

Nulidad parcial de escritura. Falta de firma de acreedor hipotecario

Mutuo hipotecario. Firma. Escrituras públicas. Nulidad de los actos jurídicos. Teoría de los actos propios.

- Cám.1ª Civ.yCom. San Isidro, Sala 1ª, 8/11/2012, "Niro, Carmine y/o c/ Riviere, Guillermo Jorge y/o s/ nulidad de escritura". (Publicado en *microjuris.com*, MJ-JU-M-75740-AR, MJJ75740).

Hechos: *se decretó la nulidad parcial de la hipoteca respecto de aquellos acreedores que no habían suscripto la escritura, manteniéndose su validez respecto de quienes sí lo hicieron.*

1. — Corresponde revocar la sentencia que había rechazado la demanda, y en consecuencia, hacer lugar a la nulidad parcial de la hipoteca respecto de aquellos acreedores que no han suscripto la escritura, pues en este caso son varios los acreedores hipotecarios que facilitaron a los actores una suma determinada de dinero y asentaron, cada uno de ellos, la suma que individualmente aportaron; lo cual permite interpretar que si bien la operatoria se realizó en un sólo acto jurídico, bien pudo haberse confeccionado en tantos actos separados como acreedores existían.

2. — La conducta de los accionantes a lo largo del proceso hipotecario tiene trascendencia en cuanto al reconocimiento de la obligación y a la entrega del dinero, lo que no conlleva a que deba admitirse como acreedores hipotecarios a aquellos

que no han suscripto la hipoteca; así, el proceso civil no debe ser conducido en términos estrictamente formales o que importen una renuncia consciente a la verdad jurídica objetiva que surge de las constancias comprobadas de la causa, pues ello es incompatible con el servicio de justicia.

Texto completo

En la ciudad de San Isidro, provincia de Buenos Aires, a los días de noviembre de 2012, se reúnen en acuerdo los señores jueces de la Sala Primera de la Cámara Primera de Apelación en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial de San Isidro, doctores Hugo O. H. Llobera y Carlos Enrique Ribera, para dictar sentencia en el juicio "Niro Carmine y/o c/ Riviere, Guillermo Jorge y/o s/ nulidad de escritura", y, habiéndose oportunamente practicado el sorteo pertinente (arts. 168 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires y 263 del CPCC), resulta que debe observarse el siguiente orden: doctores Llobera y

Ribera, resolviéndose plantear y votar la siguiente cuestión: ¿es justa la sentencia apelada?

Votación

A la cuestión planteada, el señor juez doctor Llobera dijo:

I. Los antecedentes

Los accionantes inician demanda por nulidad de la escritura pública nº 236 de mutuo con garantía hipotecaria otorgada con fecha 26 de noviembre de 1998. Sostienen que de la escritura matriz se desprende que no ha sido suscripta por la totalidad de los acreedores, faltando la firma de tres de ellos. Entienden que dicho vicio hace que el acto sea nulo, de nulidad manifiesta no confirmable.

De las constancias del mutuo señalado (ver fs. 11-20), Aldo Pivetta, Ana Hilda Niesi, Marcela Alicia Rivieri, Elisa Maz-zón, Alicia Liliana Herrero, Enrique Víctor García, Enrique García, Norma Lejarraga, María Elvira Poulín, María del Carmen Torres y Guillermo Jorge Riviere, hoy aquí demandados, dieron en préstamo a los cónyuges Carmine Niro e Ilda Piraino de Niro la suma de doscientos mil dólares estadounidenses, lo que se obligaron a devolver en treinta y seis cuotas iguales y consecutivas. En garantía gravaron con derecho real de hipoteca el inmueble señalado, constituyéndose Luis Miguel Ángel Niro en fiador solidario, principal pagador y co-deudor liso y llano de todas las obligaciones contraídas.

La sentencia rechazó la demanda e impuso las costas a la parte actora en su condición de vencida (fs. 313-317 y 319).

II. La apelación

Los accionantes apelan el fallo (fs. 322); expresan agravios (fs. 342-351), los que fueron contestados por la contraria (fs. 353-358).

III. Los agravios

En razón de que los demandados opusieron defensa de prescripción de la acción, correspondería, en primer lugar, su análisis. No obstante, dado que lo que se resuelva se encuentra ligado al carácter que se asigne a la nulidad planteada, se impone tratar en forma previa la cuestión de fondo.

a) El planteo

Los accionantes dicen que no se planteó incidente de redargución de falsedad sino acción autónoma de nulidad de escritura por adolecer de vicios considerados insalvables. Consideran que por ese motivo no debió analizarse la actuación de las partes, la del escribano o los efectos de la registración en el Registro de la Propiedad, sino que debió valorarse los vicios objetivos de la escritura, análisis que no efectuó.

Argumentan que, para justificar el rechazo de la demanda, la jueza desarrolló fundamentos e hipótesis arbitrarias. Que la única pieza que debe estar firmada por todos los comparecientes es la escritura matriz, por lo que no es razonable sostener que los testimonios de

dicha escritura se encuentran firmados por todos ellos. Dicen que el testimonio de escritura con el que se inició el juicio hipotecario es un texto mecanografiado, donde sólo firma el escribano, lo que no permitió advertir las anomalías que adolecía el principal.

Cuestionan el valor de la escritura ratificatoria y su efecto retroactivo. Entienden que no es de aplicación al caso el art. 3130 del Código Civil y que la ratificación no puede tener efecto retroactivo sino a partir del momento de la inscripción. Dicen que no es razonable que tres personas que no firmaron en su oportunidad la escritura pretendan ratificarla sin la comparecencia de todos los deudores y emparchar las deficiencias del mutuo. Afirman que la inscripción en el Registro de la Propiedad no atribuye un carácter saneatorio de los vicios, como parece atribuirle la sentenciadora. Sostienen que los pagos efectuados del mutuo hipotecario no tienen mayor relevancia, atento a que la nulidad es absoluta y no confirmable, en virtud de la cual si no hay firma, no hay contrato válido que pueda ser confirmado. Cuestiona la interpretación establecida a los actos propios y que, en este caso, en función de los vicios atribuibles a la escritura, carece de respaldo jurídico.

b) *El análisis*

i. *La firma*

La escritura pública tiene un conjunto de requisitos explícitamente establecidos y uno de ellos es que debe estar firmada por los otorgantes o por otro sujeto a su ruego cuando corresponda (art. 1004 del Cód. Civil).

El otorgamiento de una escritura consta de la lectura, el consentimiento y finalmente la firma. Este último requisito es la forma en que se exterioriza documentalmente el consentimiento de la persona; es la manifestación formal y escrita que acredita la prestación del consentimiento y quien firma hace suyas las declaraciones del documento (GIMÉNEZ-ARNAUD, Enrique, *Derecho notarial*, Pamplona, Editorial Universidad de Navarra, 1976, 2ª ed., p. 678). Cuando el Codificador establece como requisito para la validez de las escrituras que ellas sean firmadas por las partes, lo que se quiere es que, a través de la firma, se exteriorice el consentimiento y conformidad con el texto. El otorgamiento corresponde a las partes y consta de dos pasos: la lectura y la firma. Podemos concebir el otorgamiento como aquella actividad exclusiva de las partes o sujetos negociales que, oída la lectura del instrumento, exteriorizan su consentimiento sobre fondo y forma por medio de la firma consignada al pie de la escritura.

A su turno, el art. 988 del Cód. Civil establece que el instrumento público requiere esencialmente, para su validez, que esté firmado por todos los interesados que aparezcan como parte en él. Sin su firma no hay declaración o negocio jurídico concluido; tampoco hay consentimiento y, por tanto, no hay otorgamiento.

ii. *Las firmas en el testimonio expedido para ejecutar la hipoteca*

La escritura matriz debe estar suscripta por todos los comparecientes al acto a diferencia de lo que sucede con los tes-

timonios de ella que pueden ser suscriptos por el notario que lo expide. En caso de que hubiera alguna variación entre la copia y la escritura matriz, se estará a lo que ésta contenga (art. 1009 del Código Civil). En virtud de ello, en los autos “Riviere, Guillermo Jorge y/o c/ Niro, Carmine y/o s/ ejecución hipotecaria”, se agregó un primer testimonio de dicho mutuo, suscripto sólo por el notario (fs. 15-24), y con ella se ejecutó la garantía hipotecaria, sin que se advirtiera deficiencia alguna. Al agregarse con anterioridad al dictado de la sentencia ejecutiva la copia certificada de la matriz (fs. 163-174 de dichas actuaciones), se advirtió la anomalía, lo que se hizo notar al expresar agravios (fs. 195-202), argumento que no fue atendido por el superior al no ser planteado en la instancia de origen (fs. 213/221) y que motivó que se iniciaran las presentes actuaciones.

iii. *Efectos de la falta de firma.*

Interpretación. Distintas posturas

Lo que aquí se cuestiona es que la escritura matriz no se encuentra firmada por todos los comparecientes y que ello provoca la nulidad total del acto. La ausencia de firmas se visualiza en la copia certificada de la escritura (fs. 163/174 del juicio hipotecario) y se corrobora por el perito calígrafo (fs. 278-286), cuyo dictamen no fue observado por las partes.

iii.i. *Posición de la SCBA y de la mayoría de la doctrina*

Conforme lo ha interpretado la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, la firma de las partes es

una condición esencial para la existencia de todo acto bajo forma privada y de aplicación a los instrumentos públicos (conf. Ac. n° 47224, sent. del 22-IX-1992; *Acuerdos y Sentencias*, 1992-III-470). De conformidad con lo dispuesto por el art. 988 del Cód. Civil, se consideró que para que la escritura sea válida debe estar firmada por todos los interesados que aparezcan como parte en él y, si alguno de los cointerésados solidarios o meramente mancomunados no lo firmasen, en el acto será de ningún valor para todos los que lo hubiesen firmado. Se señaló que el art. 1004 de dicho cuerpo legal prescribe a su vez que resultan nulas las escrituras que no tuvieran firma de las partes, añadiendo el art. 1044 que el acto será nulo cuando dependiese para su validez de la forma instrumental determinada y ese instrumento sea nulo. Concluyó nuestro tribunal superior que la validez del instrumento público está sujeta a las firmas de las partes intervinientes, siendo nulo en caso contrario (conf. SCBA Ac. 71.889 del 31/5/2000). La mayoría de la doctrina concuerda con tribunal superior en cuanto a la nulidad total de la escritura cuando no tenga las firmas de las partes (conf. BUERES, Alberto - HIGHTON, Elena, *Código Civil*, t. 2-C, p. 39, Hammurabi, 2003; BELLUSCIO, Augusto - ZANNONI, Eduardo, *Código Civil y leyes complementarias*, t. 4, p. 524, Astrea, 1981; SALVAT, Raymundo, *Tratado de derecho civil argentino. Parte general*, 2, p. 349, Tipográfica Editora Argentina, 1964).

iii.ii. *Otras posturas*

Sin embargo, no desconozco que existe otra corriente doctrinaria, que ensaya

un criterio de nulidad parcial del instrumento público interpretando el art. 1039 del Código Civil y que extiende dicha postura a las nulidades instrumentales (SOLARI COSTA, Osvaldo, “Falta de firmas en las escrituras. Algunos aspectos”, public. en *Revista del Notariado*, 837, p. 245, citado también por CABULI, Ezequiel, “Falta de firma en instrumentos públicos y la necesaria interpretación regular de las nulidades instrumentales”, publicado el 14/7/2012 en www.ecabuli.com.ar/blog/tag/escritura).

En los actos jurídicos se distingue la nulidad total de la parcial, según que el vicio se extienda a todo el acto o a parte del mismo. Esto último, admitido por el art. 1039 del Código Civil, es posible cuando el contenido del acto pueda dividirse sin que se destruya la esencia del conjunto.

La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos y ello implica no sólo el ejercicio regular de un derecho sino también una interpretación regular de acuerdo a la finalidad que la ley tuvo en mira al tutelarlos, analizado en cada caso concreto (art. 1071 del Código Civil). Si en el mismo documento notarial existe otro acto jurídico, que incluso pudo haberse efectuado por separado, no resulta razonable estimar que toda la escritura es nula.

Cuando en el instrumento público hubiera varios contratos independientes unos de otros que no estuvieran subordinados a la concurrencia de todas las personas que intervienen en él, el acto se mantendría si estuviera firmado por los que lo formaron (MACHADO, José Olegario, *Código Civil argentino*, t. III,

p. 231vta-232, Talleres Gráficos Argentinos, 1928).

Si varias personas se constituyen en deudores solidarios o simplemente mancomunados, la falta de firma de uno de ellos no invalida la obligación respecto de los demás que han firmado, pues esto no sería un acto a ejecutar sino el reconocimiento de una deuda que ya existía (conf. LLERENA, Baldomero, *Concordancias y comentarios del Código Civil argentino*, t. IV, p. 23, 3ª ed., 1931). Ello siempre y cuando quien firme entienda que adquiere su calidad de co-obligado con el resto de los signatarios.

El art. 290 inc. b del Anteproyecto de Reforma del Código Civil y Comercial de la Nación, propuesto en el presente año, determina que la firmas del oficial público, las partes y, en su caso de sus representantes; si alguno de ellos no firma por sí mismo o a ruego, el instrumento carece de validez para todos.

El Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires realizó una evaluación del anteproyecto citado y presentó, respecto de los temas que le competen, una serie de observaciones a los fines de contribuir a perfeccionar el proyecto (www.ccycn.congreso.gov.ar/.../cbunificacioncodigos/.../buenos_aires/_.../192_colegic_de_escribanos_de_la_ciudad_buenos_aires). Propuso, reemplazar el citado inc. b por el siguiente texto: “Las firmas del oficial público, las partes y, en su caso, de sus representantes. Si alguno de ellos no firma por sí mismo o a ruego, el juez determinará la extensión del valor probatorio del instrumento conforme las circunstancias del caso”.

Sostiene el Colegio de Escribanos que la sanción de nulidad consagrada en el tex-

to del art. 290 proyectado en la reforma adopta una sanción extrema, que propone flexibilizar. Argumenta que:

a) Cualquiera fuera el rol del sujeto cuya firma se ha omitido, si el acto incluyó todos sus requisitos (declaraciones, entregas, lectura, firma de los demás intervinientes, firma del oficial público), la finalidad esencial de los requisitos cumplidos ha tenido existencia. Los requisitos sustantivos del acto en lo concerniente a su existencia como fenómeno jurídico se han cumplido.

b) Si falta la firma de alguna de las partes del acto en el instrumento, esto no implica negar que haya intervenido en él. Sería negar la realidad de lo afirmado por los demás intervinientes y por el oficial público.

c) La falta de firma en el instrumento no debe ocasionar en todos los casos la nulidad del acto. Caben múltiples soluciones posibles: nulidad parcial, inoponibilidad parcial, conversión del acto, etc. Será el juez quien, apreciando las circunstancias concretas, gradúe tales consecuencias. Ello permitirá una solución más justa, evitando, en algunos casos, perjudicar a todos los interesados por la falta de firma en el instrumento de una persona cuya intervención, a lo mejor, era superflua.

d) La ausencia de firma debe atenuar el efecto probatorio del acto sólo respecto a quien no ha firmado. Respecto a los demás firmantes, el instrumento puede tener plena validez y eficacia probatoria. Será el juez quien lo decida.

e) Lo propiciado armoniza con el desarrollo y profundidad de la doctrina respecto a los presupuestos, elementos y efectos del acto, y las múltiples y diver-

sas situaciones e intensidad de efectos que ocasionan los defectos de los actos jurídicos. En este punto, estos avances permiten diferenciar, dentro de cada elemento la incidencia parcial del defecto de que se trate.

iii.iii. *Mi opinión*

De las dos posturas señaladas, y a pesar de no ser mayoritaria, entiendo que en este caso particular debe meritarse si corresponde decretar la nulidad parcial de la escritura. Es que en este caso son varios los acreedores hipotecarios que facilitaron a los actores una suma determinada de dinero y asentaron cada uno de ellos la suma que individualmente aportaron. Ello me permite interpretar que, si bien la operatoria se realizó en un sólo acto jurídico, bien pudo haberse confeccionado en tantos actos separados como acreedores existían.

Es de destacar que la relación jurídica que los uniera no ha sido desconocida por los accionantes; tanto es así que en el proceso hipotecario acompañaron recibos de pago de algunas de las cuotas pactadas (fs. 63-77). Ello se compadece con los términos de la hipoteca, donde se asentó que se entregó el dinero reclamado y que el mismo fue recibido.

iv. *La ratificación*

Con la escritura n° 742, Marcela Alicia Riviere, María Elvira Poulín y Guillermo Jorge Riviere intentaron ratificar los términos del mutuo hipotecario constituido en la escritura n° 236 con efecto retroactivo al día de su constitución (ver fs. 165).

Dicho acto, en mi parecer, no tiene relevancia jurídica alguna, toda vez que, al

no contar la escritura originaria con la totalidad de las firmas, adolece de vicios formales que provocan su nulidad (en este caso parcial), la que no es subsanable mediante su confirmación. El instrumento público al que le falte la firma de alguno de los firmantes es nulo como tal, no pudiendo ser de otra manera, toda vez que el artículo exige este requisito como condición de validez, nulidad que no es subsanable (conf. BELLUSCIO, Augusto-ZANNONI, Eduardo, *Código Civil y leyes complementarias*, t. 4, p. 524, Astrea 1981; citado por SCBA, Ac. n° 71889 ya citado).

La escritura pública constituye un modelo normativo del modo o manera de exteriorización de la conducta. Su sustancia está representada por actos materiales. Éstos sólo existen en la dimensión del aquí y ahora, su efímera existencia se diluye tan pronto termina el momento de su verificación. De allí que los requisitos que se circunscriben a la conducta deben cumplirse simultáneamente y en un mismo momento. La no intervención del notario o la no presencia de testigos, o la omisión de las firmas en el documento, o la no conformación instrumental en el protocolo no podrían subsanarse por medio de su verificación posterior. El cumplimiento de los requisitos en forma conjunta y simultánea estará irremediablemente quebrantado. Los acontecimientos materiales y demás circunstancias que requiera la escritura deben reproducirse en el texto documental (la presencia del notario, los testigos, el lugar y la fecha, etc.). También esto es un hecho efímero, pues la reproducción debe concluir con las firmas; éstas son parte esencial de ese

momento y su determinación es uno de los acontecimientos que necesariamente se deben reproducir. Con las firmas se cierra el ciclo; ese momento ya pertenece al pasado. Después de las firmas el texto documental no podrá alterarse. Una escritura posterior que cumpla con el recaudo omitido, no hará sino verificar un requisito en forma extemporánea. Como resultado, tendremos que la omisión de un requisito formal no es subsanable (conf. FALBO, Marcelo N., "Formas, nulidades y calificación registral", publicado en *Revista del Notariado*, 765, p. 739).

v. *Teoría de los actos propios*

Una de las consecuencias del deber de obrar de buena fe, garantía de la seguridad jurídica, a que se refiere expresamente nuestro derecho positivo, en especial en materia contractual (arts. 1197, 1198 del C. Civil, art. 218 inc. 4 del Cód. de Com, entre otros), es la necesidad de una conducta coherente de las partes.

En este principio se basa la llamada doctrina de los propios actos, que desde el derecho romano venía aplicándose como uno de los principios generales a los que se refiere el art. 16 del C. Civil como fuente de derecho y reprueba la pretensión contradictoria con la propia conducta anterior, que violaría la legítima expectativa que la conducta precedente ha hecho nacer en la contraparte. Como requisitos para su aplicación, se enuncia: a) una situación jurídica preexistente; b) una conducta del sujeto jurídicamente relevante y eficaz que suscite en la otra parte una expectativa seria de comportamiento futuro; c) una pretensión contradictoria con esa con-

ducta atribuible al mismo sujeto (LÓPEZ MESA, Marcelo J., “De nuevo sobre la doctrina de los propios actos”, public. en *Revista Jurisprudencia Provincial*, Rubinzal-Culzoni, 1994, p. 845 y sig.).

Se ha establecido que no es admisible que un litigante pretenda aportar razones de derecho que contravengan su propia conducta anterior cuando ésta ha sido adoptada de un modo formalmente relevante y jurídicamente eficaz (CSJN, O.38.XXIX., “Ojea Quintana, Julio María y otro c/ Estado nacional - Secretaría de Educación y Justicia s/ juicio de conocimiento”, 7/8/96, t. 318).

La conducta de los accionantes a lo largo del proceso hipotecario tiene trascendencia en cuanto al reconocimiento de la obligación y a la entrega del dinero, lo que no conlleva a que deba admitirse como acreedores hipotecarios a aquellos que no han suscripto la hipoteca. El proceso civil no debe ser conducido en términos estrictamente formales o que importen una renuncia consciente a la verdad jurídica objetiva que surge de las constancias comprobadas de la causa, pues ello es incompatible con el servicio de justicia (C.S. Fallos 238:550).

vi. *La conclusión*

Los argumentos señalados y la forma en que se ha constituido la hipoteca, conforme el análisis desarrollado en el punto iii.iii, me convencen de que la solución adecuada a la presente causa es decretar la nulidad parcial de la hipoteca, sólo respecto de aquellos acreedores que no han suscripto la escritura, es decir, Marcela Alicia Riviere, María Elvira Poulín y Guillermo Jorge Riviere.

vii. *La prescripción*

Como ya lo he adelantado, los demandados pusieron excepción de prescripción (fs. 95-99 y 109), la que se difirió para el momento de sentenciar (fs. 155), planteo que no fue tratado en el fallo en función a la solución brindada (considerando II).

Afirman los demandados que, de conformidad con lo dispuesto por el art. 4030 del Código Civil, el plazo de dos años se encuentra cumplido. Que, siendo una nulidad parcial o relativa la que adolece la escritura, fue confirmada, por lo cual el pedido de nulidad no es imprescriptible.

Tratándose de una nulidad formal que no es susceptible de confirmación, la acción deviene imprescriptible, lo que se funda en consideraciones de orden público y en la falta de un requisito esencial para la validez del acto. En virtud de ello, corresponde desestimar el planteo formulado.

c) *La propuesta al acuerdo*

De conformidad con los arts. 988, 1004, 1009, 1039, 1044, 1071, 1197, 1198 y conc. del Cód. Civil., propongo al acuerdo modificar la sentencia dictada y hacer lugar a la nulidad parcial de la hipoteca respecto de aquellos acreedores que no han suscripto la escritura, es decir, Marcela Alicia Riviere, María Elvira Poulín y Guillermo Jorge Riviere.

IV. **Las costas de la instancia de origen y de alzada**

Atento la forma en que planteo la solución, propongo que las costas de ambas

instancias se impongan en un 70 % a los accionantes y en un 30 % a los demandados Marcela Alicia Riviere, María Elvira Poulín y Guillermo Jorge Riviere (art. 71 del CPCC).

Por todo lo expuesto, voto por la negativa.

Por los mismos fundamentos, el doctor Ribera votó también por la negativa. Con lo que terminó el Acuerdo dictándose la siguiente

Sentencia

Por lo expuesto en el acuerdo que antecede, se revoca la sentencia dictada

en la instancia de origen que había rechazado la demanda. Se hace lugar a la nulidad parcial de la hipoteca n° 236 del 26/11/1998 respecto de aquellos acreedores que no han suscripto la escritura, es decir, Marcela Alicia Riviere, María Elvira Poulín y Guillermo Jorge Riviere. Las costas de ambas instancias se imponen en un 70 % a los accionantes y en un 30 % a los demandados Marcela Alicia Riviere, María Elvira Poulín y Guillermo Jorge Riviere (art. 71 del CPCC).

Se difiere la regulación de los honorarios para su oportunidad legal (art. 31 de la Ley 8.904).

Regístrese, notifíquese y devuélvase. *Carlos Enrique Ribera. Juez. Hugo O. H. Llobera. Juez. Miguel L. Álvarez. Secretario.*