

# Nulidad. Acto anulable

Dictamen elaborado por la escribana **MARÍA MARTA L. HERRERA** y aprobado en forma unánime por los miembros presentes de la Comisión Asesora de Consultas Jurídicas del Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires en su sesión de fecha 15 de diciembre de 2010.

## Doctrina

*1. Por aplicación de lo dispuesto por el art. 1046 del Código Civil, el acto anulable debe ser considerado válido mientras no sea anulado y sólo se tendrá por nulo desde el día de la sentencia que lo anulase.*

*2. Resulta de aplicación en casos de anulabilidad el plazo de prescripción del art. 4023 del Código Civil.*

## Antecedentes

El escribano D. consulta acerca de la bondad del título que cuenta con los siguientes antecedentes:

- a) Por escritura otorgada en el año 2006, el señor A. J. R. adquirió de M. C. S. A. el dominio de la finca ubicada en Pilar, Provincia de Buenos Aires.
- b) A M. C. S. A. le correspondió el dominio del inmueble antes mencionado, por compra instrumentada por escritura de fecha 16/04/2002, otorgada ante el escribano de esta ciudad L. A. P. En esta escritura, los vendedores –los cónyuges en primeras nupcias M. E. B. y L. E. M.- fueron representados por el representante de la sociedad adquirente, según poder especial irrevocable otorgado en escritura del 16 de diciembre de 2000, pasada al folio \_\_\_\_, protocolo año 2000, del Registro \_\_\_\_ de esta ciudad, a cargo del mismo escribano P.

El consultante expresa que motiva la solicitud de expedición del dictamen de esta comisión el hecho de que, comproba-

da que fue la matricidad del poder especial irrevocable citado en el apartado anterior, pudo constatar que la supuesta fecha de otorgamiento del mismo sería el 16 de diciembre de 2000, aunque el número de esta fecha, es decir, el “16”, se encuentra soberraspado y sin salvar.

En síntesis, la consulta del escribano D. versa sobre una cuestión que podría caracterizarse como de *forma*, y es la relativa a la observabilidad –o no- de la escritura de poder por adolecer la misma de anulabilidad provocada por la falta del salvado en la fecha que ha sido soberraspada: la causal de la observación del antecedente podría fundarse en el art. 989 del Código Civil, no obstante que el poder sería válido hasta que se declarase su nulidad, puesto que se trata de un acto anulable.

Agrega que, en caso de decretarse la nulidad del poder, esta afectaría la bondad de la compraventa en que aquel fue utilizado y, por ende, en virtud de lo establecido por el art. 1051 del Código Civil, a la compra del actual titular.

No obstante ello, expresa que el art. 4023 del Código Civil, en su segundo párrafo, dispone expresamente que la acción de demandar la nulidad prescribe a los 10 años, plazo este que debe contarse desde la fecha de la escritura en la cual se omitió el salvado, venciendo el mismo en este caso, el 16 de diciembre de 2010.

Concluye el consultante que, en principio, el título es observable, pero, de no impetrarse la acción de nulidad de la escritura de poder antes del 16 de diciembre de 2010, y existir alguna manifestación de la misma oponible a terceros (anotación de *litis*), el título quedaría saneado a partir de esa fecha.

Sobre la cuestión planteada por el consultante, procedo a expedirme a continuación.

## Consideraciones

### **Anulabilidad de la escritura de apoderamiento: falta de salvado de la numeración que ha sido soberraspada**

El art. 989 del Código Civil determina que “Son anulables los instrumentos públicos [...] cuando tuviesen enmiendas, palabras entre líneas, borraduras, o alteraciones en partes esencia-

les, como la fecha [...] no salvadas al fin”<sup>1</sup>.

Comentando el artículo, la mayoría de la doctrina (Aráuz Castex, Llambías, Borda, Orelle, Pelosi, entre otros) coincide en que el instrumento que adolece de tales defectos resulta en todos los casos anulable por expresa disposición legal.

En efecto, el documento notarial que adolezca de los vicios mencionados en el art. 989 del Código Civil puede ser impugnado, entendiéndose por *impugnación* la actividad encaminada a combatir la validez o eficacia de algo que puede tener trascendencia en el campo jurídico.

En este marco, si en el documento notarial existieran defectos de forma como los mencionados, la acción que corresponderá para combatir su eficacia será la de *anulabilidad del instrumento*; y, siendo un supuesto de nulidad formal, la misma es siempre total porque el documento es considerado una unidad y, si está viciado alguno de sus elementos o requisitos, entonces, la invalidez afecta a todo el documento sin poder rescatarse partes válidas<sup>2</sup>.

Es de conocimiento del lector la distinción que efectúa la doctrina entre actos nulos<sup>3</sup> y actos anulables<sup>4</sup>. En este último caso, la invalidez no aparece manifiesta en él, sino que es necesaria una labor de investigación o apreciación del juez: por sí misma, la ley es impotente para aniquilar el acto<sup>5</sup>.

A su vez, las nulidades o anulabilidades podrán ser absolutas o relativas, teniendo en consideración, básicamente, el interés del perjudicado<sup>6</sup>.

La nulidad absoluta se da cuando el interés vulnerado es el social o el orden público (que, a la sazón, es un concepto de difícil definición). La nulidad será relativa si afecta un interés particular; de allí que el juez no pueda declararla sino a instancia de parte, ni puede pedir su declaración el Ministerio Público, en solo interés de la ley.

Aplicando el criterio antes expuesto, el documento notarial podrá ser impugnado por nulo (cuando tiene fallas en razón del autor, de los sujetos instrumentales, en razón de la forma) o por anulable (cuando hay declaración de falsedad material o ideológica, o cuando tuviese enmiendas, entrelíneas, borraduras, alteraciones en las partes esenciales no salvadas [art. 989, Código Civil]).

1. GATTARI, Carlos N., *Manual de Derecho Notarial*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2008, pp. 126 y ss., 2ª edición.

2. Vid. PELOSI, Carlos A., *El documento notarial*, Buenos Aires, Astrea, 1980, p. 290 y ss.

3. Aquellos cuyo vicio se presenta manifiesto, patente en sí mismo; el juez es pasivo y se limita a comprobar la existencia de una invalidez declarada de pleno derecho por la ley: es una nulidad precisa, rígida, insusceptible de estimación cuantitativa y taxativamente determinada por la ley (Borda).

4. PELOSI, Carlos A., *op. cit.* (cfr. nota 2), p. 296.

5. Ídem, p. 297.

6. Existen, en doctrina, autores que identifican actos nulos con la nulidad absoluta y los anulables con la nulidad relativa (v. gr. Spota), que, sin duda, simplifican el sistema, y es difundido en derecho comparado, pero no es la solución de nuestro Código, ya que tanto los actos nulos o anulables pueden estar alcanzados por nulidad absoluta o la relativa. Los actos nulos o de nulidad de pleno derecho están determinados por los arts. 1041, 1042, 1043 y 1044 del Código Civil. Los anulables, por el art. 1045 del Código Civil; y se trata de actos que adolecen de una falla que, por su misma especie, se presenta fluida e indefinida, dependiente de una apreciación judicial.

Y, para Pelosi, serán nulidades absolutas, en estos últimos casos, o relativas, cuando no se observe el art. 1004 del Código Civil (a salvo de las indicadas para los sujetos instrumentales).

No obstante ello, sostiene este último autor que él personalmente entiende que las nulidades o anulabilidades instrumentales o por defecto de forma son siempre *relativas*<sup>7</sup>; ello porque, en el fundamento de su teoría, expresa que las motivaciones de imposición de una forma determinada por la ley, en la generalidad de los casos, están impulsadas por beneficio del interés particular de las partes y, por esa razón, él excluye aquellos supuestos en los que la forma es decretada *ad solemnitatem*, caso en el cual el rigor formalista deriva del interés público o social<sup>8</sup>.

En consecuencia, por aplicación de lo dispuesto por el art. 1046 del Código Civil, el acto anulable debe ser considerado válido mientras no sea anulado, y solo se tendrá por nulo desde el día de la sentencia que lo anulase<sup>9</sup>. En efecto, el acto anulable no es un acto nulo sometido a la condición (suspensiva) de su confirmación, sino un acto válido sujeto a la condición (resolutoria) de su anulación<sup>10</sup>.

Se sostiene que la condición *circunstancial* del vicio lleva a la necesidad de que la invalidez, y no la validez, dependa de la valoración judicial y será una sentencia la que lo sancione<sup>11</sup>. Al probarse su vicio, se anula el acto. Por eso, sostiene Lafaille que la anulabilidad es una cuestión de prueba<sup>12</sup>.

Esta tesis de la anulabilidad derivada del art. 998 del Código Civil es sostenida, como ya dijéramos, unánimemente por la doctrina notarial más respetada.

Así, José María Orelle, al referirse al art. 998 del Código Civil, expresa que:

[...] Sólo origina la invalidez del acto, si la falta de salvar las correcciones o enmiendas afecta partes esenciales del texto. El art. 998 del Código Civil establece la anulabilidad del acto cuando tuviesen enmiendas, palabras entre línea, borraduras o alteraciones en partes esenciales como la fecha, nombres, cantidades, cosas, etc. no salvadas al final. La evaluación judicial deberá precisar la versión escrita con enmiendas no salvadas tiene tal entidad como para evitar la fijación auténtica de los hechos. De ser así, por imperio de cuanto he afirmado en cuanto a los

7. PELOSI, Carlos A., *op. cit.* (cfr. nota 2), p. 301.

8. Ídem, p. 302.

9. Vid. CARMINIO CASTAGNO, José C., ["Nulidad de los instrumentos notariales", Buenos Aires, Academia Nacional del Notariado, 2001, pp. 57-58]. *Seminario Teórico Práctico Laureano Moreira*, [Buenos Aires, noviembre 2001].

10. Vid. CARMINIO CASTAGNO, José C., "Algo más sobre los actos nulos y anulables", *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Capital Federal, n° 854, octubre-diciembre 1998, pp. 51-56.

11. Vid. ORELLE, José M. R., en BELLUSCIO, Augusto C. (Dir.) y ZANNONI, Eduardo A. (Coord.), *Código Civil y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado*, tomo 4, 3ª reimpresión, Buenos Aires, Astrea, 2001, p. 707.

12. Vid. GONZÁLEZ, Carlos E., *Derecho Notarial*, Buenos Aires, La Ley, 1971, pp. 464 y ss. apreciación judicial.

principios básicos en la materia, debería previo a toda resolución *intimar al agente a la subsanación de las enmiendas*<sup>13</sup>. De ser imposible o mediar una abierta imposibilidad, no habrá más remedio que declarar la invalidez del acto, que será absoluta por haberse afectado garantías constitucionales<sup>14</sup>.

Y más aún, este mismo autor, al referirse a la invalidez de los actos notariales por defecto de formas cuando falta consignar lugar y fecha en el instrumento, expresa:

[...] Adhiero al criterio expuesto por Carminio Castagno (346), respecto a lo que denomina fecha inferida, o sea cuando en el protocolo la fecha de la escritura anterior y la posterior son idénticas, lo cual permite inferir la fecha de la escritura en la que se omitió consignarla. Esta posición es congruente con: a) el carácter de las nulidades de los actos públicos, que se flexibiliza en pro del mantenimiento del acto, y b) la interpretación integradora del protocolo, que por su eslabonamiento cronológico y numérico permite esta integración subsanada sin originar riesgos de intercalaciones[...]<sup>15</sup>.

En el mismo sentido, respecto de este punto, Pelosi, citando a Mustápic, expresa:

[...] Para Mustápic, el concepto de orden cronológico no surge del mero examen total del protocolo, por fechas y números de escrituras, etc. Así, por ejemplo, dice [que] un escribano puede haber autorizado cinco escrituras el día 1, seis el día 2, cuatro el día 3, aparece luego una con fecha 7 y después siguen escrituras con fechas 4, 5, 6, 7, 8, etc. Si el mero orden cronológico fuera el que rige, las escrituras nulas serían las posteriores al día 7. En cambio, con el criterio del orden cronológico total que propugna, en realidad la escritura que está mal datada es la de fecha 7 y no las posteriores. De aceptarse ese criterio se consumaría la injusticia de anularse escrituras de fecha verídica y mantenerse la de fecha falsa, lo que es írrito al derecho y al propósito específico de la ley [...]<sup>16</sup>.

También la jurisprudencia ha podido pronunciarse sobre

13. El resaltado es nuestro. *Vid.* más adelante el art. 153 del Reglamento del Notariado español, citado al final de este trabajo.

14. ORELLE, José M. R., *Actos e instrumentos notariales*, Buenos Aires, *La Ley*, 2008, p. 306 y ss.

15. *Ídem*, pp. 296 y ss.

16. PELOSI, Carlos A., *op. cit.* (cfr. nota 2), pp. 196 y ss. Y agrega el autor, además, explicaciones sobre la Teoría de la data indirecta y la data dividida de la escritura, a las que también suelen recurrirse cuando existen problemas de fechas de las escrituras.

los alcances del art. 989 del Código Civil y ha sostenido: “[...] ningún precepto legal establece que quepa considerar inexistente lo puesto entre líneas por no haberse salvado<sup>17</sup> según el art. 989, lo hace meramente anulable y por el art. 1046 mientras no sea sancionado, cabe reputarlo válido [...]”<sup>18</sup>.

Y existen dictámenes de la Comisión de Consultas Jurídicas de este Colegio que, elaborados sobre la base de idénticos antecedentes, han sido aprobados con anterioridad.

Así, en el dictamen elaborado por la escribana Patricia Marcela Casal (para un caso casi idéntico al del consultante) y aprobado por la Comisión Asesora el 27/10/1999<sup>19</sup>, se sostiene que:

[...] Sin embargo, también aceptan numerosos autores que si la fecha puede determinarse mediante la escritura anterior y la posterior, la escritura no es nula (CARMINIO CASTAGNO, “Teoría general del acto notarial”, *Rev. del Notariado*, [nº] 727, p. 101; BORDA, *Parte General*, II, número 1020 bis; SEGOVIA, I, nota 11 al art. 1005 de su numeración, p. 272. En contra: MACHADO, III, art. 1004, p. 259; SALVAT-LÓPEZ OLACIREGUI, II, 2069, p. 420). Con respecto a la fecha consignada en forma incompleta, irregular o errónea, la doctrina y la jurisprudencia en general admiten esa manera de determinarla, “en la medida en que se descarte fraude o engaño” (PELOSI, *El documento notarial*, p. 198, quien cita dictamen del Colegio de Escribanos de la Capital Federal, 1/9/71, *Rev. del Notariado*, 1971, p. 1759; BORDA, *Parte General*, II, número 1020 bis; PIÑÓN, *Instrumentos públicos y escrituras públicas*, p. 105, quien afirma que la interlineación no salvada referente a la fecha haría al acto a lo sumo anulable. En igual sentido, SPOTA, I, vol. 37, p. 625; Cciv., 2 Cap. 5/10/38; JA, 64-189); *Código Civil, Comentado, Anotado y Concordado*, BELLUSCIO-ZANNONI, Tomo 4, pág. 629. Borda expresa: “[...] lo que la ley ha deseado evitar son fraudes, pero cuando es evidente que se trata de un simple error y no del deseo de falsear los hechos, la escritura no sería nula” (*Tratado de Derecho Civil. Parte general*, Tomo II, pág. 218, 3ª edición). Por su parte, el escribano Cerávolo, citando a Salvat, nos dice: “Enseña Salvat, comentando el art. 1005, C. C., que la sanción de nulidad no debe aplicarse cuando se trate de errores evitables, en los cuales toda idea de fraude sea materialmente imposible, por ejemplo en el caso de una escritura que se en-

17. En nuestro caso, sería: lo raspado y no salvado por el escribano.

18. CNCiv. 2º Cap. 15/7/47, “Keen Enrique J. c/ Yaconis Antonio”, *La Ley*, t. 47, p. 366, citado en BUERES, Alberto J. (Dir.) y HIGHTON, E. (Coord.), *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, Buenos Aires, Hammurabi, 1999, t. 3C, p. 98 y ss.

19. “Escritura con fecha errónea. Validez”, *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Capital Federal, nº 859, enero-marzo 2000, pp. 229-233.

cuenta en el lugar que le corresponde en el Protocolo, pero en cuya fecha se ha enunciado un año por otro” (*Parte General*, ed. 1940, n° 2071) [...] <sup>20</sup>.

Desde esta óptica y derivado de todo lo antes expuesto, se deduce que la anulabilidad de la escritura pública en el supuesto del art. 989 del Código Civil depende de la apreciación judicial por tratarse de un acto anulable, de nulidad relativa, y, en ese caso, el juzgador puede considerar para el caso concreto que, pese a verse afectada una parte esencial del documento por una corrección mal hecha, ello no amerita ni es causa suficiente para su indefectible anulación si, por las circunstancias que rodean al acto, puede determinarse con claridad el contenido definitivo de aquél y, por ende, su plena eficacia. <sup>21</sup>

En el caso bajo análisis, el instrumento del apoderamiento cuya fecha no se ha salvado debe ser considerado anulable y, por lo tanto, válido hasta que una sentencia establezca lo contrario.

Y aun suponiendo que se accionara judicialmente la declaración de nulidad del instrumento en consulta, es dable cuestionarse si, con todos los antecedentes reseñados, el tiempo transcurrido y la certeza que pudieran arrimar otros elementos que pudieran producirse en el expediente, un juez podría decretar la nulidad del instrumento.

Creemos que en este caso la respuesta debe ser negativa, por cuanto esta declaración de nulidad sólo provocaría el efecto de poner en cabeza del poderdante o sus sucesores una obligación de hacer, la de otorgar la escritura de transmisión de dominio del inmueble, ya que el negocio de la compraventa fue concluido.

Y mientras no exista sentencia que declare la nulidad, el instrumento debe seguir reputándose válido y, por tanto, no deben ser considerados observables los antecedentes dominiales referenciados al comienzo de esta consulta.

Coincidimos, además, con lo expresado por el consultante en el sentido de que resulta de aplicación en este caso el plazo de prescripción previsto por el art. 4023 del Código Civil y, no existiendo, como expresa el mismo, evidencias oponibles a terceros de que se hubiera iniciado alguna acción de nulidad, deberá tenerse por saneado el título a partir del 16 de diciembre

**20.** *Vid.* El dictamen aprobado por el Consejo Directivo del Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, en sesión del 17/09/1997, sobre la base del proyecto preparado por el escribano Cerávolo: “Después de más de doce años carece de significación si debe considerarse como fecha cierta del otorgamiento, la del 13 o la del 14 de diciembre de 1984. Transcurrido con apreciable exceso del plazo para que supuestos perjudicados intentaran –al menos con éxito- la acción de revocación contemplada en el art. 961 del Código Civil, queda desechada la hipótesis de fraude y, paralelamente, corroborada la de error material, excluida la nulidad sancionada por el artículo 1005”, citado por la escribana Casal (cfr. nota 19).

**21.** *XLIII Seminario Laureano Moreira*, Mayo de 2003.

de 2010, por cumplirse a esa fecha diez años de la celebración del poder que sería anulable (16 de diciembre de 2000), por falta de salvado de la fecha raspada y consignada.

Por lo demás, no está de más recordar la correcta solución que, para casos como el comentado, prescribe el art. 153 del Reglamento Notarial español, aprobado por Decreto del 2/6/1944, que expresamente prevé:

[...] Los errores materiales, las omisiones y los defectos de forma padecidos en los documentos notariales *inter vivos* podrán ser subsanados por el notario autorizante, su sustituto o sucesor en el protocolo, *por propia iniciativa o a instancia de la parte* que los hubiera originado o sufrido. Sólo el notario autorizante podrá subsanar la falta de expresión en el documento de sus juicios de identidad o de capacidad o de otros aspectos de su propia actividad en la autorización. *Para realizar la subsanación se atenderá al contexto del documento autorizado y a los inmediatamente anteriores y siguientes, a las escrituras y otros documentos públicos que se tuvieron en cuenta para la autorización y a los que prueben fehacientemente hechos o actos consignados en el documento defectuoso.* El notario autorizante podrá tener en cuenta, además, los juicios por él formulados y los hechos por él percibidos en el acto del otorgamiento. La subsanación podrá hacerse por diligencia en la propia escritura matriz o por medio de acta notarial en las que se hará constar el error, la omisión, o el defecto de forma, su causa y la declaración que lo subsane. La diligencia subsanatoria extendida antes de la expedición de ninguna copia no precisará ser trasladada en éstas, bastando transcribir la matriz conforme a su redacción rectificada. En caso de hacerse por acta se dejará constancia de ésta en la escritura subsanada en todo caso y en las copias anteriores que se exhiban al notario. Cuando sea imposible realizar la subsanación en la forma anteriormente prevista, ser requerirá para efectuarla el consentimiento de los otorgantes o una resolución judicial.