venta no puede estar afectada de nulidad relativa, ya que no produce ningún efecto.

Por otra parte la anulación del acto, como lo señala el artículo 2093, obliga a las partes a restituirse mutuamente lo que han recibido o percibido en virtud o por consecuencia del acto anulado, y en la venta de parte alícuota los efectos no son los de restituirse recíprocamente las prestaciones que se han percibido sino los de que el copartícipe preterido se subrogue en los derechos del adquirente. Ahora bien ¿cómo

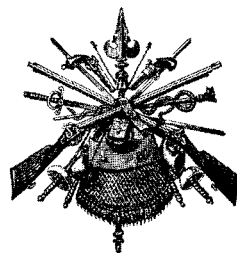
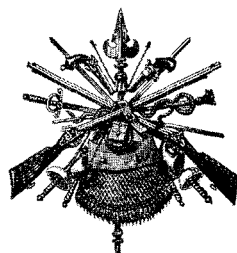


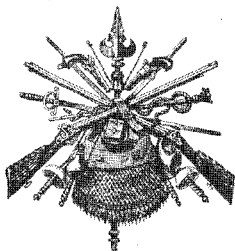
podrían subrogarse los derechos del adquirente si se tratara de una operación nula? ¿qué derechos adquiriría por subrogación el copartícipe? Además, que clase de nulidad es ésta, que siendo nulidad relativa no produce ningún efecto jurídico y que subroga o transmite derechos válidos a un tercero.

Sostiene la Corte que “en virtud de la acción de retracto no solamente se nulifica la venta sino que el coheredero se subroga en los derechos del cesionario”. Si se nulifica la venta, ¿cómo pueden transmitirse por subrogación los derechos del cesionario? Si así fuera el coheredero (o el copropietario en su caso) estaría adquiriendo derechos nulos.

Continúa diciendo la Corte que “cabe observar que esta nulidad no tiene por objeto volver las cosas al estado que tenían antes, como sucede en el mayor número de las nulidades” y nos preguntamos ¿cómo es esto posible cuando que éste es exactamente el efecto de la nulidad?.

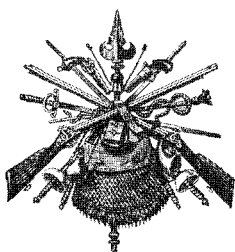
De acuerdo con lo expuesto es, en mi opinión, claro que la venta que se haga sin respetar el derecho del tanto, es válida, pero ineficaz mientras no se haga la notificación que previene la ley; es decir, que sus efectos están mientras tanto suspendidos, y una vez hecha la notificación, si el copartícipe no ejercita sus derechos en el término de ocho días, la venta surte todos





sus efectos legales (lo cual supone necesariamente que es válida), y si los ejerce, el efecto de la acción de retracto es la subrogación en todos los derechos del adquirente a quien debe rembolsar lo que pago por la adquisición.

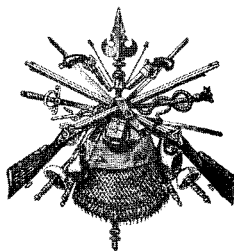
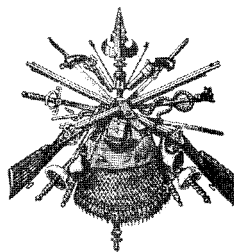
Las confusiones absurdas a las que llega la jurisprudencia, derivan de no distinguirse correctamente nulidad e ineficacia; de no diferenciar el acto imperfecto por falta de alguno de sus elementos, del acto perfecto pero privado de efectos por razo-

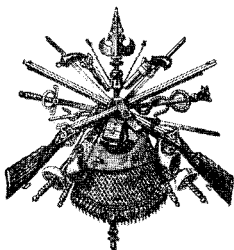


nes extrínsecas al acto mismo. La nulidad deriva del acto; la ineficacia de un elemento exterior. La nulidad es todo un sistema normativo para destruir, en algunos casos modificar y en otros mantener, los efectos jurídicos de un acto imperfecto. Es la consecuencia jurídica de algo que está mal jurídicamente. No es una sanción (como quiere JAPIOT), es un resultado. La nulidad resulta de la imperfección del acto. Esta imperfección puede ser absoluta o relativa, puede ser subsanable o insuperable; los efectos que haya producido pueden ser destruidos total o parcialmente.

La ineficacia, en cambio, no procede del acto en sí. Supone un acto perfecto al que por alguna razón la ley o las partes lo privan de efectos jurídicos. Cuando es de orden público, tiene por objeto proteger legítimos derechos adquiridos por alguna persona, ya sea parte o tercero y cuando procede de la voluntad de las partes, tiene por objeto asegurar la eficacia del principio de la autonomía de la voluntad, como sería por ejemplo una obligación sujeta a condición suspensiva.

No pretende este artículo agotar una posible teoría general de la ineficacia de los actos jurídicos, sino sólo llamar la atención de la necesidad de elaborarla paralelamente a la *Teoría General de las Nulidades*. Las reglas, un tanto dogmáticas, de las nu-



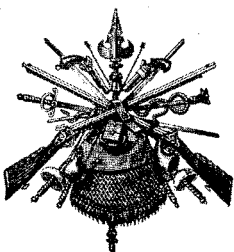


lidades, son útiles para resolver las cuestiones derivadas de la imperfección de los actos jurídicos, pero no sirven para resolver los problemas de la ineficacia que obedece a razones jurídicas de diversa índole.

INOPONIBILIDAD

La inoponibilidad consiste en la imposibilidad de oponer las consecuencias jurídicas de una sentencia de nulidad a un tercero que tiene un derecho que es preferente. Cariota Ferrara, citado por José Antonio Márquez González, dice que "...se tiene inoponibilidad del negocio cuando no puede tener valor contra el tercero, en el sentido de que respecto a éste las cosas se hallan como si el negocio no existiese. Su situación jurídica no está en absoluto influida por el negocio". Según este autor, deberíamos hablar de una inoponibilidad del negocio jurídico y no de la sentencia.

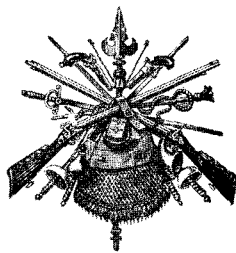
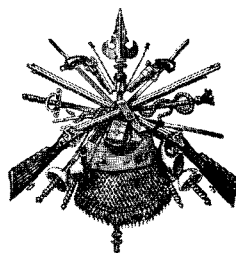
Sin negar que pueda hablarse de inoponibilidad del negocio jurídico, en mi opinión, lo que es inoponible, al menos en el caso de los terceros adquirentes de buena fe con derecho inscrito en el Registro Público de la Propiedad, son los efectos de la sentencia. Pongamos el siguiente ejemplo: una persona suplantando al propietario vende en escritura pública un inmueble y la operación se inscribe en el Registro Pú-

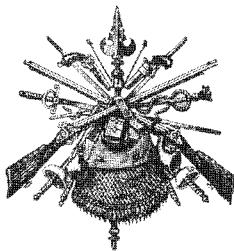


blico de la Propiedad. El comprador a su vez vende a un tercero quien compra de buena fe a quien aparece como dueño en el Registro Público de la Propiedad. Este tercero tiene un derecho respecto del cual decimos que hay inoponibilidad. Ahora bien, ¿qué es lo que no le puede ser oponible? Si hablamos de la inoponibilidad del negocio nos estaríamos refiriendo a la operación de compra-venta por virtud de la cual adquirió el propietario suplantado; si hablamos de inoponibilidad de la sentencia nos referimos a que los efectos de la declaración de nulidad que pronunciara un Juez no le pueden ser opuestos al tercer adquirente de buena fe, en virtud de que su derecho está protegido por su inscripción en el Registro Público de la Propiedad. Considerando que esta materia requiere ser exhaustivamente estudiada, creo que en principio podrían proponerse las siguientes conclusiones:

La nulidad tiene por objeto fundamental destruir los efectos de un acto jurídico imperfecto. Es el resultado de la imperfección del acto.

La ineficacia tiene por objeto privar de sus efectos al acto jurídico, ya sea provisional o definitivamente, por causas externas al acto, por disposición de la Ley o por efecto de la autonomía de la voluntad. La inoponibilidad tiene por objeto limitar el





NULIDAD DEL INSTRUMENTO NOTARIAL

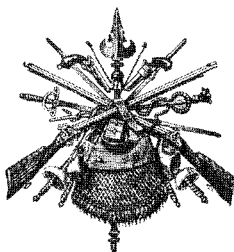
alcance de los efectos de una sentencia judicial (o de un negocio jurídico) respecto de terceros, en virtud de un derecho que es preferente.

Pasando ahora al análisis de la nulidad del instrumento notarial, debemos distinguir entre la nulidad del acto o negocio jurídico materia del instrumento notarial y la nulidad del instrumento notarial, así como entre las consecuencias que son propias de la declaración de nulidad, de otras consecuencias jurídicas distintas como la responsabilidad civil del notario y la sanción administrativa que eventualmente pudiera aplicársele.

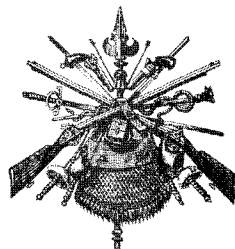
Por lo tanto pueden plantearse tres supuestos diferentes:

1. Caso en el cual la intervención del notario es perfecta y apegada a derecho, y sin embargo el acto jurídico materia del instrumento notarial es declarado nulo.

En este supuesto no debe darse ninguna consecuencia jurídica para el notario, toda vez que su actuación fue perfecta, y si el acto se declaró nulo fue por causas que no le son imputables. Al respecto el artículo 133, fracción III, inciso a) de la *Ley del Notariado* establece que se impondrá



multa (a los notarios) “cuando incurran en violaciones a la presente Ley imputables al notario que puedan traer como consecuencia la nulidad de una escritura, acta o testimonio...” Lo que a contrario sensu significa que de no ser imputable al notario la causa de nulidad, es improcedente la multa.



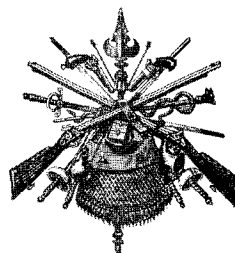
2. Caso en el cual el instrumento notarial es declarado nulo por causas imputables al notario.

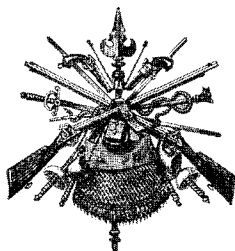
En este supuesto deben distinguirse diversas situaciones:

a) Nulidad del instrumento notarial. Como hemos dicho la nulidad tiene como propósito destruir los efectos jurídicos del acto imperfecto.

En este caso el acto materia del instrumento notarial declarado nulo quedará sin efecto y las cosas se restablecerán como si el acto no hubiese existido. Por ejemplo si un testamento es declarado nulo por no haber, el notario, observado las formalidades exigidas para su otorgamiento, se destruirán los efectos que se hubieren producido y la situación jurídica quedará como si no se hubiese otorgado testamento. Éste es el efecto de la nulidad.

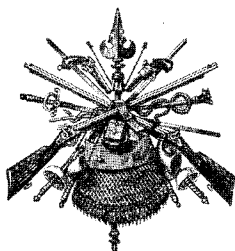
b) Responsabilidad civil del notario. Como consecuencia de su culpa o dolo el notario es responsable civilmente por el pago de los daños y perjuicios que haya oca-





sionado. Esta responsabilidad civil no es consecuencia de la nulidad del instrumento notarial, sino resultado de la comisión de un hecho ilícito que produjo daños y perjuicios.

c) Sanción al notario. Las leyes del notariado, entre ellas la del Estado de México establecen que se impondrá una multa al notario cuando por su culpa se declare la nulidad de una escritura, acta o testimonio. Igual que con la responsabilidad civil, la sanción no resulta de la nulidad misma. La sanción está prevista en una ley administrativa y es impuesta por la autoridad administrativa, no por la autoridad judicial. La declaración de nulidad es la referencia que toma en cuenta la autoridad administrativa para aplicar la sanción. De la misma forma la pérdida de oficio que en algunos casos establece la Ley, como por ejemplo cuando se declara la nulidad de un testamento, es una pena y no un efecto de la nulidad. Los casos que de acuerdo con la *Ley del Notariado del Estado de México* producen la nulidad de una escritura o acta, son los siguientes:



1. Si el notario autorizante no está en el ejercicio de sus funciones al otorgarlas.
2. Si al notario no le está permitido por la Ley intervenir en el acto jurídico que se

trate o dar fe materia del hecho materia del acta.

3. Si son autorizadas fuera de la jurisdicción del notario.

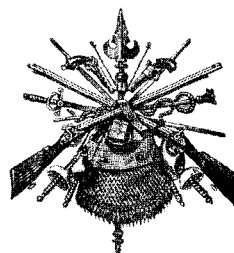
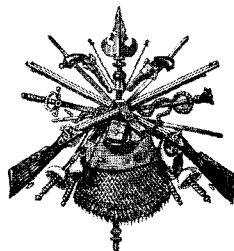
4. Si han sido redactadas en idioma distinto del español.

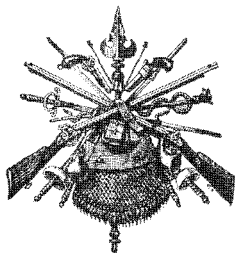
5. Si están autorizadas con la firma y sello del notario cuando debieran tener razón de “no paso” por no estar firmada por todos los que debieron hacerlo.

6. Cuando no estén autorizadas preventivamente con la firma y sello del notario.

7. Si falta algún otro requisito que produzca la nulidad del instrumento por disposición expresa de la Ley.

Del análisis de estas causales de nulidad resulta que todas ellas tienen que ver con requisitos intrínsecos necesarios para que pueda considerarse válida la actuación del notario, por lo que en mi concepto se trata de verdaderas causas de nulidad del instrumento notarial. En ninguno de estos casos la nulidad opera de pleno derecho. En todos ellos debe ser declarada por el Juez y mientras no lo sea, como establece el artículo 107, fracción IV de la Ley, las escrituras, actas, documentos cotejados, copias





certificadas y certificaciones harán prueba plena de su contenido y de que el notario observó las formalidades correspondientes.

3. Caso en el cual el testimonio notarial presenta irregularidades que producen su nulidad. En general es aplicable a los testimonios lo dicho para el instrumento notarial. La nulidad tendrá como consecuencia dejar sin efecto el testimonio notarial y el notario será responsable de los daños y perjuicios que cause por su culpa, negligencia o dolo.

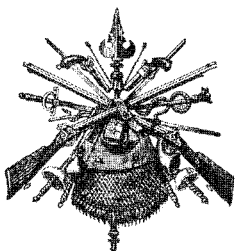
Por lo que refiere a los testimonios, copias certificadas o certificaciones las causas de nulidad son según el artículo 109 de la Ley:

1. Que la escritura o acta correspondiente sea declarada nula.

2. Que el notario no se encuentre en ejercicio de sus funciones o los autorice fuera de su jurisdicción.

3. Que no estén autorizados con la firma y sello del notario.

4. Si falta algún otro requisito que produzca la nulidad por disposición expresa de la Ley.



La primera de estas causales, más que una causal autónoma, es el resultado de la nulidad de la escritura o acta correspondiente.