

Consecuencias de la nulidad de los instrumentos públicos

Líe. Cayetano Casillas y Casillas

Antecedentes

La presente crisis económica ha traído con ella una serie de demandas de nulidad de escrituras públicas que contienen el otorgamiento de créditos y han proliferado con ello las demandas en contra de notarios públicos, pretendiendo que la sentencia condene al notario a cancelar tales escrituras en los protocolos a su cargo.

Ya con anterioridad se presentaban demandas, en contra de los notarios, aunque en forma menos repetida que en la actualidad, por la cancelación de instrumentos públicos que obraban en sus respectivos protocolos.

Las Leyes del Notariado que he podido consultar, no contemplan los efectos de una declaración judicial de nulidad, ni la nulidad o ineficacia por cualquier otro caso. Tal parece que quienes hicieron las leyes, nunca previeron la posibilidad de que una escritura fuera declarada nula; y por lo tanto, cómo debería actuarse para anotar en el protocolo.

El planteamiento del tema abarca los siguientes puntos:

1. Dilucidar qué efectos tiene la nulidad de una acta notarial y qué efectos tiene la nulidad de una escritura notarial, ya que escritura y acta son dos géneros que pertenecen a la especie Instrumento Público, y cómo debe de hacerse constar, notarialmente, tal nulidad.

2. Qué efectos tienen la nulidad por defecto de forma, la nulidad por defecto en las convenciones de las partes y la falsedad de un Instrumento Público.

3. En qué casos el notario debe de intervenir como demandado en la litis y en qué casos, no debe ni puede ser demandado.

Consideraciones jurídicas. Derecho nacional

La Ley del Notariado del Estado de Jalisco del 23 de octubre de 1950, en su artículo 77 señalaba cuándo y cómo debía cancelarse una escritura, pero se refería a cancelación de escrituras en las que hubiera acreedores y deudores, lo que nos hace suponer que había sido hecho especialmente para los créditos con garantía hipotecaria, en los que debería cancelarse la hipoteca.

La actual Ley del Notariado en su artículo 129 señala la cancelación de escrituras que consignen créditos con garantías reales o personales y en su segundo párrafo señala expresamente que se refiere a cancelación de gravamen.

En los casos antes señalados la cancelación se hará, asentando una nota en el protocolo, y si se tratare de títulos inscritos, las cancelaciones serán comunicadas a la oficina del Registro Público de la Propiedad que corresponda y a la dirección del Archivo de Instrumentos Públicos.

La fracción XI del artículo 35 de la Ley del Notariado vigente en nuestro Estado, prohíbe al notario: "revocar, rescindir o modificar el contenido del instrumento público por simple razón comparecencia, aunque sea suscrito por los interesados. En estos casos, deberá extenderse nueva escritura y anotarse la antigua sobre el hecho relativo".

Idénticas disposiciones existen en las Leyes del Notariado de los siguientes estados:

ESTADO	ARTÍCULO No.
Aguascalientes	47
Baja California	57
Coahuila	56
Chihuahua	428
Colima	44
Chiapas	140
Nuevo León	107
Puebla	114
Querétaro	80
Quintana Roo	81
San Luis Potosí	58
Hidalgo	59
Estado de México	78
Michoacán Morelos	74
Nayarit	79
Tamaulipas	53
Veracruz	96
Yucatán	144
Zacatecas	103
	76

(Los números de artículos antes señalados corresponden a las Leyes Notariales de los Estados, que fueron publicadas en edición especial por la Revista de Derecho Notarial en enero de 1981, por la Asociación Nacional de Notariado Mexicano, A. C; por lo que a quince años de distancia pudiera haber algunas variaciones; pero de alguna manera fija la costumbre vigente en la legislación mexicana de prohibir la modificación de una escritura por medio de razón en las notas).

Hasta esta fecha, la jurisprudencia no ha tratado de manera directa el tema a estudio. Existen tesis jurisprudencia les que de alguna manera nos pueden ilustrar sobre los efectos de la nulidad de una escritura. Al efecto transcribo cuatro relacionadas con el tema y una jurisprudencia aislada, que dicen lo que sigue IITESTAMENTO PÚBLICO ABIERTO, NULIDAD DEL NOTARIO Q INTERVINO CARECE DE LEGITIMACIÓN PASIVA CUANDO SE DISCUTE LA IDONEIDAD DE LOS TESTIGOS Legislación DEL ESTADO DE NUEV LEÓN). El artículo 815, del Código de Procedimientos Civiles de la entidad, establece que: "... si se impugnare la validez del testamento la capacidad legal de algún heredero, se substanciaría el juicio ordinario correspondiente con el albacea o el heredero, respectivamente... ". La pretranscrita disposición en manera alguna tiene e • alcance de que al impugnarse la validez del testamento, el juicio deba sustanciarse con la comparecencia del notario que expidió la escritura en que se contiene, ni con la del registrador público d la propiedad, por tanto, no es posible considerar la existencia de' litis consorcio pasivo alegado, pues basta que en el juicio relativo se demande exclusivamente al heredero o albacea, quienes si tienen la legitimación pasiva a ese efecto para integrar, junto con la parte actora, la relación jurídica procesal en la contienda, en tanto los intereses en pugna no van más allá de sus respectivas esferas jurídicas en relación con la precisa cuestión a dilucidar, esto es, si los testigos son o no idóneos, aspecto este que nada tiene que ver con el actuar propio de los funcionarios públicos que hayan intervenido en la formación del instrumento y su registro. No obstante, cabe destacar que los notarios tienen legitimación pasiva cuando se impugna un testamento, pero sólo cuando dicha impugnación deriva de irregularidades en que haya incurrido con motivo de su función notarial, en cuyo caso deberá responder de lo daños y perjuicios ocasionados, circunstancias que evidentemente no se da cuando el testamento no se impugna por irregularidades u omisiones de las formalidades propias de la función notarial que justifiquen su llamamiento, verbigracia: redactar por escrito la cláusula del testamento sujetándose a la voluntad del testador dando lectura inmediatamente al testamento, no tomar las necesarias precauciones para quienes no saben leer ni escribir; ni observar las condiciones requeridas cuando se trata de personas que padezcan sordera o ceguera o que desconozcan el idioma. Lo expuesto permite establecer que el fedatario de referencia no tiene porqué comparecer a juicio y defender circunstancias no propias, como lo son la idoneidad de los testigos o la capacidad legal del testador, pues ello corresponde exclusivamente al albacea como legítimo representante de la sucesión.

TERCER TRIBUNAL COLEGIADO DEL CUARTO CIRCUITO. Amparo directo

410/89.- Carlota Yolanda Garza Treviño de Villuendas.-7 de marzo de 1990.Unanimidad de votos.- Ponente: José Antonio Hernández Martínez.- Secretario: Carlos R. Domínguez Avilán.

Origen: Tercera Sala.- NOTARIO. TIENE LEGITIMACIÓN PASIVA EN EL JUICIO DE NULIDAD DE UNA ESCRITURA OTORGADA ANTE ÉL. Cuando se demanda la nulidad de una escritura pública debe intervenir necesariamente el notario ante el cual se otorgó, ya que de proceder la acción, tiene que hacer la anotación respectiva en su protocolo y, además porque en algunos casos, su actuación trae aparejada responsabilidad, ya sea por una conducta dolosa o culposa.

Contradicción de tesis 14/88.- Tribunal Colegiado del Décimo Octavo Circuito y Tribunal Colegiado del Vigésimo Circuito.- 7 de mayo de 1990.- 5 votos. Ponente: Ignacio Magaña Cárdenas> Secretario: Mario Alberto Adame Nava.

SUCESIONES, LEGITIMACIÓN PASIVA EN JUICIOS SOBRE NULIDAD DE TESTAMENTO, CORRESPONDE A LOS NOTARIOS, (LEGISLACIÓN DE SAN LUIS POTOSÍ). En los juicios sobre nulidad de testamento el notario tiene legitimación pasiva en la causa, correlativa de la activa del actor, porque con la acción se persigue variar un; situación jurídica a la que dio vida la fe pública notarial, que con la nulidad demandada se afecta, por lo que es indispensable darle oportunidad de que se le oiga en defensa, por imperativo constitucional, y además porque en su caso, el notario debe ser ejecución de la sentencia hacer la anotación de nulidad en el acta relativa del protocolo y en caso de incumplimiento de sus obligaciones será a su cargo, el pago de los gastos judiciales. K obsta que el artículo 638 del Código de Procedimientos Civiles diga que cuando se impugne la validez del testamento "se substanciará el juicio ordinario correspondiente con el albacea' a virtud de que el precepto no consigna limitación o exclusividad al respecto y de que el albacea, por mandato de la ley, tiene la misión de presentar a la sucesión, no a personas extrañas a ella

Amparo directo 1772/57.- Ignacio Torres Guzmán.-1ü de noviembre de 1958.- Unanimidad de 4 votos- Ponente: Mariano Ramírez Vázquez.

"NULIDAD DE ESCRITURAS Y CANCELACIÓN DE INSCRIPCIÚ - PERSISTENCIA DE LA ACCIÓN DE; CUANDO EN JUICIO REIVINDICATORIO SE DECLARA PROCEDENTE LA EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓ- - (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE TABASCO).

A pesar de que en el juicio reivindicatorio el demandado n haya pedido la nulidad del título de propiedad del reivindicante ni la cancelación del mismo en el Registro de Propiedad, n perdió su derecho tanto porque el artículo 2917 del Código Civil según su texto literal, se refiere al actor, ejercitante de una acción contradictoria del dominio y no al demandado que sólo puede oponer excepciones como porque ni aun suponiéndolo aplicable la omisión del demandada podría significar, en el posterior juicio civil, la extinción de la acción que hace valer, ni la

extinción del derecho que dicha acción representa, en virtud de que, conforme al artículo 2941, fracción II, del Código Civil deberá ordenarse la cancelación de una inscripción en el Registro Público de la Propiedad cuando se extinga por completo el derecho inscrito, lo que ocurrió en el caso, merced a la sentencia firme que tuvo por demostrada la excepción de prescripción positiva del inmueble; además de que tampoco podría subsistir frente a lo fallado en tal sentido, porque también se dispone en el artículo 2918, que los bienes raíces no pueden aparecer inscritos a la vez, en favor de dos o más personas distintas, y en el artículo 2911, fracciones 1 y IX, se impone la inscripción en el Registro, de los títulos por los cuales se adquiere, modifica o extingue el dominio, la posesión o los derechos reales sobre inmuebles y la inscripción de las resoluciones judiciales que produzcan algunos de dichos efectos.

Sexta época, Cuarta Parte, Vol. XXXVIII, p. 225. A. D. 5142/59.- Manuela Evia Vda. de Valencia, Suen.- Unanimidad de 4 votos.

“ACCIONES QUE IMPUGNAN EL DOMINIO DE INMUEBLES, INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 3008, EN RELACIÓN CON EL 3008, DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO Y TERRITORIOS FEDERALES.

La regla del artículo 3008 del Código Civil, en el sentido de que no pueden ejercitarse acciones que impugnen el dominio de inmuebles, sin que, previamente o a la vez, se entable demanda de nulidad o cancelación de la inscripción relativa, no es un requisito esencial en el ejercicio de la acción de prescripción adquisitiva, que se da contra la persona que en el registro aparece como dueña, porque en estos casos, la sentencia que declara propietario al actor, es el título que debe inscribirse, según el artículo 1157, y no pudiendo los bienes raíces aparecer inscritos a la vez en favor de dos o más personas que no sean copartícipes, forzosamente deberá ordenarse por el juez, en acatamiento el artículo 3009 del propio ordenamiento, la cancelación de la inscripción relativa al anterior propietario, aun cuando esto no le haya sido solicitado.

Quinta época, Tomo LXXXV, p. 2143. A. D. 9533/41.- Flores Chapa Carlos.- Unanimidad de 4 votos. Tomo XCI, p. 69. A. D. 5396/44.- Velásquez Francisco.- 3 votos- Tomo XCVI, p. 1590. A. D. 6655/46.- Fierro Juana, Sue. Mayoría de 4 votos- Sexta época, Cuarta Parte: Vol. XXXVI, p. n. A. D. 5488/59.- Manuela Soto Vda. de Badillo.- 5 votos.- Vol. LXXXIV, p. 101. A. D. 217/63.- Gabriel Mendoza Cristalino.- 5 votos.

Como podemos ver, en la tesis transcrita primeramente, el Tribunal Colegiado del Cuarto Circuito estimó que el fedatario no tenía por qué comparecer a juicio y defender circunstancias que no le son propias, mientras que en la segunda, cuyo origen fue la tercera sala de la Suprema Corte de Justicia, se resolvió que el notario debía necesariamente intervenir, ya que de proceder la acción tenía que hacer la anotación respectiva en su protocolo y, además, porque en algunos casos su actuación trae aparejada responsabilidad ya sea por una

conducta dolosa o culposa. La pregunta conducente sería ¿Por qué fastidiar al Notario cuando obviamente no exista responsabilidad de especie alguna en la redacción de la escritura?, ya que en las convenciones de las partes el Notario puede advertir las consecuencias a las partes, pero no obligarlos a que sigan su dictamen.

En la tercera tesis, parece contradecir a la primera mencionada en el presente estudio, pero su realidad es otra, ya que aquí se trata de defectos en la ejecución de las formalidades de un testamento, de los cuales el Notario sí debe ser responsable absoluto.

En la cuarta tesis señala lo innecesario de demandar al encargado del Registro Público de la Propiedad para cancelar una inscripción y en igual sentido podría opinarse de la escritura pública otorgada por el Notario, puesto que de nada le serviría al titular de un derecho que se hizo constar en escritura pública, pedir un segundo testimonio, cuando la inscripción en el Registro Público de la Propiedad ya fue cancelada y quedó inscrito a nombre de otra persona. Para transmitir un derecho que necesite de inscripción en el Registro Público de la Propiedad, el Notario deberá cuidar escrupulosamente que tal derecho se encuentre inscrito en dicha oficina a nombre de quien pretende transmitirlo. Caso de excepción sería cuando se tratase de un derecho que no necesita de inscribirse en el Registro Público de la Propiedad, verbigracia un poder para pleitos y cobranzas, en el cual cabría advertir, que si ya fue declarada la nulidad, la anotación que hiciera el notario en su protocolo, sería consecuencia inmediata de la sentencia que declaró la nulidad, a igual que cancela una inscripción el Encargado del Registro Público de la Propiedad, en la forma y términos que señala la tesis y sin necesidad de demandar al encargado de esa oficina para que haga la cancelación.

La tesis jurisprudencial que se transcribe, señala que no es necesario que se entable demanda de nulidad o cancelación de la inscripción en el Registro Público de la Propiedad, cuando se impugne el dominio de inmuebles y podría agregar que tampoco es necesario que se entable demanda de nulidad o cancelación de la inscripción relativa cuando se trate de limitaciones de dominio o gravámenes cuya nulidad se persigue. Por analogía, tampoco se debe de mandar al Notario cuando se demande la cancelación de una escritura, porque es consecuencia necesaria e inmediata del ejercicio de la acción de nulidad y el Notario no tiene interés jurídico alguno en la sobrevivencia de tal escritura.

A todas las consideraciones antes mencionadas, cabe recalcar y reiterar que si hay defecto en la forma, el Notario será responsable y entonces sí deberá ser oído y vencido en juicio; pero nunca cuando la nulidad provenga de causas extrañas a la función notarial.

Derecho extranjero

En España el artículo 178 del Reglamento de la Organización y Régimen del Notariado, en concordancia con el artículo 1219 del Código Civil, prohíbe, en la misma forma que lo hacen las leyes mexicanas, la modificación por simple razón en nota. Al efecto reproduzco a continuación los artículos citados.

Reglamento de la Organización y Régimen del Notariado. Artículo 178 "Se hará constar al final o al margen de la escritura matriz, por medio de nota, que deberá ser transcrita en cuantas copias de cualquier clase sean libradas en lo sucesivo:

Primero. La escritura o escrituras por las cuales se cancelen, rescindan, modifiquen, revoquen, anulen o queden sin efecto otras anteriores, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 1219 del Código Civil. Segundo... Tercero... Cuarto...

El Notario que autorice alguna de las escrituras comprendidas en los tres primeros números anteriores lo comunicará por medio de oficio al Notario en cuyo poder se encuentre esta matriz, quien lo hará constar al margen por nota indicativa de la fecha de la segunda escritura y el nombre y residencia del Notario autorizante... Si la primitiva matriz obrase en el mismo protocolo del Notario autorizante del último documento, él mismo pondrá la nota".

En el Código Civil Español, en el artículo 1219, textualmente dice:

Las escrituras hechas para desvirtuar otra escritura anterior entre los mismos interesados, sólo producirán efectos contra terceros cuando el contenido de aquellas hubiese sido anotado en el Registro Público competente o al margen de la escritura matriz y el traslado o copia en cuya virtud se hubiera procedido el tercero.

De lo anterior se desprende que la legislación española también exige para modificar una escritura, el otorgamiento de otra nueva y no autoriza en forma alguna la modificación por el sistema de nota.

En Argentina se sigue el mismo sistema anotado para México y España. El Código Civil en su artículo 996 a la letra dice:

El contenido de un instrumento público puede ser modificado o quedar sin efecto alguno por un contra-instrumento público o privado que los interesados otorguen; pero el contra-documento privado no tendrá ningún efecto contra los sucesores a título singular, ni tampoco lo tendrá la contra-escritura pública, si su contenido no está anotado en la escritura matriz y en la copia por la cual hubiese obrado el tercero.

Además el artículo 1184 del mismo Código Argentino ordena que deben ser hechos en escritura pública, bajo pena de nulidad:

10) Todos los actos que sean accesorios de contratos redactados en escritura pública.

La codificación del Código Civil Argentino y Leyes complementarias, anotados y comentados por " OMEBA", Editorial Bibliográfica Argentina, S. de R.L. Buenos Aires, Argentina, señala como antecedentes del artículo 996, antes transcrito, el Código Francés, en su artículo 1321; el proyecto Coyena, en el 1214; el Código Italiano, en el 1319.

Doctrina jurídica de las notas

Tanto las leyes notariales mexicanas como extranjeras, hablan de las notas al pie o al calce del instrumento público, pero hasta la fecha, lo único que he podido encontrar de doctrina jurídica sobre: Qué es y en qué consiste una nota en un instrumento público, es lo que señala Enrique Jiménez-Arnau en su libro Derecho Notarial, pp. 820 a 824, el cual, citando a otros autores señala que las notas son: declaraciones oficiales del notario, constatadas en la matriz principal, relativas a actos de los interesados en ella, de publicidad o exhibición, o al cumplimiento de deberes reglamentarios. Estas notas, sigue diciendo el autor citado, tienen el elemento común, que es su accesoriedad. Que la nota es instrumento público o documento notarial en sentido estricto y que no debe confundirse con otros documentos notariales (índices, oficios, partes) que no son instrumentos. Estas notas no pueden existir sin un documento principal al que hacen referencia.

De todo lo anterior se desprende, en primer término, que para modificar una escritura, solamente se puede hacer, otorgando otra nueva escritura y de ninguna manera por la simple anotación en nota al margen o al pie de la misma.

Podrá argüirse que el término que utiliza el artículo 35, Fracción XI de la Ley del Notariado del Estado de Jalisco, sus similares en los Estados de la República y en las legislaciones extranjeras antes citadas, al referirse a "simple razón", no es aplicable a una sentencia ejecutoria dictada por una autoridad judicial, pero el Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia en su vigésima primera edición del año de 1992, señala que razón es: (cuarta acepción) "Argumento o demostración que se aduce en apoyo de alguna cosa- (quinta acepción) Motivo o causa.(séptima acepción) Justicia, rectitud en las operaciones o derecho para ejecutarlas". De lo anterior concluyo que la nota al calce al margen, aunque se apoye en una sentencia de cualquier tribunal, no es más que una simple razón y por tanto el cancelar una escritura con una nota protocolar, que tiene como fundamento una sentencia es una "simple razón".

De las nulidades del instrumento público

Señala Carlos A. Pelo si en su libro El Documento Notarial

Que si existen vicios en la formación del documento notarial, referentes al autor o por defectos de forma, la acción que cuadra es la de nulidad; pero si existe mutación de la verdad habrá lugar a la falsedad y que en el documento notarial existen nulidades de fondo que afectan directamente al acto y formales, por virtud de un vicio del documento que proyecta sus consecuencias en el mismo documento y de modo indirecto al acto.

Es ampliamente conocido en el Derecho Notarial que existe una división del instrumento notarial que separa las escrituras y las actas.

¿Cuáles son Actas y cuáles Escrituras?:

1. El instrumento que contenga declaraciones que no sean de voluntad, aunque en su autorización hayan podido cumplirse todas las formalidades de la escritura, no será escritura, porque ésta por definición, ha de contener declaraciones negócias. En estos casos el Instrumento se llama, en buen lenguaje notarial:

Acta.

2. El instrumento que contenga declaraciones de voluntad sólo será escritura cuando se hayan cumplido todas las formalidades exigidas por la legislación notarial.

3. El instrumento calificado como acta por el Notario, si contiene declaraciones de voluntad y se observaron todas las formalidades de la escritura, deberá ser nominado como Escritura Pública.

4. El legislador civil habrá de sujetarse a la legislación notarial al exigir la forma notarial.

Las cuatro últimas diferencias, antes señaladas entre acta y escritura son de Enrique Jiménez-Arnau en su libro Derecho Notarial, Ediciones Universidad de Navarra, S.A., Pamplona 1976, p. 411, con algunas pequeñas variaciones hechas por el suscrito.

Siguiendo al mismo autor antes señalado, una escritura que contiene un contrato, tiene dos aspectos: uno, el de la realidad, los hechos narrados por el Notario; otro el de la legalidad. El Contrato, quedará ajustarse a la ley, puede fracasar si se le impugna por falsedad y triunfar la impugnación en el segundo aspecto: la nulidad. Pero la nulidad (compatible con la veracidad porque el instrumento nulo puede ser, sin embargo, exacto, fiel y verdadero en los hechos que narra) tiene dos fuentes distintas que dan origen a dos clases o categorías: la ineficacia del instrumento puede proceder de que sea nulo el negocio jurídico que es el contenido del documento (nulidad de fondo, negocial o de contenido); o bien puede derivar de que a la confección, redacción o autorización del documento le

falte alguno de los requisitos esenciales que la ley establece como presupuesto de validez del instrumento y a esta última se le llama nulidad formal o documental. (Jiménez-Arnau, op. cit. p. 51 Y ss.)

El documento falso por defecto de forma puede producirse sin ánimo doloso y estaremos entonces en presencia de un ilícito civil que hace responsable al Notario por su impericia o negligencia. Pero también puede producirse por mala fe y entonces entra dentro del campo del Derecho Penal. En ambos casos el Notario quedará obligado al pago de los daños y perjuicios que ocasione.

En los casos de nulidad por declaraciones de voluntad propia de las partes, en las que el Notario no haya intervenido, como generalmente no interviene, sino que solamente redacta, queda fuera de cualquier clase de responsabilidad tanto civil como penal.

Carlos Nicolás Gattari en su Manual de Derecho Notarial.

Ediciones de Palma.- Buenos Aires.- 1988, p. 249, señala que en la XXVI Jornada Notarial Bonaerense de 1978 se llegó a las siguientes conclusiones:

1. El notario es el profesional del derecho investigado por el Estado para el ejercicio de la fundación pública notarial. 2. La responsabilidad notarial es aquella en la que incurre el notario por incumplimiento de las obligaciones que le impone el ejercicio de su función. 3. Habrá responsabilidad civil cuando el notario, faltando a los deberes propios de su actividad, incumpliere obligaciones que tengan origen convencional o legal por acción u omisión, culposa o dolosa, productora de un daño que le sea imputable según las reglas de la casualidad.

Supongo desde luego, que los lectores de este artículo, conocen a la perfección en qué consiste la legitimación a la causa, pero para evitar olvidos involuntarios, cabe recalcar nociones aprendidas con anterioridad.

En un proceso litigioso, deben las partes estar legitimadas a la causa y legitimadas al proceso.

Están legitimadas en la causa las personas que jurídica y directamente van a ser afectadas en sus derechos por la sentencia (*legitimatío ad causam*).

Para que el juez provea en sentido favorable al solicitante, no basta que la demanda le sea propuesta por una persona cualquiera, sino que es necesaria que le sea presentada por aquella persona que la ley considera como particularmente idónea para estimular en aquel caso concreto la función jurisdiccional. Para poder obtener del juez una providencia que condene al obligado, no basta que exista objetivamente el incumplimiento de la obligación, sino que es necesario que la demanda sea propuesta por el acreedor no satisfecho en contradicción con el deudor incumplido, que en el actor coincida la cualidad de acreedor y la de deudor

en el demandado.

La legitimación procesal (*legitimatio ad procesum*) es la facultad de poder actuar en el proceso, como actor, como demandado o como tercero o representando a éstos; la cual debe distinguirse claramente de la capacidad jurídica. La capacidad, en general es una cualidad de la persona que presupone determinadas facultades o atributos, mientras que la legitimación es la situación de la persona con respecto al acto o a la relación jurídica.

La anterior división de legitimación al proceso y legitimación a la causa, está tomada del Diccionario de Derecho Procesal Civil de

Eduardo Pallares, que sigue, por lo que se refiere a la legitimación a la causa al jurista Calamandrei.

Aquí hay una cuestión que me inquieta. ¿Está el notario legitimado a la causa, en su calidad de demandado, si sus derechos no van a ser afectados por la sentencia? Al notario, en el caso de nulidad por vicios de las cláusulas contractuales, no le beneficia, ni le perjudica la declaración de nulidad que haga el tribunal, puesto que no afecta sus derechos. Es más, me atrevo a decir que ni siquiera puede intervenir en el proceso, alegando que no existieron vicios en las cláusulas contractuales, puesto que estaría arguyendo en favor de una de las partes y el notario debe ser absolutamente imparcial, según lo dispone la Fracción V del artículo 35 de la Ley del Notariado del Estado de Jalisco que tiene sus correlativos en todas las legislaciones notariales que conozco.

Entre los principios básicos del proceso, cita Humberto Cuenca, jurista venezolano, en su libro *Derecho Procesal Civil*, Tomo J, segunda edición, p. 256, El Principio de Contradicción, que consiste en el choque de intereses y que éste se refleje en el curso del proceso en forma contradictoria, que haya antítesis de las pretensiones para que provoque la controversia. Vuelvo a preguntarme, si en aquéllos casos de vicios de voluntad contractual, el notario podrá entrar en controversia con alguna de las partes, ya que su deber es el de la imparcialidad y al entrar en controversia litigiosa con alguna de las partes, lógicamente estará beneficiando a la contraria.

Hugo Alcina en su *Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial*, volumen primero, Tomo primero, editado por Librería Carrillo Hnos. e Impresores, S.A., p. 227, señala que "para intentar una acción, así como para contradecirla, es necesario tener interés, porque sólo con esa condición se pone en juego la actividad jurisdiccional: los jueces no hacen declaraciones abstractas". De nueva cuenta cabe preguntarse si el notario tiene interés en que se declare válida o nula una escritura, en la que el defecto está en los vicios de las cláusulas contractuales que las partes propusieron y que el notario solamente redactó. Desde luego que la contestación será que el notario no tiene ningún interés en tal declaración.

En cada una de las demandas que han sido presentadas en mi contra, por vicios en las cláusulas contractuales, imputables a las partes y que han sido redactadas por el suscrito, siempre indico que no tengo interés alguno en la litis y que cumpliré con la sentencia que dicte el juez, sin que esto me cause agravio alguno. Creo, que excepto los casos en que se señala que el notario actuó con negligencia, impericia o mala fe, el notario no puede ni debe tener interés en que la sentencia de un juicio que verse sobre su escritura, se produzca en la forma que crea conveniente la autoridad jurisdiccional.

En todo instrumento notarial existe el fondo y la forma; la forma es responsabilidad exclusiva del Notario, quien si ha actuado con torpeza, impericia o negligencia, debe ser responsable de los daños y perjuicios causados. Pero si la falla está en el fondo del negocio, si hubo una simulación de las partes, bien sea de buena o mala fe, que el Notario no tuvo posibilidad para conocer, no podrá ser responsable de daño o perjuicio alguno, puesto que no son imputables a su ejercicio los defectos internos de las declaraciones contractuales de las partes.

La fe notarial nunca puede penetrar en la voluntad interna de las partes, únicamente conoce y penetra la voluntad declarada que puede ser o insincera o incompleta. Esta falla no afecta la verdad o falsedad de los hechos, pero si puede acarrear la invalidez o nulidad de los negocios. El documento autorizado por el Notario acredita perfectamente el hecho de que se formularon las declaraciones, y en tanto que éstas no sean impugnadas, se deben de tener por sinceras y válidas. La sinceridad de las declaraciones contractuales de las partes no es requisito para la validez del negocio jurídico; la reserva mental es inoperante. Las ideas anteriores las expone Rafael Núñez Lagos en artículo publicado "Falsedad civil en documento público" en el Tomo IX de los Anales de la Academia Matritense del Notariado. Madrid. Editorial Reus, 1957.

En los casos de Acta Notarial, en que el notario solamente da fe de lo que percibió por sus sentidos, puede existir la falsedad de lo percibido por el fedatario y en consecuencia ser contraria, tal Acta, a la verdad. En estos casos el notario deberá ser responsable de los daños y perjuicios causados por su falta de veracidad e inclusive caer en responsabilidad penal, según lo señala el artículo 165, Fracción VII, del Código Penal vigente en el Estado. Además, si al redactar una Escritura Pública, cambia la convención celebrada en otra diversa, que varíe las declaraciones o las disposiciones de los otorgantes, las obligaciones que se propusieron contraer o los derechos que debieron adquirir y estas variaciones quedan inadvertidas para el que pueda resultar perjudicado con ellas, también será el notario responsable civil y penalmente.

Por lo anteriormente expuesto, cabe señalar que la posibilidad de que el Notario Público autorizante de la escritura que llegase a ser declarada nula, pueda ser demandado, existe en algunos casos y en otros no es jurídicamente procedente que se le demande, por no tener, el fedatario autorizante, legitimación pasiva en la causa.

Por esto, formulo las siguientes:

Consecuencias

El notario solamente puede y debe ser demandado, para que le perjudique la sentencia, en los casos que haya actuado con impericia, negligencia o mala fe. Únicos casos en que tiene interés jurídico en la litis, ya que de la misma se puede desprender una sentencia que lo condene a pagar daños y perjuicios.

El notario carece de legitimación pasiva a la causa, cuando la nulidad de la escritura provenga de vicios internos en las declaraciones de las partes, que el notario no haya conocido.

Si el Notario conoció los vicios internos de lo declarado por las partes y no se los hizo saber, incurrirá en responsabilidad, ya que es su obligación advertirles a quienes ante él comparecen, de las consecuencias legales de sus declaraciones de voluntad. (Art. 20. de la Ley del Notariado del Estado de Jalisco). En este caso sí podría ser demandado por falta de cumplimiento a sus deberes.

Quien demande la nulidad y por tanto la cancelación de una escritura, deberá hacerlo pidiendo, el otorgamiento de una nueva escritura en que se cancela la original y que ésta sea anotada en la forma que marca la Ley del Notariado del Estado de Jalisco y sus correlativas de los diferentes Estados de la República, cuando en ellos se hubiere otorgado la escritura que sea declarada falsa o nula.

Los jueces que declaren la nulidad de una escritura, por defecto en la forma o en los vicios propios del contrato, no están facultados para ordenar al notario que cancele una escritura, sino que deben ordenar el otorgamiento de una nueva escritura, que deje sin efectos la primera y que se anote ésta en forma marginal o al pie de la misma.

Una Acta Notarial, en la que únicamente se redacta lo percibido por los sentidos del notario, debe ser atacada por una acción de falsedad, ya que la nulidad corresponde únicamente a las declaraciones de voluntad de las partes. De igual manera, si lo asentado en la escritura, no corresponde a lo percibido por el notario, la acción procedente también será la de falsedad.

BIBLIOGRAFÍA

Ley del Notariado del Estado de Jalisco. Revista del Colegio de Notarios de Jalisco, núm. 11, 1995. Publicada en el periódico oficial en El Estado de Jalisco, Guadalajara, 7 de enero de 1995 y que entró en vigor a los 15 días de su publicación.

Pelosi, Carlos A. El Documento Notarial. la reimpresión. Buenos Aires: Editorial

Astrea de Alfredo y Ricardo de Palma, S.R.L., 1987.

Carlos Nicolás Gattari. Manual de Derecho Notarial. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1988.

Núñez Lagos, Rafael. "Falsedad Civil en Documento Público". Anales de la Academia Matritense del Notariado. Tomo IX. Madrid. Editorial Reus, 1957.

Código Civil y Leyes Complementarias anotados y comentados "OMEBA". Bibliográfica Omeba. Buenos Aires, Legislación Notarial. Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España.- Madrid 1985.

Enrique Giménez Arnau. Derecho Notarial. Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra, 1976.

Código Civil Español. Quinta Edición. Madrid. Editorial Tecnos, septiembre, 1986. "Leyes notariales de los estados". Revista de Derecho Notarial. México. Asociación Nacional del Notariado Mexicano, A.e. Edición Especial, enero, 1981.

Revista Colegio de Notarios de Jalisco. Compilación de Jurisprudencia en materia notarial (Lic. Alberto García Ruvalcaba). Extraordinario 1995.

Legislación Notarial. Madrid. Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España. 1985.

Ley 12990, Reguladora de la Función Notarial, sus modificaciones y normas reglamentarias, Colegio de Escribanos, Capital Federal, República de Argentina. 1986.

Martínez Segovia, Franciso. Función Notarial. Buenos Aires. Ediciones Jurídico Europa-América, 1961.

Diccionario de la Lengua Española. Madrid: Real Academia Española, 1992. Alcina, Hugo. Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial Guadalajara: Librería Carrillo Hnos. e Impresores, 1984.

Cuenca, Humberto. Derecho Procesal Civil. Caracas. Universidad Centra] de Venezuela. Ediciones de la Biblioteca, 1969.

Paliars, Eduardo. Diccionario de Derecho Procesal Civil. México. Editorial Porrúa. 1956.