



***Consejo Federal del Notariado Argentino - Federación.
C.F.N.A.***

XXXIII Jornada Notarial Argentina

San Carlos de Bariloche. Río Negro.

20, 21 y 22 de septiembre de 2018

Coordinadores:

Not. **Lamber, Néstor**. Tel. (011) 4262 2489, e-mail: ndlamber100@gmail.com.

Not. **Zavala, Gastón**. Tel. (02946) 44-3289, e.mail: escgaz@yahoo.com.ar.

TEMA IV – “NULIDADES EN EL CODIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACION: a) Criterios de distinción. Las nulidades expresas e implícitas en el régimen vigente: La nulidad total y parcial en el documento notarial y en el acto contenido. b) Efectos: sentencia constitutiva o declarativa. Efectos respecto de terceros. Caso de las transmisiones a *non domino*. c) Confirmación. Requisitos. Forma.”

PAUTAS DE LOS COORDINADORES

I.- CUESTION PREVIA: LA AUTONOMIA DEL DERECHO NOTARIAL Y SU PUNTO DE VISTA EN EL ESTUDIO DE LAS NULIDADES (o el enfoque notarial del tema)

La XXXIII Jornada Notarial Argentina convoca al notariado nacional al estudio, análisis y crítica de la regulación de uno de los supuestos de ineficacia: la invalidez del acto jurídico en su conjunto y en su forma en particular, a partir de su tratamiento en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación.



Consejo Federal del Notariado Argentino - Federación. C.F.N.A.

Esta convocatoria está orientada no solo al estudio de la invalidez en términos generales, sino a su real eficacia en cuanto a los actos y documentos propios del ejercicio del derecho en el ámbito notarial.

Este particular punto de vista se hace patente al analizar las nulidades según su incidencia en el título de los derechos reales, y su consecuente ineficacia u observación, donde será relevante la nulidad al ejercerse una acción con efecto de resolver el derecho real y generar la obligación de restitución o efecto reipersecutorio sobre su objeto.

El acto nulo o inválido siempre tiene algún efecto, al menos el de resarcir o valer como hecho simple (art. 391 CCyC), pero aún inválido -según resolución judicial- o adoleciendo de vicios que ostensiblemente debería llevar a tal resolución, es menester arribar a un pormenorizado análisis de los efectos cuando concurren otros institutos que llevan a la eficacia o validez del acto como la conversión del acto nulo en válido (art. 384 CCyC).

CONVERSION DEL ACTO INVALIDO

El estudio del derecho notarial en cuanto a las nulidades, debe tener presente los casos y modos en que un acto que adolece de vicios genéticos (ostensibles o no) nulificantes- puede ser covertido en otro válido, lo que inhibe su efecto reipersecutorio y en consecuencia la observabilidad del título.

La posibilidad de acreditación de tal conversión por otro documento notarial, la transacción extrajudicial para evitar el litigio en el ámbito exclusivo de la autonomía de voluntad, el reconocimiento del vicio ostensible con su consecuente distracto para



Consejo Federal del Notariado Argentino - Federación. C.F.N.A.

subsana el vicio, o del error en la manifestación o explicitación de la causa fin en su aspecto de motivaciones subjetivas de las partes relevantes para el acto (art. 281 CCyC), son parte del estudio de las nulidades propias de la autonomía del derecho notarial, donde su mirada no es la sola ineficacia sino su consecuencia frente al título observable o no, aún cuando el acto jurídico adolezca de vicios que puedan justificar de modo abstracto la resolución judicial de declaración o constitución de su nulidad.

CONVALIDACION DEL DERECHO REAL

Del mismo modo el análisis de la invalidez del acto jurídico en tanto sea causa fuente del título del derecho real no se puede hacer sin evaluar la convalidación del derecho real en los términos del art. 1885 CCyC (y su antecedente art. 2405 CC y 1330 2º parr CC, para la venta de cosa ajena) por su adquisición o constitución por otra nueva causa o título.

SANEAMIENTO POR PRESCRIPCION ADQUISITIVA

En este análisis que relaciona el acto nulo con el título observable para el ejercicio de la actividad notarial se debe analizar la convalidación por la adquisición del derecho real por prescripción adquisitiva larga o breve (art. 1899 y 1902 CCyC) -en particular visto desde su presupuesto de abandono del derecho real por el titular registral-.

Consecuente con ello corresponde evaluar el efecto subsanatorio del derecho real, como surge del art. 1050 CCyC al prever que no hay responsabilidad por evicción cuando el derecho se sana por prescripción adquisitiva. En el mismo sentido, el art. 2119 CCyC al prever el saneamiento del justo título del derecho real de superficie por prescripción



Consejo Federal del Notariado Argentino - Federación. C.F.N.A.

breve; o en el art. 2459 CCyC donde se perfecciona la donación por el transcurso del plazo legal, como se explica en la exposición de motivos del citado Código, y no por la prescripción libertoria de la acción; o cuando en el art. 2311 CCyC se inhibe la imprescriptibilidad de la acción de petición de herencia con respecto al bien en que uno o algunos de los herederos pueden oponer la prescripción adquisitiva.

Debe analizarse la posibilidad de ejercicio de esta modalidad subsantaria por vía de excepción o defensa y su ponderación al momento de su consideración

PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN DE NULIDAD

Diferente es la prescripción liberatoria -por transcurso del plazo de prescripción de la acción de nulidad- pero también relevante para la observabilidad o no del título, que si no se ha llegado a la resolución judicial invalidante (salvo interrupción o suspensión), el derecho del adquirente no se ve afectado por efecto reipersecutorio o reivindicatorio, y en consecuencia no se puede tachar el título de observable.

EFFECTO RESPECTO DE TERCEROS DE COSAS REGISTRABLES.

En el aporte del derecho notarial al privado en general está el estudio de la norma de la parte final del primer párrafo y del último párrafo del art. 392 CCyC, y la teoría de la apariencia que en el Código Civil y Comercial se desprende del principio de buena fe receptado en su art 9º, en materia de representación en el art. 367 CCyC, o el subsistema del derecho sucesorio en el art. 2315 CCyC, y su eficacia a ciertos terceros, en especial a título oneroso y de buena fe.



Consejo Federal del Notariado Argentino - Federación. C.F.N.A.

El nuevo cuerpo normativo (segundo párrafo del art. 392) se encausa en la doctrina y jurisprudencia previa que impide la transmisión en caso de haberse realizado el acto sin la intervención del titular del derecho (*a non domino*), invitando a su estudio en cuanto a su calificación de acto como nulo por la legislación actual, y analizar el efecto de la prescripción adquisitiva y el justo título, en cuanto a la observación o no del título, estudio propio del derecho notarial y del subsistema del derecho inmobiliario en particular, así como su consideración como uno de los supuestos del art. 1902.

CONFIRMACION DEL ACTO NULO

El programa expresamente incluye el clásico instituto de la confirmación del acto nulo regulado en los arts. 393 a 395 CCyC. Nuevamente nuestro punto de vista estará en la observabilidad del título, la necesidad o no de la declaración previa del vicio invalidante, la relevancia de haber desaparecido los elementos propios del vicio que daría lugar a la nulidad y la voluntad expresa o tácita de sanear el acto que adolecía del vicio de nulidad, la forma en los actos notariales y los efectos retroactivos de la misma.

CALIFICACION: NULIDAD ABSOLUTA Y RELATIVA

La confirmación supone un estudio del supuesto nulificante en absoluto y relativo (arts. 387 y 388 CcyC), según el criterio ordenador del art. 386 CCyC de contravención al orden público, la moral y la buenas costumbres en los primeros, y las protección del interés particular de ciertas personas para los segundos.

El criterio de orden público o interés particular puede traer dudas en ciertos casos, como en la prohibición de contratar de lo responsables parentales o tutor con el menor (arts.



Consejo Federal del Notariado Argentino - Federación. C.F.N.A.

689 y 120 CCyC), y de la viabilidad de que una vez alcanzada la mayoría de edad - habiendo cesado la causa de nulidad- se pueda confirmar su eficacia o si es terminantemente inválido aún cuando se desee su vitalidad.

También es oportuno plantear la factibilidad de recurrir al instituto de la ratificación, como acto lógicamente posterior y con efecto retroactivo en el caso de la representación previsto en el art. 369 CCyC, con el mismo efecto práctico que la confirmación.

En el estudio de los supuestos de invalidez, la visión propia de la autonomía del derecho notarial está íntimamente ligado a los efectos y a los institutos de la subsanación, conversión, convalidación, confirmación o ratificación.

II.- EL TEMARIO DE LA JORNADA EN PARTICULAR

1.- SUSTANCIACION JUDICIAL: SENTENCIA DECLARATIVA O CONSTITUTIVA

El art. 383 CCyC ordena que toda nulidad deber ser sustanciada judicialmente, y en consecuencia tener un resolución invalidante. Esto plantea el interrogante de considerar al acto nulo esencial y de pleno derecho, que la sentencia judicial se limita a declarar la situación jurídica preexiste (como en los casos del derogado art. 1038 del Código velezano) o si la resolución judicial es constitutiva de la nulidad y solo lo es a partir de ella.

La doctrina nacional y comparada ha dado argumentos por una u otra postura. Su estudio pormenorizado y el arribo a conclusiones precisas amerita una evaluación de los efectos de ambos casos a la luz de la reforma. En este sentido, podría calificárselos



Consejo Federal del Notariado Argentino - Federación. C.F.N.A.

como *actos nulos* -de por sí- o como *actos que adolecen de vicios que pueden provocar su invalidez*, pero no nulos sin la correspondiente sentencia.

Desde nuestra óptica notarial debemos analizar no solo las teorías de la sentencia declarativa o constitutiva, sino los efectos prácticos frente a terceros de buena fe en uno y otro caso, y eventualmente la relevancia que pueden tener los vicios sean ostensibles o no en los distintos actos que adolecen de tales vicios.

Si bien el nuevo sistema parece limitar la calificación solo a la nulidad absoluta y relativa, debe analizarse la importancia que da el art. 387 a la nulidad manifiesta, donde al ser ostensible el vicio puede ser declarado de oficio por el Juez, o ser alegada por el Ministerio Público o cualquier interesado.

Llegando a una u otra conclusión sobre el carácter de la sentencia, no podemos perder de vista la importancia en cuanto al principio cardinal -presupuesto al derecho privado- de la buena fe, en el caso ser ostensible o no el vicio que puede generar la resolución de nulidad judicial.

Pese a haberse derogado la clasificación de legal de los actos nulos y anulables, y los alcances para los segundos de la norma del art. 1046 del Código Civil, debemos analizar en aras al principio de buena fe, el alcance de la nulidad no declarada o constituida por sentencia judicial, en los casos de vicios no ostensibles y la protección de estos terceros y la seguridad del tráfico jurídico.

2.- NULIDADES EXPRESAS O IMPLICITAS



Consejo Federal del Notariado Argentino - Federación. C.F.N.A.

Esta clasificación plantea la cuestión de considerar si es indispensable que la sanción de nulidad esté formalmente expresada en la ley, o si es admisible que el intérprete descubra una incompatibilidad entre la norma y la eficacia de cierto acto jurídico, de manera que quede excluida tácitamente la validez de éste –con o sin una explícita determinación judicial-.

El debate histórico que se generó entre nuestros juristas clásicos y antecedentes jurisprudenciales indudablemente giró su eje. Mientras el art. 18 del Código Civil era el precepto determinante para fundar la doctrina de las nulidades implícitas a partir de la contraposición a una prohibición legal (Llambías, Salvat, etc.) además de la supresión del concepto “expreso” de la sanción por parte del art. 1.037 en relación al art. 786 del *Esbozo* de Freitas; el nuevo Código, altera la estructura hermenéutica y no incorpora disposición alguna que indique que la sanción siempre deriva de la ley y no de la voluntad de los jueces, como lo fijaba el Código de Vélez (art. 1037) pero tampoco aclara que los actos prohibidos por las leyes son de ningún valor si la ley no designa otro efecto para el caso de contravención.

Este silencio de la nueva legislación impone considerar no solo la existencia de las nulidades virtuales sino básicamente analizar cuales son los presupuestos, parámetros y límites que deben presentarse para



Consejo Federal del Notariado Argentino - Federación. C.F.N.A.

imponer la sanción de invalidez a un acto jurídico y si la misma quedará al arbitrio de la voluntad judicial en los casos *tipificados* genéricamente. La conclusión de esta cuestión repercute directamente sobre la extensión en el concepto y supuestos de observabilidad de los título, dando una mayor o menor arbitrariedad al profesional que sin tener competencia judisdiccional dictamina al respecto, y la responsabilidad por tal conducta, cuestiones propias del derecho notarial.

3.- NULIDAD TOTAL Y PARCIAL EN EL DOCUMENTO NOTARIAL Y EL ACTO CONTENIDO

Esta clasificación se refiere a la extensión del vicio respecto del contenido del acto; de acuerdo al cual será inválido el acto íntegramente o sólo determinadas cláusulas o disposiciones. Es necesario que el contenido sea susceptible de división –actos jurídicos complejos-, de lo contrario la esencia del acto se deformaría. No es una cuestión material o mecánica, sino interna o espiritual, en el sentido de que hay que atender a la verdadera intención de los creadores del acto.

Dentro de las nulidades formales o instrumentales, que son las que proyectan sus consecuencias en el documento, deberá evaluarse si corresponde la posibilidad de categorizar la nulidad como parcial, o si se presenta únicamente con carácter total o único.



Consejo Federal del Notariado Argentino - Federación. C.F.N.A.

La nulidad parcial está expresamente regulada en el art. 389 CCyC cuya teoría debe analizarse y además relacionarse con los caracteres propio del acto notarial y el acto jurídico contenido.

4.- ACTO NOTARIAL Y ACTO JURIDICO

4.1. Se propone el análisis de la eficacia del acto notarial, entendido como la audiencia notarial -continente del acto jurídico en sí- que reúne los requisitos de validez del acto público en cuanto a la competencia del notario, sus constancias fehacientes con relación a la acto en su carácter público como lugar y fecha, suscripción ante él, autorización, salvado de puño y letra, incompatibilidad por su interés, relación parental y cónyuge o conviviente, como también las legitimaciones hechas por el notario.

Estos requisitos del acto notarial pueden o no llevar a la nulidad por vicio de forma, causal de la nulidad del acto, o la mera invalidez o ineficacia de ciertas atestaciones, subsanable por el mismo notario o las partes, mediante atestaciones marginales o escrituras aclaratorias, rectificatorias o complementarias.

La invalidez propia del acto notarial suele tratarse en las denominadas nulidades instrumentales. Sin perjuicio de ello, se debe analizar la posibilidad del tratamiento separado de los requisitos notariales de la audiencia que se cumplen pero que no se representan literalmente en el documento por un error en la manifiestación del notario (p.ej. en la fecha insertada por este por error), o en la falta de firma de un interviniente que concurre a la audiencia pero omite suscribir el documento notarial (p.ej. en un reglamento con dos escrituras simultáneas de adjudicación de UF y otra de venta de UF,



Consejo Federal del Notariado Argentino - Federación. C.F.N.A.

donde suscribe la adjudicación y la venta y no el reglamento simultáneo, habiendo estado presente).

4.2.- Se invita a analizar el concepto de unidad del acto notarial (audiencia) y su distinción con múltiples actos jurídicos que incluyen y consituyen los objetos de la escritura pública, y su consideración u observación separadamente si el eventual vicio solo puede ser causa de nulidad parcial o de uno de ellos, no siendo observables los restantes.

4.3.- VICIOS DE FORMA DEL ACTO NOTARIAL.

La nulidad por falta de autorización del acto notarial (art. 309 CCyC) y la eficacia del acto jurídico contenido firmado por la partes en los términos de la parte final del art. 294 CCyC, y su conversión en materia de contratos (art. 1018 CCyC) es otra de los variables condensadas en el nuevo ordenamiento que ameritan el estudio de sus efectos.

Se promueve el analisis de la falta de firma de uno o algunos intervinientes en caso de un acto notarial con objetos multiples o cuando quien omitió firmar estuvo en el acto notarial. Se recomienda el análisis de las diversas posturas (Fallo “Maristany Dedesma, Paula Nancy c/Torres, Ramón s/sucesión ab-intestato y otros s/prescripción adquisitiva; CNac. Civ. sala B, 19/11/2014).

Se propone este analisis no solo con respecto a la validez o invalidez en si mismo, sino también en el modo de subsanación, considerando si se debe otorgar nuevamente el acto, o probado el extremo basta con el otorgamiento o suscripción en otra escritura pública



Consejo Federal del Notariado Argentino - Federación. C.F.N.A.

complementaria por la parte que estuvo presente y no firmo, pero realizó todos los actos consecuentes (previos y posteriores) como si hubiere firmado (art. 1064 CCyC).

5.- VICIO DE ERROR EN LA MANIFESTACION

El nuevo sistema mantiene al error esencial como un vicio de la voluntad causa de la nulidad del acto jurídico, y plasma claramente el error en la transmisión de declaración de la voluntad en el art. 270 CCyC, lo cual permite la resolución judicial invalidante donde la declaración aparente no coincida con lo que las partes quisieron y entendieron actuando de buena fe.

Este reconocimiento de las finalidades objetivas y subjetivas de la partes en el negocio jurídico parte de un principio general consagrado en otros artículos como el 281, 1190 y concs. CCyC, encuentra recepción el art. 384 de conversión del acto nulo en válido, que la doctrina italiana denomina conversión subjetiva.

Se propone el análisis de la posibilidad que las partes del acto –o su único autor en los unilaterales- puedan por vía notarial aclarar o rectificar el error de la transmisión de la voluntad salvando el vicio al reemplazarlo por su real intención antes de llegar a una sentencia judicial.

Así el vicio quedaría salvado por la nueva declaración y el acto no adolecería de esta causa nulificante, y se podría por ejemplo recalificar el acto (partición en vez de donación o viceversa).

6.- EFICACIA TEMPORAL DE LA LEY NUEVA. Nulidad y subsanación



Consejo Federal del Notariado Argentino - Federación. C.F.N.A.

La reforma legislativa conlleva la necesidad de resolver sobre la ley aplicable a la nulidad y los vicios causales según se incluyan ahora o se deroguen los antes previstos.

En materia de nulidades el vicio es genético, y ello ha llevado a PELOSI con la reforma de 1968 y la misma norma en el particular en el ahora derogado art. 3° CC (ley 17711) ha sostener que se aplica la ley con que el vicio se produce, es decir la fecha del negocio jurídico, no aplicándose la nueva ley a los actos previos, aplicándose sólo a los posteriores. El análisis de esta temática, eventualmente deberá relacionarse con la distinción entre las nulidades absolutas y la relativas. La interpretación dada de la aplicación de la ley nueva lleva a dos temas de interés especial del notariado:

6.1.- DONACION AL HIJO DEL CONYUGE

La derogación de la prohibición de donar al hijo del cónyuge, permite ahora otorgar estas donaciones, pero quedan las hechas con anterioridad bajo este vicio genético. La respuesta teórica del punto anterior plasma aquí su importancia práctica cuando nos encontramos ante un vicio ostensible (nulidad manifiesta).

6.2.- ALTERACION DEL ORDEN CRONOLOGICO EN EL PROTOCOLO. FECHA INFERIDA.

La derogación del art. 1005 CC y la nulidad por la alteración del orden cronológico de las escrituras es altamente elogiable. Norma que tenía pleno sentido en el protocolo por incorporación, lo pierde en el actualmente vigente de protocolo de formación previa con folios habilitados por la venta del Colegio Profesional o la autoridad judicial.



Consejo Federal del Notariado Argentino - Federación. C.F.N.A.

Se estaba ante un acto anulable, pues se debía hacer un mínima investigación de cual era la fecha incorrecta. Estas consideraciones hacen valorar la ponderación de su observabilidad y subsanación por ratificación, aclaración del error de expresión, o la prescripción adquisitiva por via de excepción.

Invitamos al estudio de la aplicación temporal de la ley en cuanto al vicio en cuestión, pero también en el caso, al análisis de la ley aplicable en materia de subsanaciones, donde podrá tratarse de un situación jurídica en curso a los efectos de su subsanación, con la posible inclusión en la norma del primer párrafo de art. 7° CCyC y consecuente aplicación inmediata de la ley nueva.