

DE LA NULIDAD DE LOS ACTOS JURIDICOS

2ª PARTE *

Por

JOSE MARIA LOPEZ OLACIREGUI

Profesor Titular de Derecho Civil I

V. — COMO SE LLEGA AL ESTADO DE NULIDAD. PROBLEMAS DE DECLARACIÓN

22. — Planteo

En los capítulos anteriores hemos visto que la nulidad es una calificación invalidante que pesa sobre ciertos actos jurídicos en razón de defectos esenciales constitutivos de que adolecen.

Ahora bien: esa posibilidad de ser invalidado el acto por causa de sus defectos tiene ella misma un proceso de realización que se desenvuelve en varios pasos, de modo que mientras la invalidación no se produzca efectivamente la calificación de nulidad designa una mera posibilidad o eventualidad: ese acto es de momento defectuoso y por serlo está expuesto —en grado de irremisibilidad mayor o menor— a ser invalidado; es decir, según expresión grata a algunos autores es un acto enfermo de dolencia que puede serle mortal. Presentadas así las cosas vamos ahora a ver cómo puede llegar a realizarse esa nulidad latente por activación de la eficacia destructora del defecto, es decir, vamos a ver cómo se pasa de la nulidad potencial a la anulación efectiva.

23. De la nulidad latente a la nulidad efectiva

Por de pronto es necesario insistir en algo que ya hemos señalado en el N° 15: el acto defectuoso no es automáticamente un acto inválido, sino un acto susceptible de ser invalidado, posibilidad que para realizarse requerirá determinada actividad jurídica de las partes y en su caso de la justicia.

Necesidad de una "declaración" que dé estado a la nulidad

Siguiendo siempre con el argumento de que la nulidad es la versión negativa del acto, queda claro:

(*) La primera parte se publicó en LECCIONES Y ENSAYOS N° 17.

Que si el acto para llegar a existir como realidad jurídica y para ser oponible como tal a terceros había requerido una voluntad interna constitutiva y una declaración que la exteriorizara, corresponde admitir que para que la nulidad (negación del acto) tenga vigencia, es decir, para que la ineficacia del acto constituya una realidad jurídica entre las partes y respecto de terceros se requiere:

- a) Una voluntad destructora del acto.
- b) Una declaración que la exteriorice.

Más brevemente: si para constituirse el acto fué necesaria una ACTIVIDAD DE OTORGAMIENTO, para desaparecer el acto será menester una ACTIVIDAD DE ANIQUILAMIENTO, que se hará efectiva mediante una DECLARACION DE NULIDAD. Para dejar privada de efectos a la inicial declaración constitutiva y a la realidad jurídica por ella engendrada, se requerirá una declaración aniquilante de dicha realidad.

Al otorgamiento lo dejará sin efecto un contra-otorgamiento del acto por la forma de una declaración de su nulidad.

Naturaleza: la declaración comporta un acto jurídico comprendido en la definición del Art. 944

La declaración que invalida el acto viciado constituye ella misma un acto jurídico incluido en la definición del art. 944 del código. En dicha definición, en efecto, se menciona entre los fines posibles de los actos jurídicos, los de "crear... aniquilar derechos y obligaciones". El acto declarativo de una nulidad es un acto jurídico dirigido a aniquilar un derecho en razón de vicios de que padecía el acto jurídico que lo generó.

No obsta al carácter de acto jurídico el hecho de que a veces la declaración deba ser judicial (sentencia de nulidad) porque la teoría del acto jurídico comprende toda clase de actos humanos voluntarios, inclusive los actos de los jueces. Esa amplitud de contenido constituye el mérito principal de la generalización que Vélez Sarsfield tomó de Freitas y cuyo alcance explica en la nota al art. 896 y a la sección segunda del libro segundo; se habla allí de la necesidad de una teoría general del acto voluntario que comprenda los diversos asuntos del código civil "del código de comercio o del código de procedimientos..." y se alude a "actos jurídicos que no son contratos ni testamentos, como ocurre con las relaciones de familia o como los actos de procedimientos en los juicios...".

Voluntad que puede producir esa declaración

Para que el acto invalidatorio pueda producir el aniquilamiento del acto viciado, deberá emanar de una voluntad jurídica con potestad suficiente para surtir ese efecto.

Los casos que pueden presentarse son varios:

A) Actos jurídicos bilaterales: en principio podrán ser invalidados por declaración de voluntad de los mismos otorgantes, pero si hubieran sido fundamento para la constitución de derechos a favor de terceros no se los podrá invalidar sin la conformidad de estos. En los casos en que los otorgantes no se pusieran de acuerdo o los terceros no se avinieran a la invalidación, sólo la voluntad superior de la justicia podría declarar que la existencia del defecto inicial constitutivo determina la ineficacia del acto.

B) Actos unilaterales: la situación es igual. Si el acto engendrará derechos a favor de otros sujetos no podría el otorgante dejarlo sin efecto con sólo declarar la existencia de vicios esenciales.

Das formas de declaración: judicial y extrajudicial

De lo dicho en el punto anterior surge que existirían dos formas de declaración de nulidad: la judicial y la extrajudicial. El acto otorgado con defectos esenciales por la voluntad privada de sujetos de derecho puede quedar invalidado en virtud de esos defectos, por el reconocimiento que de ellos efectúan los propios otorgantes del acto, o por declaración judicial de esa fuerza invalidatoria del defecto.

Distinción tradicional que el código recoge

Sobre la necesidad de que la declaración sea judicial existe una distinción tradicional, que el código ha recogido, según la cual habría:

- a) Nulidades de pleno derecho, que no requieren sentencia invalidatoria del acto.
- b) Nulidades dependientes de sentencia.

Esta distinción es la que nuestro código presenta entre actos NULOS y actos ANULABLES, y se pone de manifiesto comparando el artículo 1635 (los actos nulos se reputan tales aunque su nulidad no haya sido juzgada) y el 1645 (los actos anulables se reputan válidos mientras no sean anulados).

Cómo esa distinción no es en la práctica tan categórica

En la realidad esta diferenciación no se produce en forma tan terminante porque en una serie de casos ocurre que aún los actos nulos pueden requerir que la declaración de su nulidad se haga judicialmente.

Por de pronto: el acto nulo es aquél que adolece de determinados defectos, pero si las partes no se ponen de acuerdo sobre ese defecto, por muy manifiesto que éste sea, será necesario recurrir a la justicia para que certifique esa existencia y dé estado obligatorio a las consecuencias que de ella se siguen. Es un principio general que nadie puede hacerse justicia por propia mano.

En otros casos la declaración judicial se hará necesaria por el hecho de que la parte interesada en la vigencia del acto exige su cumplimiento: por ej. si en el caso de una venta hecha por un menor adulto (acto nulo según el art. 1042) el comprador demandara la entrega de la finca. El menor, o su representante, por muy nulo que sea el acto, no podrán evitar ese planteo judicial, y deberán oponer una excepción de nulidad que en definitiva dará lugar a una sentencia. De no hacerlo se verían expuestos a que el acto tuviera vigencia, pues como se trata de una nulidad relativa el juez no podría declarar de oficio, y el no ejercicio judicial de la defensa de nulidad importaría una forma de confirmar el acto.

Otro caso en que se hace necesaria la declaración judicial, aún en supuestos de actos nulos, se presenta cuando no sólo es necesario pronunciar una mera declaración sino que es necesario destruir un determinado estado jurídico al que el acto ha dado lugar, por ej. si es necesario invalidar un instrumento, o una inscripción, o es necesario obtener una restitución etc. Supongamos que un menor ha vendido una finca y la ha escriturado y entregado. En tal supuesto, el planteo de la nulidad no sólo requerirá que se declare la invalidez del acto substancial sino también que se anule la escritura otorgada en el protocolo del escribano, que se deje sin efecto la inscripción en el Registro de la Propiedad y que se restituya la finca al representante del menor que la vendió o a éste mismo si ya ha llegado a la mayoría de edad. Pues bien: para todos estos efectos no puede ser suficiente una mera declaración impugnativa del acto, sino que el menor o su representante se verán en la necesidad de promover una acción judicial en la cual el Juez dispondrá la nulidad de la escritura, ordenará al Registro la cancelación de la inscripción y adoptará las medidas necesarias para que se haga efectiva la restitución del bien. Es decir: la producción de todos esos efectos requiere declaración judicial aunque se tratara de actos que el artículo 1038 reputa "nulos aunque su nulidad no haya sido juzgada".

24. La "declaración de nulidad" y sus dos momentos, impugnación y declaración propiamente dicha.

El camino que sigue la actividad de contra-otorgamiento del acto que la nulidad presupone, se integra con dos momentos:

- a) La impugnación del acto en virtud de sus defectos.
- b) La declaración de la invalidez a la que se llega a raíz de esa declaración.

Repetimos lo ya dicho anteriormente: el defecto no hace al acto inválido en forma automática sino que lo hace "impugnabile", es decir, abre lo que Japiot llama un "derecho de crítica". La impugnabilidad debe concretarse en una impugnación y la impugnación podrá dar lugar a una declaración.

La impugnación —sea ella judicial o extrajudicial según los casos— es menester en todos los supuestos, sean actos nulos o anulables, porque el hecho de que conforme al art. 1038 en los primeros no sea necesario que la nulidad sea juzgada, tal circunstancia (que por otra parte no es tampoco tan categórica) no significa que la nulidad no deba ser invocada.

La invocación es necesaria aún en los casos en que no lo sea el juzgamiento, y esa invocación constituye el momento de impugnación a que nos estamos refiriendo.

25. Algunos problemas relacionados con la impugnación y declaración de nulidad.

Pasemos a considerar algunos problemas relacionados con el proceso a través del cual se llega a la invalidación del acto.

Titularidad del derecho de impugnación

Si la nulidad es absoluta cualquier interesado o el Ministerio Público tienen la facultad de impugnar el acto (art. 1047). Si es relativa sólo tiene esa facultad la persona a la que la ley se la asigna con fines de protección, y si el sujeto capaz no puede pedir la declaración de nulidad invocando la incapacidad de la otra parte ni tampoco puede hacerlo invocando el error quien no lo padeció o invocando el dolo o la violencia quienes los provocaron (arts. 1048/49, 1158 y 1164).

Es independiente de la calidad de parte

Lo dicho demuestra que la potestad de impugnación no es una facultad accesoria a la calidad de parte otorgante del acto: se puede ser parte sin tener la potestad de denunciar sus vicios (caso de la persona capaz que contrata con un incapaz) y se los puede denunciar sin ser parte (cualquier interesado o el Ministerio Público en los casos de nulidades absolutas).

Naturaleza jurídica

El derecho de impugnar es una facultad potestativa. Se lo puede ejercitar o dejar de ejercitar; en determinados casos (nulidades relativas) se lo puede renunciar expresa o tácitamente. En los mismos casos se extingue por prescripción. Ese derecho se ejerce por medio de un acto unilateral de denuncia que por sí solo no surte otro efecto que el de dejar formulado un planteo o pretensión.

Las dos formas de la impugnación y declaración

a) Impugnación privada.

La impugnación y la declaración según ya hemos visto pueden ser deducidas privada o judicialmente. Aunque lo habitual sea lo segundo porque las partes no suelen ponerse de acuerdo en estos casos en que se discute la existencia de vicios, nada impediría que en ciertas situaciones se llegara a una declaración de nulidad por acto privado.

En efecto: si ante la denuncia de una de las partes la otra se allanara a reconocer la existencia del vicio y por consiguiente la invalidez del acto se habría configurado un acuerdo bilateral con todos los efectos propios a las declaraciones de nulidad: no se trataría simplemente de disolver el convenio para el futuro o de rescindirlo sino que se trataría de una aniquilación retroactiva que partiría todos los efectos propios de las nulidades (ver art. 1380 del Código Civil).

El acuerdo invalidatorio tendría pleno efecto entre las partes. Respecto de los terceros les sería oponible en las mismas condiciones en que son oponibles los actos privados. En consecuencia: a) si el que adquirió un derecho reconociera la invalidez del acto por el que lo adquirió, ese derecho se tendría como si nunca hubiera ingresado a su patrimonio. Nada podrían objetar los acreedores de esa persona salvo que arguyesen que el reconocimiento fue otorgado fraudulentamente y para perjudicarlos. b) Si el que adquirió ese derecho ya lo hubiera transmitido a otros, o si otros hubieran constituido derechos sobre él en el tiempo intermedio, el reconocimiento de la invalidez emanado del adquirente no podría perjudicar los derechos de esos otros sujetos sin la conformidad de ellos.

b) Impugnación y declaración judicial. Acciones y excepciones de nulidad.

Si las partes no se pusieran de acuerdo sobre la existencia de los defectos del acto, su diferendo —como cualquier otro— deberá ser sometido a la justicia para que lo decida.

La impugnación judicial puede tener lugar por dos formas: por vía de acción o por vía de excepción. Ocurre lo primero cuando el impugnante toma la iniciativa de requerir la declaración judicial de nulidad; ocurre lo segundo cuando esa persona deduce la impugnación a título de defensa al tiempo en que la contraria le exige judicialmente el cumplimiento del acto.

El impugnante debe ejercer necesariamente la acción en aquellos casos en que tenga necesidad de colaboración de la justicia para obtener el resultado económico que la nulidad comportará (por ej. el vendedor de una cosa que ya la ha entregado y que pretende recuperarla, o aquel que pretende se anule una escritura que ya ha otorgado). En caso contrario podrá conservar su derecho de impugnación para ejercerlo como excepción defensiva cuando sea la otra

parte la que lleve el caso a la justicia con el fin de obtener la ejecución de las obligaciones surgidas del acto viciado.

La acción de nulidad, en cuanto potestad jurídica, tiene una vida propia e independiente. En especial esa acción puede extinguirse por prescripción en los casos de nulidades relativas, con lo cual aunque el acto conserve siempre el defecto inicial con que se lo otorgó, la otra parte, invocando la prescripción podrá oponerse a que judicialmente se declare la invalidez que correspondería como consecuencia del defecto. El Código legisla en los artículos 4030 y 4031 diversos casos de prescripción de acciones. Se considera que las acciones dirigidas a la declaración de una nulidad absoluta son imprescriptibles. Se discute si las reglas de la prescripción alcanzan a la nulidad deducida como excepción en la misma forma en que alcanzan a la nulidad ejercida como acción: un viejo aforismo romano se opondría a ello (*quae temporalia sunt ad agendum, perpetua sunt ad excipiendum*). El punto, en realidad corresponde al curso de Obligaciones (puede verse: Salvat, Obligaciones, N° 2053 y 2218. Llamadas, Efectos de la nulidad § 20). La prescripción de la acción de nulidad comporta una forma indirecta de llegar a la convalidación del acto viciado.

Promovida la acción judicial el litigio se desenvolverá conforme a las disposiciones de los códigos procesales.

El trámite del litigio variará según el tipo del defecto de que se trate, y variará también el carácter que en uno y otro caso inviste la sentencia. Si el vicio requiere la investigación de hechos (actos anulables o nulidades no manifiestas a que nos hemos referido en el N° 20) corresponderá el trámite del juicio ordinario: demanda, contestación, prueba, sentencia. La sentencia dará cuenta de que el vicio existe y de que tiene la entidad suficiente para operar el efecto invalidatorio. En cierto modo será la sentencia la que constituya la nulidad, y por eso se dice de estas sentencias que son "constitutivas" y de estas nulidades "que dependen de juzgamiento".

Tratándose de aquellos vicios manifiestos, fijos e indiscutibles el trámite podrá ser sumario y de mera comprobación: cumplidos los requisitos mínimos para dar oportunidad de defensa de sus derechos a la otra parte, el juez declarará la existencia del vicio. Se dice entonces que las sentencias son "declarativas" y que las nulidades son "de pleno derecho" o "no dependientes de juzgamiento". Esto último debe ser entendido sin embargo admitiendo que en caso de no allanarse la otra parte a admitir la existencia del vicio siempre será necesaria una sentencia que declare esa existencia, pues a nadie es dado hacerse justicia por mano propia ni imponer a otro sujeto sus propias conclusiones.

Según algunos la declaración judicial de nulidad produce efectos más amplios cuando se trata de vicios manifiestos, existentes como tales desde un principio y respecto de los cuales el Juez se limita a comprobar su existencia, que cuando se trata de fallas que

sólo tienen carácter de vicios tras el análisis y decisión judicial que los configura como tales. El problema está cifrado en torno al art. 1046 del código según el cual "los actos anulables se reputan válidos mientras no sean anulados..." (Ver sobre este punto, infra N° 29).

VI. — COMO LA NULIDAD DECLARADA SE PONE EN ACCIÓN. EL PROBLEMA DE LOS EFECTOS

28. Fundamento y alcance. La nulidad como invalidación total.

Siguiendo el desarrollo de una idea a través de los sucesivos pasos implicados en el proceso de la nulidad hemos visto como el defecto hace al acto impugnabile, y cómo la impugnación puede conducir a una declaración judicial o extrajudicial de nulidad. Nos interesa ver ahora lo que pasa después que ha tenido lugar esa declaración.

Todo lo relativo a la producción de los efectos ulteriores de la declaración anulatoria se desenvuelve con congruente lógica sobre aquella línea de pensamiento marcada inicialmente al señalar que la teoría de la nulidad constituye un simple reverso o forma negativa de la teoría del acto jurídico. Las conclusiones a obtener no son sino consecuencias que están implícitas en ese punto de partida.

Si el acto jurídico por el hecho de suceder como tal y de estar consagrado por la ley crea la necesidad de que se produjera un determinado efecto de derecho (más concretamente: el efecto querido por las partes) y si la nulidad (en cuanto negación del acto jurídico) tiene la virtud de crear la necesidad jurídica de que no se produzcan los efectos propios del acto, va de suyo que la nulidad es una categoría jurídica tendida por la ley hacia la obtención (en la medida posible) del resultado consistente en volver las cosas al estado en que se encontraban antes que el acto se otorgase. No se trata solamente de que cesen en el futuro los efectos del acto: se trata de componer las cosas en forma que desaparezcan también sus efectos pasados, conclusión perfectamente lógica porque si el acto para ser tal debió haberse conformado a los requisitos legales, ha de admitirse que el acto que nunca cumplió tales requisitos nunca debió ser considerado acto y por tanto nunca debió producir efectos. Siendo esto así resultará que si de hecho produjo efectos que no debió producir los mismos resultan ahora carecer de causa por donde es ajustada a razón y justicia la posterior intervención reparadora de la legalidad deshaciendo lo que nunca debió ser hecho, y aniquilando consecuencias que fueron autorizadas en falso sobre la errónea creencia de que una realidad determinada había constituido un acto jurídico, creencia que el tiempo vino a desmentir.

Los efectos restitutivos propios a las declaraciones de nulidad vendrían así a estar emparentados con los efectos repetitivos

que se siguen a los casos de pagos sin causa. Algunos autores han señalado ese punto común de ambas teorías (ver: Gabba, *Nuove questioni di diritto civile*, I pág. 24; y Japiot, *Des nullités* pág. 384 y siguientes). Anulado el acto las prestaciones cumplidas resultarán haberlo sido por causa que ha cesado de existir (argum. art. 793).

En definitiva la regla correspondiente a los efectos propios de las declaraciones de nulidad podría expresarse con la siguiente fórmula: LA NULIDAD IMPORTA UNA INVALIDACION INTEGRAL DEL ACTO FUNDADA EN LA FALTA DE TODA CAUSA QUE PUEDA SERVIR DE SUSTENTO A LA PRODUCCION DE SU EFECTOS. Más brevemente: una invalidación integral por falta de causa.

Adviértase que este efecto aniquilativo es una cualidad sustancial a la figura nulidad, que se presenta en todos sus casos y tipos: tanto en el supuesto de nulidad absoluta como en el de nulidad relativa, tanto en el caso de actos nulos que no requieren declaración invalidante como en el de actos anulables que requieren tal declaración. La aniquilación del acto no es propiedad de un tipo determinado de nulidad, sino atributo común de cualquiera de los tipos. Una vez declaradas todas la nulidades producen los mismos efectos aún cuando en un tiempo anterior pudieran haber sido distintas las condiciones y formas en que se las llegó a declarar. (Sobre la tendencia que en nuestro derecho afirma ser distintos los efectos retroactivos de la declaración en los casos de actos nulos y en los casos de actos anulables, ver más adelante N° 31).

27. Proyección en el tiempo del efecto invalidatorio.

a) Los efectos futuros del acto.

El acto nulo o anulado no producirá efectos en el futuro precisamente porque la invalidación dispuesta lo priva de virtud o idoneidad para operar esas consecuencias.

Si al tiempo en que se pronuncia su nulidad el acto no se hubiera otorgado definitivamente, no corresponderá otorgarlo. Si se lo hubiera otorgado pero no se lo hubiera cumplido no corresponderá cumplirlo. Toda pretensión en ese sentido por parte de quien fuera acreedor según el acto carecerá de título precisamente porque la invalidación significó la ineficacia futura del acto.

b) Los efectos ya cumplidos. — Principio de la retroactividad.

Conforme a la razón que la fundamenta la declaración de nulidad aparece como necesariamente retroactiva. Esa retroactividad, según hemos visto, está en la esencia misma de la dialéctica que le sirve de estructura lógica: si se declara la invalidez porque el acto adoleció de vicios al tiempo en que se lo otorgaba (defectos constitutivos) de modo tal que la realidad que se consideró ser un acto jurídico no lo era, es razonable que los desplazamientos patríme-

niales o prestaciones cumplidas sobre la falsa creencia de aquella realidad mal interpretada, vengán a carecer de fundamento. En este punto —tal como señalábamos más arriba— la teoría de la nulidad llega casi a confundirse con la de repetición de pagos indebidos: desplazamientos patrimoniales realizados en el pasado dan lugar en uno y otro caso a restituciones por falta de presente soporte suficiente para fundar su justicia. La doctrina universal, por otra parte, consagra como un verdadero axioma el principio del efecto retroactivo de las declaraciones de nulidad (ver capítulo VII de este trabajo).

28. Aplicaciones del principio de retroactividad. Restituciones recíprocas entre partes.

Si al tiempo en que se pronuncia la nulidad el acto ya había sido definitivamente otorgado, corresponderá pronunciar la nulidad de los documentos instrumentales y en su caso de los registros, inscripciones, etc., que de ellos se hubieran hecho.

Si el acto no sólo había sido otorgado definitivamente sino que habían sido cumplidas por las partes total o parcialmente las prestaciones correspondientes al tiempo de su ejecución, tales prestaciones deberán ser restituidas. Así lo dispone expresamente el artículo 1052 del Código Civil.

Limitaciones prácticas a las restituciones recíprocas

A título de concesión práctica que no importa apartarse de la estrictez de los principios, el Código admite que puedan subsistir algunas prestaciones o desplazamientos sucedidos en el pasado en virtud de la eficacia que se atribuyó al acto. Se tiene en cuenta para esto la serie de complicaciones a que podría dar lugar la aplicación rígida del principio de la invalidación integral. Es con este alcance que el artículo 1053, limitando la regla del 1052, dispone: "Si el acto fuere bilateral y las obligaciones correlativas consistiesen ambas en sumas de dinero o en cosas productivas de frutos, no habrá lugar a la restitución respectiva de intereses o de frutos, sino desde el día de la demanda de nulidad. Los intereses y los frutos percibidos hasta esa época se compensan entre sí".

Cabe advertir que la regla es similar a la que en otros casos de restituciones limita el alcance de las que proceden (ver artículos 2423 y concs. relativos al poseedor de buena fe que debe devolver la cosa al dueño, etc.).

Otra limitación inspirada esta vez en fines de protección a determinados sujetos es la que consagra el art. 1165 del título de los contratos: "Declarada la nulidad de los contratos la parte incapaz para contratar no tendrá derecho para exigir la restitución de lo que hubiere dado o el reembolso de lo que hubiere pagado o gastado, salvo que probase que existe lo que dió, o que redundara en provecho manifiesto de la parte incapaz".

Estas limitaciones no hacen a la vigencia de los principios que fundan la nulidad: sólo responden a la aplicación de otros principios que se interfirieren con aquellos.

29. Aplicación del principio de la retroactividad a actos subrádicos otorgados con terceros.

El principio de la invalidación integral y retroactiva del acto anulado además de determinar entre las partes la restitución de todo cuanto entre ellas se hubieran entregado recíprocamente en cumplimiento del acto, tiene un nuevo campo de aplicación cuando una de esas partes hubiera dispuesto a favor de terceros de los derechos adquiridos en el acto que se anuló.

El principio lógico conforme al cual aquél acto no fué causa idónea para la adquisición tiene como consecuencia que el adquirente no fué en realidad tal (y por eso él debe restituir lo recibido), y el desarrollo subsiguiente de ese mismo principio lógico conduce a que si ese sujeto nunca adquirió el bien tampoco pudo nunca transmitirlo como lo hizo, por donde también esa ulterior transmisión viene a quedar falta de causa.

Los fundamentos de esta conclusión se enhebran en una serie de razones que son algo así como la espina dorsal de los códigos:

1) Nadie puede transmitir a otro algo que no tiene (regla del art.3270).

2) Nadie puede transmitir a otro una cosa o derecho en mejores condiciones que aquellas en que él los tiene (mismo artículo).

3) Un derecho que estaba afectado por un vicio en manos de un titular, sigue afectado por ese mismo vicio en las manos de cualquier adquirente (art. 3277) porque los actos de transferencia no importan la creación de derechos nuevos sino la simple transmisión de derechos anteriores.

4) Si a consecuencia de una nulidad resulta que no pudo haber tenido eficacia un acto que determinó transferencias de derechos, corresponde restituir lo entregado en transferencias que se operaron en la creencia de que ese acto tenía eficacia.

Por expansión lógica del principio esto no es exclusivo para la primera transferencia sino aplicable a la segunda, a la tercera, etcétera. Todas quedan sin efecto.

5) Por eso es un verdadero principio de derecho universal el de la invalidación retroactiva de los actos en casos de nulidad (ver capítulo VII de este trabajo).

6) Ese principio ha sido consagrado por el código en los artículos 1050 a 1053 tomados de Aubry y Rau que disponen:

- a) que las cosas vuelvan al estado anterior al acto (art. 1050);
- b) las restituciones entre las partes (art. 1052);
- c) la ineficacia de las transferencias a terceros en caso de inmuebles (art. 1051).

30. Inseguridad que se crea a las adquisiciones de terceros.

La posibilidad de que a raíz de la anulación de un acto se invaliden luego en cadena una serie de actos sucesivos crea, sin duda, un ambiente de inseguridad para las transacciones. Sin una persona vende una casa a otra por acto viciado de error esencial, y el comprador la vende luego a un tercer sujeto y éste a un cuarto, ocurrirá que obteniendo el vendedor primitivo la anulación judicial de la venta inicial, caerán en serie —por falta de soporte— todas las sucesivas, en forma que aquél primitivo vendedor podrá reclamar la casa al último adquirente, no obstante, que con él no hubiera tenido vinculación jurídica alguna, y aun que ese último adquirente hubiera actuado de buena fe y su propia adquisición hubiese sido perfecta. Esta conclusión ha sido criticada como excesivamente severa y como inconveniente al desarrollo de los negocios. En general, priva en derecho contemporáneo la opinión de que al legislar las convenciones debe hacerse en forma de proteger a quienes proceden de buena fe, de modo tal que no recaigan sobre ellos las consecuencias absolutamente inesperadas que resultan de la invalidez de operaciones anteriores a la que ellos mismos otorgaron y de cuyos vicios no podían tener conocimiento. Esa corriente protege lo que se ha dado en llamar la "seguridad dinámica" y algunas de sus conclusiones ya tienen consagración en códigos clásicos como el nuestro, que en determinados casos apartándose del estricto principio de que nadie puede transmitir un derecho mejor que el que tiene, admite que la adquisición ulterior de una persona de buena fe sea firme aun cuando resultare faltar derecho a quien le efectuó la transmisión (caso por ejemplo de quien compra un bien a persona que lo poseía en carácter de heredero del propietario y que luego resulta desplazada por un pariente más próximo: art. 3430).

31. Tendencia que en nuestro derecho limita la eventual retroactividad de las nulidades.

Planteo. Convencida de la justicia de este tipo de soluciones, y en la idea de que su consagración por el código en determinados casos le asigna vigencia general, una corriente de opinión formada en nuestro derecho doctrinario y jurisprudencial limita la retroactividad de las nulidades en la siguiente forma:

Actos nulos		La declaración de nulidad tiene efecto retroactivo tanto entre partes como con relación a terceros.
Actos anulables		
		La declaración de nulidad tendría:
		a) efectos retroactivos en relaciones entre partes;
		b) no tendría efectos retroactivos respecto de quienes no fueran partes.

Sostenedores

Esta tendencia se vincula a un famoso fallo, de la antigua Cámara Civil dictado hacia 1894 en el caso *Balivan c/ Arraga* sobre reivindicación y publicado en el tomo 63, pág. 239 de su colección de fallos. En ese caso intervino profesionalmente el entonces profesor de derecho civil de esta Facultad, doctor David de Teranos Pinto, en cuyos escritos se desarrolló la tesis que el tribunal aceptaría (Copia de esos escritos se conservan en el Instituto de Derecho Civil de nuestra Facultad). Con posterioridad se han colocado en igual posición el doctor Alejandro Rayces en artículo publicado en *Revista Jurídica y de Ciencias Sociales*, año 1916, pág. 369; el doctor Alfredo Colmo, en la misma *Revista*, 1917, pág. 33; el doctor Fernando N. Bustamante en el *Boletín del Instituto de Enseñanza Práctica de la Facultad*, año 1935, pág. 65; el doctor Salvador Fornieles en artículo de *Jurisprudencia Argentina* 1943-IV, sec. doct., pág. 9, y más recientemente los doctores Guillermo Borda, *Parte General*, II, N° 1282 y Jorge J. Liambias, *Efectos de la nulidad*, págs. 118 y sigs..

Fundamentos

A grandes rasgos esta tesis se sustenta en las siguientes ideas:

Primero: Si la cosa transferida por el acto anulado ha pasado a manos de otro sujeto el impugnante debe recurrir a la acción reivindicatoria para recuperar ese objeto del actual poseedor.

Segundo: Al reglar la acción reivindicatoria el código la restringe considerablemente y en principio no la acuerda contra adquirentes de buena fe a título oneroso que adquirieron la cosa a un enajenante de buena fe interpretada a contrario art. 2777).

Tercero. Existiendo una oposición entre las normas del título de la nulidad (art. 1051 que da a la anulación efectos retroactivos con relación a sucesores de las partes) y las del título de la reivindicación (art. 2777) el intérprete puede elegir las que resulten más justas y convenientes.

Cuarto. En esas condiciones debe optar por la solución del artículo 2777 interpretado a contrario sensu, según el cual no corresponde la reivindicación cuando el adquirente obró de buena fe y a título oneroso, y la persona que le transmitió el bien fué también de buena fe. Esta solución tiene en el código otras aplicaciones (especialmente art. 3410, caso del heredero aparente) que demuestran no ser absoluto el principio, según el cual nadie puede transmitir mejor derecho que el que tiene (art. 3270).

La doctrina clásica de nuestro derecho, en cambio, ha considerado que la norma del artículo 1051 no puede ser dejada de lado y que en consecuencia la anulación del acto obliga a la restitución de la cosa tanto a quienes la recibieron en ese acto (partes del

acto que se anula) como a aquellos otros que la recibieron por actos ulteriores otorgados por aquél sujeto (sucesores).

Esta tesis ha sido ampliamente desarrollada por el doctor Al-sina Atienza en artículo publicado en J. A. 1950-II, sec. doct., pág. 3. Es la que por nuestra parte compartimos por razones que veremos más adelante (cap. VII, nota 6).

Capítulo Séptimo

ASPECTOS VARIOS DE LA TEORÍA DE LA NULIDAD A TRAVÉS DE NOTAS DE DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA

“Las divergencias entre los autores sobre
“esta materia de nulidad son notables, y
“gracias si algunos se hallan conformes en
“uno que otro punto capital.”

Segovia, nota al art. 1033.

Señalamos al iniciar este trabajo que contenía el desarrollo de un curso de clases, sin más elementos que los indispensables para explicar —en ese momento— una materia que es difícil en sí y que se hace mucho más difícil si se entran a enumerar las innumerables discrepancias existentes entre los autores que la tratan.

Por eso la exposición se ha desarrollado casi sin citas.

Cumplida esa función de transcribir las clases, resta ahora todo ese material de notas, anotaciones, apuntes, etc., que quedan entre las manos a los profesores después de terminar sus cursos. De allí hemos espigado lo que a continuación se publicará bajo forma de notas.

NOTA 1. — CONCEPTO Y DEFINICIONES DE LA NULIDAD (Ref. N° 12).

Aubry y Rau: La nulidad es la invalidez de que está alcanzado un acto como contrario a un mandato o a una prohibición de la ley (2ª edición, tomo I, parág. 37; reproducida en ediciones posteriores).

Demolombe, Cours de Code Napoléon, t. XXIX, N° 21 y sigs., edic. 1876: a) una convención es nula cuando le falta alguna de las condiciones necesarias para su formación y existencia. Es anulable cuando estando reunidas todas las condiciones ocurre que alguna de ellas se presenta como irregular o imperfecta; b) La convención nula, en realidad no es una convención: al faltarle totalmente alguno de los requisitos necesarios para su formación, ocurre que ella no se ha formado o sea que no es más que un simple hecho.

Savigny, Sistema del derecho romano, tomo 3º, pará. 303 (citado por la nota del codificador al art. 1036): La nulidad puede resultar de la falta de las condiciones necesarias del acto sea en lo relativo a las cualidades personales de las partes, sea a la esencia del acto —lo que supone principalmente la existencia de la voluntad— sea a la observancia de las formas prescritas para el acto. La nulidad, por último, también puede resultar de una ley que prohíba el acto de que se trate.

Baudry Lacantinerie et Barde, Des Obligations, t. III, N° 1938 y sigs.: Es un error del código francés el presentar a la nulidad como una causa de extinción de las obligaciones: la nulidad no extingue una obligación existente sino que determina que no exista obligación, lo cual es totalmente distinto. Es anulable el acto que reúne todos los elementos esenciales a su formación, pero que lleva en sí un vicio susceptible de determinar su anulación por la justicia.

Planiol, Tr. Elementaire, 10ª edición, año 1933, tomo I, N° 336: a) un acto jurídico es nulo cuando se encuentra privado de efectos por la ley, no obstante haber sido otorgado y no obstante no existir ningún obstáculo natural que lo haga inútil. La nulidad supone pues en lo esencial, que el acto podría producir todos sus efectos si la ley lo permitiera.

Planiol - Ripert - Esmein, Traité pratique, tomo VI, N° 380 y sigs., edic. 1952: a) la inobservancia de las disposiciones de la ley o la violación a sus prohibiciones da lugar a una sanción. Cuando esas fallas aparecen en un acto jurídico, la sanción que procede es en principio la ineficacia del acto, si bien por razones prácticas a veces no se la aplica. La ineficacia tiene diversas formas que corresponde diferenciar: una de ellas es la nulidad. El acto declarado nulo no produce, en principio, los efectos a que estaba dirigido, y no los produce respecto de ninguna persona, sea ello desde el tiempo de su formación, sea al menos a partir de la declaración judicial de su nulidad.

Dalloz, Nouveau repertoire, voz nullité, edic. 1949: La nulidad es la sanción que de acuerdo al derecho común alcanza a los actos jurídicos que no reúnen las condiciones prescritas por la ley. Supone que el acto ha sido realmente otorgado e implica privarlo de efectos que normalmente hubiera debido producir.

Mazeaud, Leçons de droit civil, edic. 1955, tomo I, N° 348: la nulidad es la sanción que alcanza al acto que no cumple las condiciones de validez (de fondo o de forma) impuestas por la regla de derecho. El acto, por ser contrario a la ley, es considerado como si nunca hubiera tenido existencia, y las partes son colocadas —en la medida de los posible— en la situación anterior al acto.

Codin, Capitant et Juliot de la Morandière, Traité de droit civil, edic. 1939, tomo II, N° 743: a) Es nulo el contrato al que falta alguna de las condiciones exigidas por la ley para su validez.

b) La voluntad privada que ha querido hacer nacer obligaciones por medio de ese acto jurídico es impotente para producir tal efecto en cuanto no se ha ajustado a las condiciones legales. Como la ley no puede conferirle su apoyo, ese contrato no tiene valor, y tal falta de valor se refiere tanto al porvenir como al pasado. El acto es considerado como si nunca hubiera sido otorgado; el consentimiento de las partes resulta inoperante.

Savotier, Cours de droit civil, I, N° 56, edic. 1947: La nulidad es la situación de un acto cuya irregularidad es tal que no producirá ningún efecto de derecho ni en el pasado ni en el futuro.

Betti, Teoría general del negocio jurídico, edic. 1935, N° 38: Hay invalidez del negocio jurídico cuando se configura una deficiencia intrínseca en alguno de los elementos esenciales. La invalidez se concreta en una carencia de efectos o nulidad. Es nulo el negocio que por falta de algún elemento esencial resulta inapto para dar vida a la nueva situación jurídica cuya producción el derecho atribuye al respectivo tipo legal de conformidad con la función económico-social que le es característica.

Coriata Ferrara, "El negocio jurídico", traduc. castellana 1956, N° 83: Se tiene invalidez (nulidad, anulabilidad), cuando falta o está viciado un elemento esencial o constitutivo del negocio jurídico; un elemento intrínseco al negocio.

Stolji, Teoría del negocio jurídico, trad. cast. 1969, parág. 21: La eficacia jurídica de la voluntad individual es protegida por el derecho en tanto cuanto sean observados los preceptos legales. Cuando está viciado uno de los elementos esenciales del negocio o ha sido infringida una norma imperativa de modo que el acto es defectuoso en su constitución interna, cabe hablar de invalidez. Cuando la invalidez es total cabe hablar de nulidad. Es nulo el negocio al que le falte un requisito esencial, o el que sea contrario al orden público, o a las buenas costumbres, o el que infrinja una norma imperativa.

Oertmann, Introducción al Derecho Civil, edic. cast. parág. 49:

a) No todo negocio jurídico está en condiciones de producir efectos; junto a los negocios eficaces los hay también ineficaces. b) Los motivos de ineficacia pueden responder a causas diversas. Una de ellas es la invalidez, esto es, hallarse el acto afectado de un vicio que lo hace más o menos inepto para producir el resultado jurídico deseado. Ocurre entonces que aun cuando los elementos constitutivos del negocio se dan íntegramente (pues de no concurrir ellos habría que hablar más bien de inexistencia), aparece junto a ellos un especial requisito negativo (vicio de voluntad, incapacidad de obrar una de las partes, etc.), que se asocia y neutraliza los requisitos positivos de validez. c) El negocio es nulo cuando por virtud de alguna circunstancia impeditiva no es apto para producir el efecto jurídico apetecido.

Paig Peña, Tratado de derecho civil español, tomo I, vol. II, edic. 1958, pág. 681 y sigs.: a) Cuando el negocio jurídico no reúne las condiciones que son precisas y necesarias para que pueda operar dentro del ámbito de la ley, se configura la situación de ineficacia. b) Esta expresión general abarca las distintas especies de nulidades del negocio jurídico. Cuando la ineficacia se debe a una disconformidad con la ley se llama invalidez, que puede revestir la forma de nulidad radical o absoluta y de anulabilidad.

Salvat, Parte General, II, N° 2583: Un acto jurídico está afectado de nulidad cuando la ley, en virtud de causas existentes desde el origen mismo del acto, le priva de los efectos que regularmente debía producir. Los caracteres de la nulidad son: a) que responde a causas originarias; b) que en virtud de ella el acto deja de producir sus efectos; c) que constituye una sanción impuesta por la ley.

Llambias J., "Efectos de la nulidad y de la anulación de los actos jurídicos", edic. 1933, parág. 1: Denominamos teoría general de las nulidades al conjunto sistemático de disposiciones legales que privan de sus efectos propios a los actos violatorios de una norma de derecho imperativo. La nulidad, aparece así a los ojos del jurista, como una sanción de la ley que priva a ciertos actos de sus efectos propios. Esta sanción está en directa correspondencia con cierta característica existente desde su mismo origen en el acto sancionado. Los caracteres distintivos de la nulidad son por tanto tres: a) la sanción de la ley; b) la privación de los efectos del acto; c) la causa que debe ser contemporánea a la celebración del acto.

Castiglione A., "Nulidad de los actos jurídicos", Bs. As., 1920, pág. 5: La nulidad de un acto jurídico es una de las formas fundamentales que sanciona el respeto a la ley porque priva de los efectos jurídicos producidos normalmente por actos semejantes, a un acto jurídico realmente cumplido.

Moyano J. A., "Efectos de la nulidad de los actos jurídicos", tesis 1931. "La noción de nulidad del acto jurídico que admitimos es la de sanción legal que consiste en privar de sus efectos propios al acto jurídico, debido a causas originadas en el acto mismo".

NOTA 2. — NATURALIZA JURÍDICA: ¿ES LA NULIDAD UNA SANCIÓN?
(Ref. N° 10 y 11)

La opinión dominante afirma que la nulidad es una sanción, pero pareciera que al hacerlo se tuviera en cuenta más un sentido corriente de la expresión que su verdadero sentido jurídico.

Pensamos que en el campo del derecho la noción de sanción debe reservarse a los casos de ilicitud o antijuricidad, y ocurre que la nulidad no siempre entraña antijuricidad (vicio de error por ejemplo). Más aún: inclusive en los supuestos de con-

duras negociales contrarias a la norma, la verdadera sanción consiste en la indemnización que se impone (por ejemplo en caso de dolo o violencia: arts. 941 a 943). La indemnización tiene el contenido reparador que caracteriza a las sanciones civiles y que falta a la nulidad. Esta más bien se resuelve en una aplicación del principio de la falta de causa, según señalan autores a que antes nos hemos referido.

NOTA 3. — TIPOS VARIOS DE INEFICACIA (Ref. N° 15 A).

Una observación

Algunos autores —Plantel entre ellos— al hacer la distinción entre la nulidad y otros tipos de ineficacia, mencionan como casos de ineficacia los llamados "actos estériles" o inútiles, y ponen como ejemplo el acto jurídico subordinado a una condición suspensiva que no se cumple, o el subordinado a una condición resolutoria que se cumple.

Por nuestra parte pensamos que en este caso de los actos bajo condición, no se puede decir que la falta de realización de la condición importe privar de eficacia al acto jurídico el cual por el contrario tiene plena y total consagración legal. Supongamos que alguien prometió entregar una cosa si tal acontecimiento futuro o incierto sucedía, y que por no suceder el mismo la obligación queda sin efecto. Pues bien: será cierto que la obligación de entrega no nació, pero no nació precisamente porque la ley se ajustó en forma estricta a consagrar la voluntad privada de los otorgantes conforme a la cual en ese caso la obligación no debía nacer. En tal forma no podemos decir que el acto no se aplicó, o no fué consagrado o no fué eficaz, sino que por el contrario la ley le asignó eficacia consagrando la cláusula interna que correspondía, a saber, aquella que para ese caso disponía que la obligación no debía concretarse, y si se consagró esa cláusula fué precisamente porque así lo habían querido para ese caso las voluntades depositadas en el acto. En conclusión: el acto creador de obligaciones condicionales es un acto eficaz, tanto cuando la condición se cumple en cuyo caso se actúa la voluntad privada dirigida en ese caso a que la obligación nazca, como cuando la condición no se cumple en cuyo caso se actúa la voluntad privada que para esa situación estaba dirigida a obtener el resultado de que la obligación no naciera. El hecho de que sea algo positivo o algo negativo lo que se consagra no afecta el hecho mismo de operarse la consagración legal de una voluntad privada, lo que importa realización de la eficacia jurídica del acto.

NOTA 4 — NULIDAD E INEXISTENCIA (Ref. N° 16)

A) Doctrina francesa clásica

Aubry et Rau. En la 2ª edición de su "Cours", tomo I, par. 37, enseñan: El acto nulo difiere substancialmente del acto inexistente. Este último es aquél "que no reúne las condiciones esenciales para tener existencia de hecho conforme a las nociones del "derecho filosófico, o aquél que no ha sido acompañado de las "solemnidades indispensables para darle una existencia jurídica "conforme al espíritu del derecho positivo".

La fórmula se hace más sencilla en ediciones posteriores: "el "acto inexistente o no sucedido es el que no reúne los elementos "de hecho que requiere su naturaleza o su objeto y en ausencia "de los cuales es lógicamente imposible concebir su existencia... "lo mismo ocurre con el que no ha sido acompañado de las condi- "ciones y de las solemnidades indispensables para su existencia "según la letra o el espíritu del derecho positivo".

En las notas, estos autores señalan la dificultad para concretar en casos determinados sus fórmulas generales. En la segunda edición decían: un consentimiento dado por error de hecho es inexistente, en tanto que un consentimiento extraído por violencia o sorprendido por dolo existe de hecho pero está viciado en derecho (nota 4). Ahora bien: no obstante afirmar que el error conduciría (o debería conducir) a la inexistencia reconocían que en el terreno legal las cosas eran de otro modo y así afirmaban: las leyes convierten en condiciones de validez las que debieran ser consideradas como condiciones de existencia y es así que el acto viciado de error es reputado simplemente como anulable. Terminan por último señalando que existen grandes dificultades para establecer cuáles son las condiciones necesarias para la existencia de hecho de un acto, y que el problema no puede ser resuelto en términos generales (nota 4 ya citada, en la 2da. edic.).

En notas puestas a ediciones posteriores, Aubry y Rau señalan: que la ley, la doctrina y la jurisprudencia confunden frecuentemente los actos nulos con los inexistentes. Para Aubry et Rau deben reputarse inexistentes aquellos en que hubiera faltado el consentimiento de los otorgantes o algún elemento esencial, por ejemplo, una venta en que hubiera faltado el precio o la cosa vendida. Admiten que los tribunales han resuelto lo contrario, en lo que al consentimiento respecta, al considerar como caso de nulidad los matrimonios contraídos por dementes. Concluyen Aubry y Rau que también debe reputarse inexistente el acto al que faltan formas de existencia, en cuyo caso es aplicable la máxima "forma dat esse rei", regla que en cambio sería falso extender a todos los otros casos de formas legales que los autores tienen la costumbre de designar como constitutivos o sustanciales. (Notas al par. 37 en la 5ª edición).

Hemos elegido las citas de Aubry y Rau como expositores clásicos de la doctrina. No tendría objeto recargar el trabajo con transcripciones similares de otros autores (Demolombe, Marcadé etc.) de todos los cuales resulta la misma idea de distinguir inexistencia y nulidad y la misma confusión en cuanto a aplicar a casos concretos la distinción elaborada.

B) Doctrina francesa moderna

A grandes rasgos encontramos un movimiento simplificador de la materia dirigido a suprimir la distinción entre inexistencia y nulidad, al menos como categoría jurídica.

Estarían colocados en esa línea de pensamiento, a partir de Japiot, la mayoría de los autores modernos siguiendo todos ellos la idea de simplificar la materia y hacerla más flexible evitando categorías rígidas. Como defensor de la autonomía de la noción de inexistencia y a favor de su mantenimiento puede citarse un extenso trabajo de Bonnetas, en el tomo III del Suplemento al Tratado de Baudry Lacantinerie, trabajo publicado en 1926.

Señaladas las líneas generales de la doctrina francesa moderna pasamos a concretar algunas citas de los autores mencionados.

Japiot escribió en 1809 una obra tradicional y clásica: "Des nullités en matière d'actes juridiques". Al estudiar cómo se formó la doctrina francesa sobre la materia recuerda que la inexistencia como calificación nació en torno a ciertos matrimonios que no podían ser anulados porque la ley no decía que fueran nulos (y las enunciaciones de la ley en la materia eran taxativas) y tampoco podían ser convalidados porque la razón natural lo impedía (por ej. matrimonio entre personas del mismo sexo). Como solución a ese tipo de casos se dijo: no hay necesidad de anularlos, pues bastará con decir que no existen y que nunca han existido porque les falta algo esencial, algo que en la realidad de los hechos les es indispensable. Se lanzó así la idea a la circulación, pero al hacerlo no se supo hasta donde podía rodar, porque del matrimonio se pasó a los otros actos jurídicos, y entonces se dijo: si el contrato es acto de voluntad, la declaración de un demente que no tiene voluntad no es contrato, o sea, es contrato inexistente; y lo mismo ocurrirá con la declaración de quien no tiene conciencia momentáneamente de lo que hace, y de allí se pasó a que lo mismo ocurriría en el caso del sujeto que aún teniendo conciencia obró totalmente confundido (error esencial) etc. etc. Ocurrió en definitiva que la inexistencia empezó a crecer en forma tal que prácticamente eliminó a la nulidad o al menos a las nulidades radicales o más graves, y entonces los autores pasaron de las tres categorías que se afirmaban existir (inexistencia, nulidad radical y nulidad relativa o anulabilidad) a una clasificación bipartita (inexistencia y nulidad relativa). Con esto se vino a alterar el plan-

teo inicial, una de cuyas bases había sido la de afirmar la noción de inexistencia como noción distinta de la nulidad, pero no como una figura que se confundiera con ella. Y ocurrió entonces algo curioso: que por defender la noción de inexistencia se venía a destruirla porque ya no se trataba de un concepto autónomo y distinto, sino que todo había consistido en un simple cambiarle el nombre a la nulidad. Japicot —a quien a grandes rasgos hemos seguido en esta exposición libre que hacemos de una materia por él tratada— ha señalado con acierto esa contradicción, al mismo tiempo que ha criticado algunos de los errores adolecidos por la teoría clásica de la inexistencia.

Con posterioridad a su obra se produce ese movimiento simplificador que señalábamos y que al advertir que no se puede hacer de la inexistencia un arma práctica, opta por dejarla de lado, aunque en esta posición pueda haber —a nuestro juicio— algo de precipitación, porque cualesquiera sean las dificultades existentes para aplicar la distinción lo cierto es que no puede negarse que ella parte de una diferencia que existe en la realidad, y la ley no puede prescindir de la realidad.

Pasamos a transcribir las opiniones de los autores modernos más difundidos en el derecho francés:

La obra de Planiol (en sus sucesivas ediciones)

Sería excesivo citar todas y cada una de las referencias que al punto que nos interesa contienen las sucesivas ediciones de las obras de Planiol. Por eso limitaremos nuestra cita a lo que consideramos más significativo:

a) En 1928, undécima edición del *Traité Élémentaire* preparada con la colaboración de Georges Ripert, se alude a la categoría de los actos inexistentes, considerándola como creada presumiblemente por Zachariae y divulgada por Demolombe y Laurent. Se señala que ella aumenta la confusión de ideas porque no todos los que emplean el término le asignan el mismo sentido (tomo I, n° 332); la inexistencia no sería una sub-clase dentro de la nulidad sino una categoría distinta (tesis de Aubry et Rau); la distinción consistiría en que la nulidad debe ser declarada en tanto que la inexistencia no requiere tal declaración (loc cit); se alude a la gran confusión de lenguaje en la materia (tomo I, n° 333), y al hacer Planiol su propia exposición considera sucesiva y separadamente actos nulos de pleno derecho (o sea los actos que la ley prohíbe), actos anulables (actos permitidos otorgados con vicio de consentimiento o con falta de capacidad) y actos inexistentes (aquellos a los que falta un elemento sin cuya concurrencia no puede concebirse al acto) (I, N° 336 al 345). Cuando se configura esta situación la ley no necesita anular el acto,

pues éste simplemente no existe: inclusive no se lo podría anular porque no puede anularse lo que no existe (N° 346). Como casos de actos inexistentes menciona el contrato otorgado con falta de consentimiento (pgr #1, pgr un demente), o según al que falta elemento esencial a su configuración como puede serlo el precio en el contrato de compraventa (N° 348); aunque con ciertas reservas considera inexistente al acto solemne al que le faltan las formalidades requeridas (I, N° 349).

b) En 1946 en edición del Tratado Elemental de Planiol que aparece autorizada por las firmas de sus colaboradores directos (Ripert y Boulanger) se mantiene sustancialmente en el punto que nos interesa la estructura de exposición de la edición anteriormente citada (t. I, 337 y sgs.). Las situaciones de invalidez posibles son presentadas en tres grupos: a) actos inexistentes; b) actos de nulidad absoluta; c) actos de nulidad relativa.

c) De 1896 data una de las últimas ediciones del "Traité de droit civil d'après le Traité de Planiol", por Ripert y Boulanger. Al tratar de las nulidades se las clasifica en absolutas y relativas (I, N° 361). De la noción de inexistencia se dice que la doctrina del siglo XIX "imaginó" ubicarla al lado de la noción de nulidad como fue necesario hacerlo dentro de la teoría del matrimonio para comprender ciertas situaciones de invalidez; agrega: "encasada en aquello que tiene de más general, la noción de inexistencia no puede tener significación propia sino para designar aquellos casos totalmente excepcionales, en que la nulidad alcanza un grado tal de evidencia que resulta inútil e irrazonable acudir al juez; sería el caso de un acto otorgado por un menor impúber, o de un acto solemne, como el matrimonio, que hubiera sido otorgado por instrumento privado" (I, n° 638).

d) Esta posición de Ripert y Boulanger en las últimas ediciones del "Traité élémentaire" de Planiol, coincide con la postura adoptada por Esmein al colaborar en el "Traité pratique" de Planiol, componiendo el tomo VI, sobre las Obligaciones. Allí (edición de 1962, n° 383 y sgs.) tras exponer las características de la doctrina jurídica de la inexistencia señalaba: a) que su lógica era aparente; que era un error transformar numerosos casos de nulidad en casos de inexistencia y que con mayor razón lo era absorber en la inexistencia todos los casos de nulidad absoluta; b) respecto de ciertos casos que pueden presentarse (por ej, si una oferta no es aceptada, o si la firma de un sujeto es falsificada en un documento) lo que cabe decir no es que haya "acto inexistente" sino simplemente que no hay acto del todo. En los casos de demencia, siendo necesario investigar las circunstancias de hecho que rodearon su otorgamiento, corresponderá admitir que hubo acto otorgado (existió el acto), pero que el mismo es nulo, lo mismo que en casos de violencia, dolo, error, etc.

Las "Leçons de droit civil" de los Mazeaud

Es una de las más recientes y calificadas obras del derecho civil, que se encuentra en curso de publicación. De 1955 data el primer tomo en cuyo número 356 se enseña: a) que a las dos categorías de nulidades absoluta y relativas ciertos autores quisieron agregar una tercera categoría: la de los actos inexistentes; b) estos actos serían algo más (o si se quiere algo menos) que actos meramente malos; c) que el estudio de la materia nulidad de matrimonio demostrará la inutilidad de esta teoría; d) que la teoría aparte de ser inútil es falsa; e) no es exacto afirmar que la inexistencia sea aquella nulidad tan radical que no necesita ser declarada por los jueces, pues si el acto tuvo alguna apariencia o exterioridad, para destruir esa apariencia será siempre necesario el recurso a la justicia ya que nadie puede hacerse justicia por propia mano; f) que si se quiere cifrar la particularidad de la inexistencia en el hecho de que sea imprescriptible, tampoco ello es exacto, pues por una parte puede haber acciones judiciales imprescriptibles, y por la otra la jurisprudencia ha aplicado la regla de la prescripción treintaenal a casos en que se trataba de actos inexistentes.

El Droit Civil" de Carbonnier

Tan reciente y no menos calificada ni brillante que las "Leçons" de los Mazeaud es la obra "Droit Civil" de Jean Carbonnier, profesor de la Facultad de Poitiers. El tomo I, edic. 1956, párrafo 43, registra su opinión sobre la materia: a) mantiene la clásica distinción entre inexistencia, nulidad absoluta y nulidad relativa; b) destaca que muchos autores rechazan la autonomía de la noción de inexistencia y la reabsorben en la nulidad absoluta; c) en el N° 123 al tratar los casos clásicamente considerados de inexistencia de matrimonio (identidad de sexo, falta de consentimiento y falta de celebración por oficial público) vuelve a destacar que la opinión dominante se inclina por absorberlos en la calificación de nulidades absolutas. En el tomo II, párrafo 131, refiriéndose a la anulación de los contratos destaca: El contrato es ineficaz si en el momento de su formación le faltó una condición esencial, o si alguna de esas condiciones aparecieron como viciadas. La sanción genérica es la ineficacia dentro de la cual se pueden distinguir racionalmente tres grados: inexistencia, nulidad absoluta y nulidad relativa, entre las que cabe repartir los distintos casos; insiste en señalar que para muchos autores la noción de inexistencia no tiene valor propio y se absorbe en la de nulidad absoluta. Entre los casos de inexistencia menciona: la falta de consentimiento (sea como falta de voluntad consciente sea como error sobre la identidad del objeto o sobre la naturaleza del contrato); la falta de objeto; la falta de causa o falsa causa, y la falta de forma en

los contratos solemnes. Entre los casos de nulidad absoluta (o de orden público) enumera: casos de objeto imposible, indeterminable, ilícito o inmoral; causa ilícita o inmoral o disconformidad del contrato con el orden público y buenas costumbres. Entre los casos de nulidad relativa señala los supuestos de error, dolo, violencia, e incapacidad, y como figura paralela los casos de rescisión por lesión.

El "Traité de droit civil" de Colin, Capitant et Julliot de la Morandière

En el tomo II de esta clásica obra, edición de 1969 actualizada por Julliot de la Morandière, se enseña: a) que la materia de las nulidades se ha visto complicada cuando a los dos formas típicamente definidas (nulidad absoluta y nulidad relativa) se le ha querido agregar una tercera: la de la inexistencia; b) en materia de matrimonios no hay lugar a crear la categoría de "matrimonios inexistentes" y tampoco cabe aceptarla en la teoría general de los actos jurídicos, pues se trata de una noción incierta e inútil. Que es incierta surge de la imprecisión de los intérpretes que nunca se pusieron de acuerdo sobre su contenido, y que es inútil surge del hecho de que cualquiera sea la situación que se presente (la de nulidad o pretendida inexistencia) si las partes no se ponen de acuerdo siempre será necesario recurrir a los tribunales, y una vez llevado el caso a la justicia los efectos atribuibles a la declaración de una inexistencia no difieren de los que corresponden a una declaración de nulidad absoluta.

El "Droit Civil" de Marty y Raynaud

En 1966 publicaron los profesores Marty y Raynaud de la Universidad de Toulouse una obra intitulada "Droit civil" que integra la serie de los "Traité Sirey".

Se refieren a la materia de las nulidades en el tomo I, n° 158 y sgs., y concretamente en el n° 161 el problema de la inexistencia. Con excepción de lo relativo a la materia matrimonial —dentro de la que parecen admitir la doctrina de matrimonios inexistentes— son terminantes en rechazar la categoría jurídica para los otros casos: "el recurso a la noción de inexistencia aparece como una complicación inútil y cabe preguntarse si no es suficiente con hablar de nulidad absoluta".

Orientación de la moderna doctrina italiana

La doctrina italiana, con utilización de elementos del derecho romano y de la sistemática propia al derecho alemán, ha elaborado valiosas obras sobre teoría del negocio jurídico.

Pasamos a referirnos a la posición adoptada por algunos de sus autores más característicos.

La obra de Vittorio Scialoja, "Negocios jurídicos"

En la edición castellana (1942) tomada sobre la cuarta edición italiana, n° 56, Scialoja expone su opinión en estos términos: a) la palabra nulidad ha de tomarse en un sentido amplio que comprende todos los casos, inclusive el de vicios que afectan al negocio jurídico y a sus efectos normales en tal medida que los dejan reducidos a una mera apariencia; destruyendo su substancia; b) que la palabra inexistencia utilizada por algunos autores para designar esta última situación, no resulta exacta, pues esos negocios, aun siendo ineficaces, han sido realizados, y tienen por tanto, si no la eficacia al menos la apariencia de negocios jurídicos, por lo cual no puede decirse que no existen o que no han existido.

La obra de Betti, "Negocios jurídicos"

Betti, op. cit. parág. 58: La división entre nulidad e inexistencia del negocio, aunque ha sido objeto de críticas, es legítima. Se configuran situaciones de verdadera inexistencia jurídica cuando del negocio no existe más que una vacía apariencia, la cual, aunque pueda haber engendrado en algunos de los interesados la impresión superficial de haberlo verificado o asistido a él, no produce, sin embargo, en absoluto, efectos jurídicos ni siquiera de carácter negativo o divergente. Por el contrario, la estimación de un negocio como nulo, presupone por lo menos que el negocio exista como supuesto de hecho, que por tanto exista una figura exterior de sus elementos eventualmente capaz de engendrar algún efecto secundario, negativo o divergente, aunque esta figura se revele luego inconsistente ante un análisis más profundo. Si por ejemplo nos encontramos con una propuesta contractual y una declaración en función de aceptación cuyo contenido sea tan evidentemente contrario al contenido de la propuesta que no pueda existir ningún mal entendido sobre ello, la combinación de estos actos no da lugar a un contrato nulo sino que no origina ningún contrato y por tanto ninguna acción contractual o acción de daños por confianza fundada en la validez del contrato. Por el contrario: una asunción de deuda por parte de nuevo deudor acompañada de una declaración liberatoria del acreedor a favor del deudor originario extingue la obligación primitiva aunque sea nula, y sólo la declaración judicial de la nulidad hace revivir la obligación extinta.

Cariota Ferrara "El negocio jurídico", ed. cast. 1956

Para este autor la distinción entre inexistencia y nulidad es válida en derecho positivo. Habría inexistencia cuando (aún existiendo algo de hecho porque si nada existiera estaríamos en un terreno de puras negatividades) faltan los elementos que supone

la naturaleza del acto de modo que es inconcebible que la realidad sucedida constituya negocio. No se configura ni siquiera la apariencia de los elementos necesarios, es un "no negocio" (ejemplos: no existe como contrato un acto en que sólo una de las partes expresó su voluntad, o un matrimonio entre personas del mismo sexo, u otro celebrado sin intervención de oficial público). La diferencia práctica entre inexistencia y nulidad radica en que el acto nulo, aunque no produzca sus efectos propios, puede producir otros efectos indirectos o menores, todo lo cual en cambio no ocurrirá con el acto inexistente.

Opiniones en derecho nacional

Nuestros autores clásicos no han admitido la noción de inexistencia y en especial han considerado que nuestro código no la ha recogido. Se funda esta opinión en el hecho de que no obstante haber tenido como una de las fuentes en esta materia a la obra de Aubry et Rau que insisten en la distinción, en ninguna disposición legal se ha dado acogida a ella o a consecuencias que de ella pudieran surgir.

Autores más modernos han aceptado, en cambio, la distinción. Pasamos a transcribir las opiniones de unos y otros:

Segovia (nota 20 al art. 1047) incluye en la categoría de nulidad absoluta la situación del acto del todo inexistente: aclarando expresamente su terminología señala que se refiere al "acte non avenu" de la terminología francesa y a aquellos que Aubry y Rau denominan inexistentes.

Salvat, Parte General, II, n° 2597 y sgs., tras destacar las características que la doctrina de Zachariac y otros autores atribuía a la categoría de actos inexistentes (n° 2597) señalaba que la misma no había sido incorporada a nuestro código por Vélez Sarsfield como clasificación autónoma, habiéndola absorbido en la de actos nulos, solución que aplaudía: "La mayor simplicidad de nuestro código nos parece perfectamente justificada, si se tiene en cuenta la falta de alcance práctico de la distinción entre actos inexistentes y nulos".

Lafaille, Derecho de familia, n° 242, trata de la teoría de la inexistencia con relación a los matrimonios. Considera que su inclusión en nuestro código resultaría innecesaria dada la amplitud de efectos que se da a la invalidación del acto nulo, al que se reputa inválido aunque su nulidad no haya sido juzgada.

Borda, Parte General II, n° 1261, considera que la noción de inexistencia es distinta de la de nulidad. Admitiendo que hay gran dificultad para precisar los casos de actos inexistentes (y que las imprecisiones incurridas son las que precisamente justifican las críticas a la doctrina) concluye que en ciertos casos está fuera de discusión el que se debe aplicar dicha calificación: casos en que falta el consentimiento por error en el objeto, o en la ma-

turalidad; imposibilidad material del objeto etc. La falta de formas en principio no daría lugar a que pudiera calificarse de inexistente, salvo casos especiales como sería la falta de intervención del oficial público en un matrimonio.

Llambías "Efectos de la nulidad", pág. 5, y "Diferencia específica entre la nulidad y la inexistencia de los actos jurídicos" en La Ley 30-876, sostiene: a) la teoría de la inexistencia no tiene ninguna vinculación con la teoría de la nulidad: los actos inexistentes no pueden ser asimilados a los actos nulos; b) se configura inexistencia cuando ha mediado un obstáculo natural a la formación del acto, cuando ha existido un impedimento que está en la realidad misma y que el legislador no puede cambiar. Se configura nulidad cuando el obstáculo es de carácter legal; c) la diferencia entre ambas categorías no es meramente teórica sino práctica: varían las facultades del Juez para declarar la inoperancia del acto por una u otra causa; varía la oportunidad procesal de invocarlas y el derecho de alegarlas, y varían por último los efectos: en casos de nulidad, aunque el acto sea retroactivamente aniquilado subsisten algunos efectos por así disponerle la ley (arts. 1853 a 35). Tratándose de un supuesto en que el acto no tuvo lugar no regirían estos artículos. (La exposición de Llambías, desarrollada en forma de nota a un fallo judicial, tiende a demostrar que si una persona suplanta a otra en el otorgamiento de una escritura no puede decirse que se haya configurado un acto nulo del sujeto suplantado, sino que debe afirmarse la inexistencia de todo acto de su parte. Es el supuesto que encarábamos en el n° 13 de este trabajo.)

Para Nieto Blanc la categoría de inexistencia resulta superflua ya que la nulidad basta para cubrir los supuestos de actos ilegales o inválidos (La Ley, 94-306, espec. pág. 825). Previamente presenta un estudio completo y erudito sobre la materia.

Nuestra opinión

I. Creemos que debe admitirse la categoría de la inexistencia entendida con el criterio de no existencia del acto jurídico del sujeto a quien se le atribuye. Es decir: una inexistencia de hecho, un no haber sucedido la actividad del sujeto que debió haber sucedido para que hubiera acto jurídico.

Ya anticipamos este criterio al destacar que el campo que corresponda a la teoría de la nulidad es el de la "ineficacia de un acto realmente otorgado", con lo cual quedan al margen de esa teoría los supuestos en que se niegue eficacia a un acto en razón de no haberse configurado su otorgamiento.

II. Buscamos nuestra opinión en lo siguiente: siempre el derecho importa una valorización de conductas de determinados sujetos. Su primer menester es de investigación (si existió la conducta); el segundo es de apreciación (condiciones en que se des-

arrolló); el tercero de valoración y sanción (consecuencias que debe surtir).

Son pasos racionalmente distintos que no pueden confundirse.

La distinción se presenta cualquiera sea el tipo de conducta que se investigue para someterla a tratamiento jurídico. Sea la conducta humana que por su antijuricidad puede configurar acto ilícito, sea la conducta humana que por su inserción en la legalidad puede configurar acto jurídico.

No parece razonable sostener que para el tratamiento jurídico del acto jurídico debe prescindirse de una determinación de existencia y de una diferenciación entre la existencia y la inexistencia. Si a un sujeto se le imputa haber ejecutado un hecho ilícito que causó un daño, el Juez investigará primero si realmente ese sujeto causó el daño y luego entrará a determinar los elementos internos de la conducta dañosa (si hubo dolo o culpa, si fue imprevisible, etc.). Si a un sujeto se le atribuye haber realizado un acto jurídico, haber firmado un contrato, haber contraído un matrimonio, pareciera que debe seguirse igual procedimiento.

— El hecho de que pueda llegarse a un mismo resultado sin necesidad de distinguir los dos posibles caminos que conducen a él, no debe interpretarse como que uno de ellos es superfluo, porque al mismo resultado puede llegarse por varias causas y corresponde discriminar entre ellas cuando cada una tiene distinto sentido jurídico. Así, por ejemplo, en el caso de actos ilícitos civiles el Juez negará la procedencia de indemnizaciones tanto en el caso de probarse que el imputado no cometió el hecho como en el supuesto de que habiéndolo cometido se justificase que el daño fue imprevisible; la coincidencia de soluciones no impide que racional y jurídicamente una y otra situación sean distintas. Del mismo modo en los casos de actos jurídicos atribuidos a un sujeto el Juez no consagrará su eficacia respecto de ese sujeto tanto cuando se demuestre que no los otorgó como en el caso de que resulte que los otorgó con vicios esenciales de consentimiento. El resultado será "más o menos" el mismo, pero no será "exactamente" el mismo. Por eso resulta legítimo diferenciar uno y otro supuesto.

II. En efecto: la situación que se configura cuando el sujeto no otorgó el acto que se le atribuye es distinta de la que existe cuando lo otorgó con vicios del consentimiento.

La técnica del derecho civil debe tener figuras jurídicas que recojan esa diferencia y que permitan tenerla en cuenta a quienes deben aplicarlo. Siempre las figuras jurídicas importan la representación mental de las situaciones típicas que la realidad presenta, al efecto de que tomando razón de sus elementos significativos se puedan resolver adecuadamente los problemas jurídicos que plantean. Debe haber tantas figuras jurídicas como situaciones típicas puedan distinguirse, y si la falta de alguna obliga a resolver una situación con la regla de otra semejante pero no idéntica, esta carencia del instrumento mental requerido puede ser

fuente de imprecisiones. Así como en las ciudades debe haber calles que lleven a todos los lugares, así en el campo de la construcción jurídica —ciudad de ideas— debe haber caminos que conduzcan a todas las soluciones.

IV. Una aclaración en que han insistido algunos autores resulta necesaria.

El campo de la inexistencia no debe ser opuesto al de la nulidad, porque para que una oposición sea exacta tiene que enfrentar términos que sean contradictorios entre sí. Lo contrario de inexistencia no es nulidad sino existencia y dentro de la existencia (del acto jurídico) corresponderá dividir las secciones de la eficacia y de la nulidad.

Gráficamente el plano de situaciones es el siguiente:

Doctrina del acto jurídico		Inexistencia		Con defectos: nulidad
		Existencia		

La nulidad está en cierto modo más cerca de la validez que de la inexistencia, porque con la primera tiene de común el que una y otra se refieren a la situación de actos que han sucedido. Por eso hemos señalado reiteradas veces que la teoría de la nulidad no es sino el reverso de la teoría de la eficacia, siendo una y otra las dos caras que ofrece la situación de existencia. Acertadamente decía Planiol en sus ediciones clásicas que no pueden asimilarse inexistencia y nulidad porque no sólo son distintas sino también incompatibles, ya que sólo se puede anular lo que existe y no cabría anular un acto que no existe. Con esta precaución debe encararse el planteo de quienes siguiendo otro método dividen la materia en la siguiente forma:

Doctrina del acto jurídico		Validez		Nulidad
		Invalidez ...		Inexistencia

V. Fijadas así las ubicaciones queda por determinar cuál sería el campo de la inexistencia. A nuestro juicio deben ubicarse allí todos los supuestos en que resultare que el sujeto a quien el acto se atribuye no ha desarrollado la conducta externa (declaración de voluntad) que coincide con la conducta típica que la ley requiere para que se configure el acto jurídico de referencia.

Daremos ejemplos:

a) Una persona presenta un contrato o una escritura pública firmada por otra por la que se vende un inmueble determinado. Exige el cumplimiento. El demandado niega haber firmado el documento y sostiene haber mediado falsificación de firma. La prueba da razón al demandado. El Juez debe resolver que "no hubo compraventa" y no que hubo acto nulo de compraventa. La razón es que el demandado nunca emitió la declaración de venta que se le atribuye. La diferenciación es importante: si en el acto en que se falsificó la firma el comprador había abonado una suma de di-

nero a cuenta de precio, no incumbirá al demandado hacerse cargo de su restitución, resultado que en cambio procedería si el acto hubiera sido otorgado por él y luego se lo anulara (art. 1082). (Sobre un caso similar en nuestra jurisprudencia, ver el fallo de Cam. civ. 1º del 23 de abril 1948, caso Bergadá c. Douset, en La Ley 50-817, y la nota crítica de Liambias, cuyo criterio compartimos.)

b) Dos personas deciden unirse en matrimonio y a tal efecto "celebran" el matrimonio por escritura pública o por instrumento privado. ¿Podría sostenerse que la "falta de forma" es un defecto y que en tales condiciones hay un acto nulo? Pensamos que la solución es otra: hay "inexistencia" de matrimonio. ¿Por qué? Porque para que haya matrimonio debe haber una celebración; una celebración específicamente determinada por la ley en cuanto al contenido de su exterioridad. Es menester que esa celebración específicamente determinada por la ley (o sea la celebración por oficial público) haya sucedido y se haya concretado en el acto de la firma de la respectiva documentación. Si nada de esto sucedió, si no se configuró en ningún momento la realidad exterior y sensible de los actos celebrativos, allí no puede decirse que "hubo matrimonio pero que es nulo" sino que debe resolverse que "no hubo matrimonio". Es pues un caso de inexistencia. Las consecuencias son importantes: esa unión no puede valer como matrimonio putativo ni surtir ninguno de los efectos que a los mismos asigna la ley; no existiría entre esas personas el deber de alimentos que la ley admite en alguna medida en los casos de matrimonios nulos, etc. Esa unión no podría convertirse en matrimonio por el hecho de que los interesados "renunciaran" la acción de nulidad, en alguna de las formas que la ley admite, ni tampoco se podría convertir en matrimonio por alguna de las circunstancias que llevan a la confirmación de los matrimonios nulos (convivencia de los esposos después de conocido el vicio, etc.) (Sobre inexistencia por falta de celebración: Planiol - Ripert - Rouast, II, n° 257.)

c) Dos personas concurren a una Oficina de Registro Civil a contraer matrimonio. Allí les "une" en matrimonio una persona que se presenta como Oficial de Registro Civil sin serlo. No obstante ello se cubren las apariencias (ceremonia celebrativa, firma del acta, etc.). A nuestro juicio dentro del derecho positivo actual no puede menos que afirmarse la "inexistencia" del matrimonio no obstante la buena fe con que puedan haber actuado los interesados. En realidad la consideración integral de los problemas que este caso plantea exigiría considerar diversos puntos de derecho matrimonial, en especial el relativo al contenido voluntario del acto y al sentido que tiene la intervención del funcionario público en su celebración. Si se admitiera (como ocurre en derecho canónico) que los verdaderos otorgantes y protagonistas del matrimonio son los contrayentes y que son sus actos y su voluntad

los que componen el cuerpo del acto, cabría sostener que "hubo matrimonio" (es decir doctrina de la existencia) porque tuvieron lugar las realidades externas configurativas del acto (intercambio de consentimientos), sin perjuicio de que hubiere vicio de forma que podría invalidarlo. Pero de acuerdo con el concepto de derecho civil que hace reposar la esencia del matrimonio en la intervención del oficial, deberá concluirse que sin oficial público no hay matrimonio (inexistencia).

Cabe señalar que la doctrina (ver Rouast, en Flaminio-Ripert II, Nº 322) y la jurisprudencia francesa se han inclinado por admitir que la falta de intervención del oficial genera una situación de inexistencia pero que nada impide que allí funcione la teoría del matrimonio putativo, es decir que se atribuya efectos a lo sucedido como forma de proteger la buena fe de las partes. Este tipo de soluciones que se adoptan por motivos de equidad, si bien rompen el cuadro lógico del derecho se imponen porque encaran con más humanidad los casos reales. En el caso que nos ocupa la razón que ha llevado a hacerlas necesarias es la existencia de una regla legal demasiado rígida (la que dispone que la substancia del acto matrimonial radica en la intervención del oficial público), regla que se establece para salvar, en otros terrenos, exigencias del orden jurídico. Ocorre luego que esas reglas impuestas por razones de orden tienen respecto de las partes directamente interesadas consecuencias inexorables que de acuerdo al sentir común resultan demasiado severas, y entonces los jueces para no consagrar esas consecuencias que aparecen como injustas, se ven en la necesidad de torcer la lógica de los principios y afirmar —como en el caso que nos ocupa— que un matrimonio que en realidad no habría existido jurídicamente puede, sin embargo, producir efectos porque las partes fueron de buena fe.

d) Si en un acto bilateral una persona dice "vendo tal casa" y la otra "tomo en alquiler tal casa", o bien la primera declara "vendo la casa de la calle tal" y la otra "compro la casa de la calle cual", en ese supuesto debemos considerar que no se configuró ningún acto jurídico porque faltó la exterioridad de dos declaraciones concordantes que hubieran sido necesarias para componerlo. Es otro caso de inexistencia. En este supuesto que como en el de todos los actos bilaterales debe convertirse en el análisis de dos declaraciones unilaterales, tenemos que la falla no resulta de la falta de existencia de esas declaraciones, las cuales "sucedieron", o "tuvieron lugar": pero lo que no se produjo nunca fué el que en un momento dado de tiempo se hayan "encontrado" idealmente dos declaraciones concordantes ya que no lo eran entre sí las que al encontrarse compusieron el acto. Adviértase que nos referimos a discordancia externa de las declaraciones ("vendo la casa" frente a "alquilo la casa") y no a discordancia interna (por error uno declaró "vendo" aun cuando quería declarar "alquilo"): en este

último caso habría habido acto jurídico y el problema sería de anularlo.

VI. Delimitado el campo de la inexistencia quedará por fijar el objeto que —según vimos— no es el de la nulidad, sino el de la existencia, luego subdividido en dos secciones: la validez o eficacia y la nulidad.

Si el acto fuere otorgado por el sujeto a quien se le atribuye, es decir, si tuvieron lugar las formas de conducta exterior que corresponden a aquellas que la ley describe como típicas para componer el acto de referencia pueden ocurrir dos cosas: a) que esas formas externas correspondan a una voluntad interior perfectamente constituida y emanada de sujeto con discernimiento, quien ha actuado con conciencia de lo que hacía (intención) y con libertad y que en esas condiciones ha emitido una declaración lícita en todos sus aspectos (objeto, causa, etc.) a la que no afecta ningún vicio; b) o que esas formas externas hayan correspondido a una actividad o conducta del sujeto en la cual al tiempo de emitirse no se han cumplido todos y cada uno de esos requisitos, bien entendido que la falta de cualquiera de ellos podrá ser suficiente para que el acto no sea perfecto. Ello ocurrirá cuando el sujeto que emitió la declaración carecía de discernimiento jurídico, o cuando no tuvo exacta conciencia de lo que hacía porque padeció engaño (sea espontáneo bajo la forma de error o sea producto de una maniobra dolosa) o cuando no tuvo libertad, o cuando la declaración importaba referencia a un objeto ilícito, imposible, inhumano, o estaba determinada por una causa ilícita, o carecía de seriedad y sinceridad por tratarse de una mera simulación, o se proponía burlar la ley o perjudicar a un tercero (*fraude*).

VII. De acuerdo al criterio lógico adoptado, conforme al cual lo que distingue a la inexistencia de la existencia es una diferencia de hecho (tuvo lugar la declaración o no tuvo lugar), quedan comprendidos en el campo de la nulidad supuestos como el del acto del demente al que en general la teoría clásica consideraba un caso de inexistencia arguyendo que la falta de voluntad importaba falta de elemento esencial a la existencia del acto.

Creemos que esta última afirmación importa confundir la "voluntad" con la "voluntad jurídica" que es cosa distinta. El demente tiene voluntad psicológica aunque sea irracional. Si un demente hace una declaración eso que se ha exteriorizado es una declaración aunque sea irracional porque internamente no haya estado iluminada por la luz de la razón. El que haya o no razón en el sujeto declarante podrá descalificar la declaración pero no obsta a que haya existido como declaración "de hecho". La inexistencia o la existencia son referidas a esos aspectos "de hecho": a que haya o no ocurrido el suceso externo de ponerse de manifiesto una declaración de voluntad ("quiero vender", "quiero comprar") que no deja de ser declaración objetiva de voluntad por el hecho de

que carezca de razón el sujeto que la emite. Ante un juicio de existencia (¿existió o no existió?) no pueden hacerse diferencias entre el "quiero vender" realmente pronunciado por un loco y el realmente pronunciado por un cuerdo. Ambos ocurrieron, y si es cierto que internamente hay diferencias substanciales entre ambos casos, de esas diferencias toma razón la doctrina de la nulidad (que analiza el acto por adentro) y no la de la existencia que sólo lo analiza en su exterioridad.

Naturalmente que puede decirse que cuando se habla de "existencia" se quiere decir "existencia jurídica" y entonces el acto del demente no tendría "existencia jurídica" pero la ley no dice tal cosa desde que dice que el acto del incapaz absoluto es "nulo" (art. 1041) y no que sea inexistente. En conclusión: si a la doctrina de la inexistencia se la equipara a la inexistencia jurídica habría que rechazarla en derecho positivo porque la ley la rechazó, y también en el campo teórico porque se confundiría con la de nulidad. Si se la considera como inexistencia de hecho cabe aceptarla.

VII. Una observación final: nuestra posición de aceptar la categoría de "inexistencia" con el alcance señalado no es distinta a la de autores como Esmein precedentemente citado, que al rechazar dicha categoría entienden rechazar la teoría clásica de la inexistencia, pero que sin perjuicio de ello admiten que en un caso de falsificación de firma, por ejemplo, debe resolverse que no hubo acto jurídico y que por tanto nada hay que anular (Planiol-Ripert-Esmein, *Traité pratique*, VI, N° 243 y sigs.).

VIII. Otra observación: la inexistencia no se distingue de la nulidad en lo más o menos manifiesto del vicio que las determina, o en la necesidad o no necesidad de intervención judicial (criterio clásico de Aubry et Rau). Son dos cosas distintas, y la doctrina moderna lo ha señalado con acierto: por de pronto todo debate en torno a la vigencia de un acto jurídico dará lugar a intervención judicial si las partes no se ponen de acuerdo. Además, el defecto determinativo de inexistencia, al igual que el de nulidad puede o no ser manifiesto; hay inexistencias o manifiestas (el matrimonio por carta) e inexistencias que requieren investigación (la firma falsificada) del mismo modo que hay nulidades manifiestas y nulidades que requieren investigación.

NOTA N° 5. — EL PROBLEMA DE LA CLASIFICACIÓN: DISTINTOS TIPOS DE NULIDADES

La forma como los autores desarrollan esta materia se vincula estrechamente al desarrollo que dan a la de actos inexistentes ya que estos aparecen —en algunas de las clasificaciones— como una categoría incluida en la de nulidad en tanto que otras construcciones consideran se trata de una situación totalmente distinta.

Comenzaremos con la mención de aquellas obras que el codificador tuvo a la vista, en especial las de Savigny (citado por la nota al título VI), la de Freitas y la de Aubry et Rau.

Clasificación de Savigny

En la nota al título VI dice Vélez Sarsfield: "Savigny, al tratar de la nulidad de los actos jurídicos los divide en actos nulos "y actos atacables. A estos últimos es a los que llamamos anulables."

Confrontando la cita sobre la traducción castellana del "Sistema del derecho romano actual" encontramos en Savigny los siguientes elementos de juicio que interesa reseñar. Comienza él por distinguir dos formas de invalidación de los actos: una que llama invalidación completa, proveniente de una fuerza que es igual en extensión y poder al hecho que destruye (a la cual llama nulidad) y otra que designa como invalidación parcial, producto que puede ser de una multitud de obstáculos que en diferentes grados se opongan a la eficacia de los actos jurídicos. Refiriéndose a estos casos dice que la relación jurídica es entonces "vulnerable", ("atacable" en la traducción utilizada por el codificador). La nulidad —prosigue Savigny— supone la negación de la relación; en los casos de actos vulnerables, en cambio, nace la relación, pero nace al mismo tiempo a favor de una de las partes la facultad de aniquilarla. Ahora bien: este derecho de atacar la relación existe como algo independiente de la relación misma, por lo cual puede ocurrir que sea destruido en su totalidad o en parte, en cuyo caso el derecho originariamente nacido de la relación, al quedar desembarazado de ese obstáculo, vendrá a recobrar su eficacia primitiva, lo cual nunca sucede en los casos de nulidad.

Más adelante se refiere Savigny a una distinción hecha por algunos autores entre nulidades absolutas y relativas; menciona entre éstas aquellas que en cierto modo dependen de la voluntad del sujeto (por ejemplo cuando el menor hace un contrato puede el tutor mantenerlo o denunciarlo), y señala que equivocadamente los autores han extendido esa calificación a casos en que no es dado a la voluntad de los sujetos corregir los vicios. Sobre este último caso, introduciendo expresiones un tanto imprecisas dice: "...es superfluo y también imposible el dirigir una acción contra un acto nulo, es decir, contra un acto que no existe jurídicamente", expresión ésta última que luego repite: "En todos estos casos, es decir, testamento que no emane del testador, o... testamento en que se encuentre preterido un hijo sometido a patria potestad... en todos esos casos no existe acto jurídico y por consiguiente no hay necesidad de ninguna acción para destruir su existencia, ni hay intención que manifestar, ni diligencias que hacer".

Clasificación de Aubry y Rau

Aubry et Rau, a cuya distinción entre actos nulos y actos inexistentes nos hemos referido en la nota N° 4, tratan combinadamente con ese punto el relativo a la clasificación de nulidades.

En su clasificación tendríamos:

Actos inexistentes:

- a) Su ineficacia es independiente de toda declaración judicial.
- b) No se cubre por confirmación ni por prescripción.
- c) Cualquier juez puede reconocerla, aun de oficio.

Actos nulos:

Respecto de éstos sub-clasifican:

- A) Nulidades de orden público o de interés privado.
- B) Nulidades textuales o virtuales.
- C) Nulidades absolutas y relativas.
- D) Nulidades de fondo o de forma.

La característica común a todas las nulidades, cualquiera sea su sub-especie, que las diferencia de los casos de inexistencia, es que ellas dependen de juzgamiento, lo que ocurre tanto cuando la ley confiere a una parte una acción de nulidad como cuando la ley dice directamente que un acto es nulo, o que es nulo de derecho, o que es nulo de pleno derecho, etc. Los actos viciados de nulidad son válidos en tanto que su anulación no haya sido pronunciada por los jueces.

Respecto de la clasificación de nulidades de orden público o de interés privado, no consignan estos autores ningún comentario.

A la clasificación de las nulidades en textuales o virtuales le asignan esta importancia: en las primeras el Juez se limitará a apreciar si existe o no el defecto mencionado por la ley como invalidatorio; en el caso de las segundas el Juez deberá entrar a apreciar si la violación a disposiciones generales de la ley o a normas que definen su espíritu, es de trascendencia tal que justifique la invalidación del acto.

La clasificación de nulidades en absolutas y relativas se funda —en la opinión de estos autores— en el hecho de que cualquier interesado pueda invocarla, o que puedan solamente hacerla determinadas personas. En principio las nulidades deben reputarse absolutas, salvo que la ley haya restringido el derecho de invocarlas; en especial deben considerarse absolutas las que resultan de faltas de formas del acto o las que se relacionan con consideraciones de orden público salvo que esas formalidades hayan sido impuestas exclusivamente en interés de una de las partes o que las razones de orden público que movieron a establecer la nulidad quedaran desvirtuadas por el hecho de que cualquiera de las partes pudiera invocarlas (así por ejemplo señala Aubry en una de sus notas los jueces a quienes se prohíbe hacerse cesionarios de

derechos vinculados a litigios que tramitan ante ellos, no podrían denunciar la invalidez de tales cesiones). Esta nota y este ejemplo de Aubry que figuraban ya en las ediciones consultadas por Vélez Sarsfield ha sido, sin duda, fuente de aquella idea que recoge el art. 1047 cuando prohíbe invocar la nulidad absoluta a la parte que otorgó el acto sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalidaba.

Clasificación de Demolombe

Demolombe, I, N° 21 y siga., enseña: a) las convenciones pueden ser nulas o anulables; b) la nula es aquella a la que falta totalmente una condición esencial para su formación y existencia. Por falta de tal condición esa convención no es propiamente tal, no existe como tal, no ha llegado a formarse como tal, es solamente un hecho. De ello se sigue que su nulidad puede ser invocada por toda persona interesada, que ella no es susceptible de confirmación o ratificación, y que sus defectos no son susceptibles de ser reparados por el tiempo; c) muy distinto es el caso de la convención anulable: ha podido formarse porque han llegado a cumplirse las condiciones esenciales aunque lo hayan sido en forma irregular e imperfecta. Esta convención existe y continuará existiendo si no se la anula judicialmente. Aunque tenga una existencia precaria no por eso deja de ser una convención válida, que está expuesta a extinguirse por virtud de la acción de nulidad que la aniquile. De todo ello resulta que la anulabilidad sólo puede ser invocada por ciertas personas en cuyo interés particular se la ha establecido, que es susceptible de confirmación y también puede ser sanada por el tiempo.

Clasificación de Freitas

Freitas es el autor a quien más de cerca ha seguido Vélez Sarsfield, en esta materia. Lo ha seguido, en especial, en las dos siguientes características del método expositivo:

- a) Hacer dos clasificaciones paralelas e independientes (la primera: actos nulos y anulables; la segunda: actos de nulidad absoluta y de nulidad relativa).
- b) Lo ha seguido también en cuanto al método de presentar la materia, método que a veces consiste en dar los conceptos a través de ejemplos (por ejemplo son nulos tales actos... son anulables tales otros) y otras consiste en no dar conceptos sino consignar consecuencias (la nulidad absoluta no puede ser confirmada, o puede ser pedida por tales personas, etc.) con lo cual el intérprete no cuenta con una definición legal sobre el concepto de los tipos correlativos, sino que debe inducirlos del sentido jurídico que quepa atribuir a la consecuencia que la ley consagra).

Los puntos más importantes que interesa retener del sistema del Esbozo, son los siguientes:

1º) Una clasificación entre nulidades manifiestas y dependientes de juzgamiento que luego desemboca en una enumeración de actos nulos y anulables (arts. 788 y sigs.). Estos textos coinciden casi exactamente con los artículos 1038 y 1041 a 1045 de nuestro código.

2º) Una clasificación de nulidades absolutas y relativas, con la reglamentación consiguiente que comprende los puntos: quien puede pedir la declaración, posibilidad o imposibilidad de confirmación. En ambos puntos las soluciones coinciden bastante próximamente con las de nuestro código. Por otra parte la caracterización de Freitas es más completa en cuanto incluye una disposición que Vélez no recogió a saber la de mencionar "casos" de nulidad absoluta y de nulidad relativa. El punto previsto en los artículos 805 y 810 del Esbozo pone de manifiesto a la vez una independencia y una vinculación entre esta clasificación con la de actos nulos y anulables, pues aunque no coinciden totalmente hay una zona de casos comunes. En efecto: los actos nulos, o sea aquellos cuyo vicio es manifiesto, son por lo general de nulidad absoluta salvo el caso de los actos otorgados por incapaces relativos los que son de nulidad relativa; y los actos anulables, es decir los que requieren juzgamiento, son de nulidad relativa, salvo el caso de incapacidades de derecho que deben ser investigadas, las cuales son de nulidad absoluta (ver arts. 805 y 810 del Esbozo y sus remisiones a los artículos 789 y 790). Este sistema del Esbozo es el que a grandes rasgos recogió el Proyecto de Reformas a nuestro código civil elaborado en el año 1936 al que nos hemos referido en el N° 13.

A primera vista esta coincidencia de los actos nulos con los de nulidad absoluta y de los anulables con los de nulidad relativa, importaría negar la necesidad de hacer dos clasificaciones distintas e importaría negar la autonomía de uno y otro criterio calificativo.

Sin embargo no es así: en cuanto conceptos una y otra clasificación son autónomas, porque una cosa es el carácter manifiesto o no manifiesto del vicio y otra es la mayor o menor gravedad del mismo. Pero, no obstante, esa diferencia conceptual, ocurre que por lo general los vicios manifiestos determinan que la realidad del suceso que se analiza aparezca como más apartada de aquella que corresponde al tipo de acto de que se trata; ese suceso ocurrido está más lejos de ser el suceso que la ley requiere para que se configure el acto jurídico cuya existencia o eficacia se debate, por donde, la ineficacia de ese suceso sometido a análisis judicial al mismo tiempo que es más manifiesta, resultará ser más intensa, más completa, más total, todo lo cual conduce a incluirlo en la categoría de nulidad absoluta, porque "eso" que sucedió ni es un

acto jurídico, ni nunca lo fué, ni nunca se podrá convertir en acto jurídico (inconfirmabilidad característica de la nulidad absoluta).

Y hasta tal punto esto es así que a veces inclusive ese vicio que tan manifiestamente aparta a la realidad sucedida del tipo de acto jurídico cuya existencia se discute determinará que el Juez llegue a resolver que se trata de un caso de "inexistencia": así por ejemplo si una persona pretende ser esposa de otra y presenta como título una escritura pública de matrimonio otorgada ante un escribano, o un instrumento privado de matrimonio esa convención otorgada por ambas no sólo no configura un matrimonio válido sino que tampoco llega a componer la figura de un matrimonio nulo sino que directamente esa realidad "no es matrimonio", es decir que se trataría de un supuesto de inexistencia.

En definitiva: la coincidencia de casos no borra la diversidad de conceptos. No hay necesidad lógica de que los actos nulos sean de nulidad absoluta (si la hubiera sería una clasificación única y no serían dos clasificaciones), pero habitualmente ocurre que lo manifiesto del vicio implica simultáneamente la mayor discordancia entre el acto sucedido y el tipo legal, lo cual a su vez genera la nulidad absoluta de ese pretendido acto jurídico.

El problema de la clasificación a través de las sucesivas ediciones de *Planio*

Según hemos tenido ocasión de señalar al tratar el punto relativo a inexistencia y nulidad, la opinión sostenida en la obra de *Planio* ha ido variando con el tiempo, y en especial cuando la obra primitiva se convierte en la de los colaboradores que —muerto el autor— la actualizan y repasan.

En las primeras ediciones se enuncia una opinión que se mantiene largos años y se hace una clasificación tripartita:

- a) actos inexistentes;
- b) actos nulos de pleno derecho;
- c) actos anulables.

Puede verse en ese sentido la undécima edición que data de 1938.

El criterio que informa a esta clasificación, en lo que a las dos últimas categorías se refiere (nulidad de pleno derecho y anulabilidad) es un criterio que podríamos llamar referido a los aspectos procesales de la cuestión: es de pleno derecho aquella nulidad que la ley establece directamente y que no requiere ni una acción de nulidad por parte de los interesados, ni tampoco que el Juez deba "romper" ("casser") ese acto (ver tomo I, N° 338 de la edición precitada); es cierto que podrá haber necesidad de acudir a los jueces, pues nadie puede hacerse justicia a sí mismo, pero en tal caso el juez se limitará a "comprobar" la nulidad pero no a decretarla. La nulidad de pleno derecho es inmediata (el acto

no paraliza la libertad de las partes las que pueden actuar como si no lo hubieran otorgado); puede invocarla cualquier interesado y no se puede cubrir por confirmación. Este tipo de nulidad constituye la regla general: "representa el derecho común... la sim-
"ple anulabilidad es una excepción que sólo tiene lugar en cier-
"tos casos y por causas determinadas...". De esta anulabilidad señala Planiol que procede: a) en casos de vicios de consentimiento; b) por falta de capacidad del autor. Importa una medida de protección instituida a favor de persona determinada que es la única que puede invocarla. Mientras no se dicta sentencia invalidatoria al acto se lo reputa válido, si bien una vez que se dicta sentencia ésta es retroactiva, quedando aniquilado el acto y también sus efectos cumplidos en el pasado.

Esta era pues la línea de clasificación sostenida clásicamente en la obra que citamos.

En la edición de 1948 del "Traité Elementaire de Planiol" por Ripert et Boulanger se modifica la terminología.

A la clasificación: actos inexistentes, nulidades de pleno derecho y anulabilidades, la sustituye otra clasificación también tripartita: actos inexistentes, nulidades absolutas, nulidades relativas.

En el N° 343 se hace una crítica a la noción antes admitida de nulidades de pleno derecho o nulidades legales que se pretendía oponer a la de nulidades judiciales, puesto que si en definitiva en ambos casos había que recurrir a los magistrados por aquello de que nada puede hacerse justicia por sí resultaba que todas las nulidades dependían de sentencia lo que contradecía la calificación "de pleno derecho" atribuida a esta categoría.

Abandonado pues, el criterio de clasificar las nulidades con relación al modo de declararlas (calificación procesal) se lo hace con relación al fundamento por el cual se las declara (calificación de fondo) y se señalan las categorías de nulidades absolutas y relativas. Si recordamos que ya Aubry y Rau consignaban esta última clasificación advertimos que no se está innovando en la materia sino simplemente poniendo el acento en alguna de los criterios calificativos que ya desde antes se mencionaban.

Por otra parte aunque sea distinto el criterio elegido hay un cierto paralelismo entre una y otra clasificación, por las razones que hemos señalado al comentar la clasificación de Freitas: como las que se llamaban nulidades de pleno derecho eran aquellas que la ley establecía como nítidamente contrarias al ordenamiento, resulta ahora que el nuevo criterio calificante que habla de nulidades absolutas para designar aquellas que contrarían al interés general coincide en parte con el anterior. Así en el N° 344 de la edición que seguimos se señala: la característica de la nulidad absoluta estriba en que la norma violada por el acto es de aquellas que protegen un interés general; por eso esa nulidad supone la falta de un elemento que era esencial a la validez del acto y

por ello mismo puede ser invocada por cualquier persona y no puede ser convalidada por confirmación o prescripción, punto este último que la jurisprudencia francesa ha modificado en parte.

En cuanto a las nulidades relativas —siguiendo siempre la edición de Ripert y Boulanger de 1948— son aquellas que corresponden a la violación de normas dictadas para proteger a determinados sujetos e intereses, y suponen que esos sujetos las actúan. En ese sentido tales nulidades están subordinadas a que se las reclame por la parte y se las declare por el Juez, razón por la cual puede decirse con verdad que el acto es anulable. Así equiparando este grupo de nulidades a las anulabilidades a que se refería la edición anterior, vemos que coinciden los casos (víctimas de consentimiento e incapacidad del sujeto), los efectos, etc.

En la última edición del *Traité de droit civil d'après le Traité de Planiol*, por Ripert y Boulanger se mantiene la clasificación ya mencionada de nulidades absolutas y relativas y la novedad con relación a la anterior edición consiste en que —según hemos tenido oportunidad de señalar— se suprime la categoría de actos inexistentes (edición de 1958, tomo I, N° 632 y sigs.).

Esméin, autor del tomo sobre Obligaciones en el *Traité pratique de Planiol y Ripert* (edición 1952, tomo VI, N° 287) al referirse a la clasificación de las nulidades, presenta también como la más importante a aquella que distingue las nulidades absolutas y las relativas. Su exposición sobre la materia es similar a la de Ripert y Boulanger en el *Traité Elementaire de Planiol*.

Otros autores franceses modernos

Casi coincidente con la opinión de las últimas ediciones de Planiol es la que sostienen otras obras modernas de derecho francés.

Colin, Capitant et Julliot de la Morandiere (II, N° 742): la teoría francesa de las nulidades se apoya en la distinción entre nulidades absolutas y relativas. Esta distinción tiene en cuenta las condiciones de funcionamiento y no los efectos de uno u otro tipo de nulidad. Una nulidad es absoluta o de orden público cuando se funda en motivos de interés general: cualquier interesado puede prevalerse de ella, el acto no puede ser confirmado y la acción sólo se prescribe por la prescripción de derecho común de treinta años.

Una nulidad es relativa cuando está fundada en motivos de protección individual: la acción, entonces, no pertenece sino a aquellas personas a las que la ley quiso proteger, las que pueden confirmar el acto si así lo desean. Esa acción se prescribe a los diez años.

Marty y Raynaud por su parte, señalan en su *Droit Civil*, tomo I, N° 158, edición 1956: la distinción entre nulidades de pleno derecho y nulidades judiciales ha ido perdiendo valor porque en

definitiva si los interesados no se ponen de acuerdo es menester recurrir al Juez cualquiera sea la causa de la nulidad, y contrariamente la intervención judicial será inútil desde el momento en que exista conformidad de partes para admitir la invalidez del acto. Por eso la clasificación que aparece a la vez como clásica y fundamental es la que distingue: a) nulidades absolutas, que corresponden a vicios de alcance general como ser la falta de un elemento constitutivo o la contravención al orden público o buenas costumbres. b) nulidades relativas que sancionan reglas instituidas en el interés de una de las partes o de un grupo determinado de interesados (vicios de consentimiento, incapacidades, etc.). Las diferencias de régimen entre una y otra categoría son: la nulidad relativa sólo puede ser invocada por las personas a las que la ley quiso proteger y es reparable; la nulidad absoluta puede ser invocada por todo interesado y no es susceptible de confirmación.

Los Mazeaud en sus ya citadas *Leçons de droit civil*, edic. 1955, tomo I, N° 350; las nulidades, pueden fundarse tanto en consideraciones de orden público como en motivos de interés privado y sobre esos dos fundamentos reposa la distinción tradicional entre nulidades absolutas y relativas.

Carbonnier, *Droit Civil*, edic. 1955, tomo II, N° 131, distingue tres formas de ineficacia: inexistencia, nulidad absoluta y nulidad relativa.

Conclusiones en cuanto a la doctrina francesa:

En forma casi unánime la doctrina francesa ha abandonado el criterio de la CLASIFICACION PROCESAL DE LAS NULIDADES (que distinguía nulidades de pleno derecho y nulidades dependientes de sentencia) y ha dado importancia a la CLASIFICACION DE FONDO (nulidades absolutas y relativas).

Este punto de vista doctrinario al que se llega tras una larga evolución doctrinaria resulta, sin duda, de interés al tiempo de aplicar el régimen de nuestro código que combina una y otra clasificación.

La clasificación en la doctrina italiana

La moderna doctrina italiana encara el problema de la clasificación de las nulidades dentro del sistema general de ideas elaborado en torno a la construcción del acto jurídico.

La clasificación en la obra de Betti

Este autor que según vimos admite la categoría de la inexistencia como distinta de la nulidad (*"Teoria generale del negozio giuridico*, edic. 1955, parág. 58) subdivide en esta última dos for-

mas: a) es nulo el negocio cuando por faltarle algún elemento esencial es inapto para producir el efecto jurídico a que se dirige el tipo legal respectivo; b) es anulable cuando por reunir los elementos esenciales del tipo, llega a originar la situación jurídica que según el derecho acompaña a dicho tipo legal, pero que tras reacción de la parte interesada puede ser removido con fuerza retroactiva y considerado como si nunca hubiese existido. En tal forma la anulabilidad que corresponde a deficiencias menos graves que las que producen la nulidad, configura una forma de invalidez que sólo surge por virtud de sentencia constitutiva.

La obra de Cariota Ferrara

Cariota Ferrara ("El negocio jurídico", edic. cast., 1955, N° 83). Este autor, aparte de admitir la categoría de inexistencia (ver lo dicho en nota 4) separa dos formas de invalidez: nulidad y anulabilidad. La primera es la más grave: el negocio nulo no produce sus efectos propios, no puede —al menos generalmente— sanarse; la acción de nulidad es de mera fijación. La anulabilidad (N° 86), en cambio se caracteriza porque el negocio produce sus efectos hasta que es anulado; la sentencia que produce la anulabilidad es constitutiva; normalmente la anulabilidad puede hacerse valer sólo por personas determinadas y el acto anulable puede sanarse.

Una vez definidos estos dos tipos de invalidez Cariota Ferrara se preocupa de subdividir en cada uno de esos tipos dos formas, y es aquí donde introduce la clasificación de invalidez absoluta y relativa (ver N° 84, N° 85, N° 86 y N° 87), con lo cual su sistema resulta ser el siguiente: La nulidad puede ser absoluta (que es la regla) o relativa (que es la excepción) y también la anulabilidad puede ser absoluta (que es la excepción) o relativa (que es la regla). Encontramos pues el entrecruzamiento de las dos clasificaciones en forma que si se quiere es similar a la que nuestro código determina. Con todo detenimiento destaca Cariota las características de la nulidad relativa que "debe poder construirse como tal nulidad sin que resbale hacia la anulabilidad", cuidado que luego debe repetir en el caso de la anulabilidad absoluta para que "no se resbale" hacia la nulidad. Sin poder entrar aquí a detallar el sistema calificativo de este autor señalaremos que su estudio resulta de interés por cuanto corresponde en parte al esquema de pensamiento que el codificador argentino aceptó.

Clasificación de Giuseppe Stolfi

También este autor en su "Teoría del negocio jurídico", ed. cast., Madrid 1959, mantiene la distinción entre nulidad y anulabilidad en términos similares a los de los precedentemente citados:

Conclusión en cuanto a la doctrina italiana

La doctrina italiana moderna, a diferencia de la francesa a la que antes nos hemos referido, mantiene la CLASIFICACION PROCESAL DE LAS NULIDADES (de pleno derecho o actos nulos, y dependiente de sentencia o actos anulables). Queda, por tal causa, más cerca del sistema de nuestro código.

La clasificación en derecho alemán.

En capítulos distintos el código alemán trata de la nulidad (art. 139) y de la anulación (art. 142).

Enneccerus-Nipperdey, Parte General, pará. 189, pág. 354, señalan las bases de la distinción: es nulo el acto cuando adolece de determinados defectos concretos y específicamente señalados por el propio código, por ejemplo cuando la declaración emana de un incapaz (art. 105), cuando la declaración se hace con reserva mental y se dirige a persona que conoce dicha reserva (art. 114); cuando se hace sin seriedad y con la seguridad de que se conocerá esa falta de seriedad (art. 115) o cuando se la hace por fórmula a persona que conoce este alcance (art. 117); cuando el acto carece de la forma legal (art. 125); o cuando es contrario a la ley (art. 134) o a las buenas costumbres o importa explotar la desgracia, ligereza o inexperiencia ajena (art. 138) o bien cuando el contrato tiene por objeto una prestación imposible (art. 306).

Estos casos perfectamente determinados dan lugar a que el negocio si bien tenga una existencia exterior no sea propiamente negocio jurídico, a consecuencia de lo cual resulta: a) que esa realidad no configura negocio; b) que no puede surtir efecto a favor ni en contra de nadie; c) que cualquiera puede invocar la nulidad en contra de cualquiera; d) que los jueces deben tenerlas en cuenta aunque no sean invocadas; e) que no requieren una acción de anulación, sino simplemente una de mera constatación (salvo que se trate de matrimonios inscriptos); f) que no pueden ser confirmados, y sin perjuicio de que los interesados puedan otorgar una nueva —o mejor dicho una efectiva— conclusión del acto, la que deberá estar rodeada de todos los requisitos legales como que se trata de un acto de otorgamiento.

Los casos de anulabilidad se presentan cuando el negocio adolece de vicios (error, intimidación, engaño doloso). El negocio es provisionalmente válido pero si se lo anula se lo tiene como si nunca hubiera existido, tanto entre las partes como respecto de terceros. No es menester una acción de nulidad propiamente dicha sino que basta una mera declaración dirigida a la otra parte, a la que seguirá una acción en "constatación" del defecto (pág. 370).

NOTA E. — CON RELACIÓN AL EFECTO RETROACTIVO DE LAS SENTENCIAS ANULATORIAS DE ACTOS ANULABLES

Al desarrollar el capítulo respectivo vimos que es de la esencia de la nulidad el producir efectos invalidantes en forma retroactiva, pero que en nuestro derecho se había desarrollado una corriente de opinión en el sentido de limitar —por motivos de seguridad jurídica— los efectos retroactivos de las sentencias de nulidad en los casos de actos anulables, en forma tal que esos efectos se producirían entre partes pero no respecto de terceros.

Entendemos práctico, para valorar esa corriente de pensamiento, consignar una serie de opiniones que exponen el "derecho común" en la materia.

Ese "derecho común" conduciría a rechazar la distinción: el acto nulo es inválido desde el principio por la forma de operar por sí mismo el vicio que lo determina; el acto anulable es inválido desde el principio por la forma retroactiva de operar de la sentencia que lo invalida. Por dos caminos diferentes se llega a un mismo resultado: la invalidez inicial del acto tanto en las relaciones entre partes como respecto de terceros, a lo cual se desemboca por igual en los supuestos de actos nulos y anulables.

Más aún: cuando se ha querido proteger a los terceros adquirentes de buena fe (por ejemplo en el sistema de Freitas o en el del código alemán) entonces se han ideado reglas especiales (reducción del inmueble en el sistema de Freitas o acto abstracto de adquisición en el derecho alemán), pero esas reglas especiales funcionan tanto en los casos de actos nulos como en los de anulables, de modo que tampoco bajo este aspecto resultaría acorde a la doctrina de derecho comparado la distinción practicada por los autores a quienes nos referimos, pues en su sistema se protege a los adquirentes de buena fe en los casos de actos anulables pero se los deja sin protección en los casos de actos nulos.

Como único antecedente que en cierta medida vendría a respaldar la solución de limitar la retroactividad de las sentencias anulatorias en forma que ellas no alcancen a los terceros de buena fe, cabría citar un texto del código italiano de 1942.

Con estas aclaraciones iniciales pasamos a mencionar las distintas opiniones vertidas sobre la materia.

La opinión de Aubry y Rau (fuente de los artículos 1050 a 1052)

Estos autores tratan la materia en dos partes de su curso. En el tomo I, parág. 37, señalan:

a) La consecuencia que se sigue de toda sentencia que anula un acto es la de determinar que se lo considere como si nunca hubiera tenido existencia jurídica.

b) El acto declarado nulo no puede, en virtud de la causa por la que se lo anuló, producir ningún efecto jurídico ni para el

futuro ni para el pasado, a menos que el legislador disponga excepcionalmente otra cosa.

c) Puede, sin embargo, ese acto haber dado lugar a relaciones de hecho entre las partes de las que no se podría prescindir, y que podrán dar lugar a derechos y obligaciones recíprocas (así por ejemplo un matrimonio o una sociedad anulados, podrán dejar como saldo el que haya habido una comunidad de intereses entre esas personas).

d) Puede ocurrir también que un instrumento, no obstante haber sido anulado en cuanto título de la convención que por su intermedio se quería instrumentar, pueda servir como prueba de declaraciones o manifestaciones allí insertadas accesoriamente.

e) La anulación misma del acto puede ser el fundamento de una demanda por daños e intereses fundada en la existencia de un delito o cuasi-delito (es el principio recogido por el art. 1056 de nuestro código).

En el párrafo 336 se refieren a las consecuencias jurídicas de las acciones de nulidad. En las primeras ediciones, o sea las que Vélez consultó, su opinión es terminante en el sentido de que "la nulidad torna las cosas al mismo o semejante estado en que se encontraban antes de la formación de la obligación anulada o rescindida" (2ª edición, tomo II, pág. 437/E). Surge de este principio —agregan— "que todos los derechos reales concedidos sobre un inmueble por una persona que había llegado a ser propietaria por consecuencia de una obligación luego anulada o rescindida, se desvanecen y las consecuencias de la acción en nulidad o rescisión repercuten ("reflechissent") contra los terceros a los cuales esos derechos han sido transmitidos" (pág. 438). Como se advierte hay una similitud casi total en este enunciado y el recogido por nuestro código en el art. 1051. (Ediciones posteriores de Aubry et Rau mantienen la misma redacción).

La opinión de Demolombe

Señala este autor (tomo 29, N° 167 y sigs.) que si bien el código francés no ha reglamentado en detalle los efectos de las acciones de nulidad (tratan la materia los arts. 1304 y sigs.) es fácil determinar sus efectos aplicando las tradiciones antiguas y los principios generales de derecho.

Lo característico del instituto es que al igual que la restitución romana vuelve las cosas al mismo o semejante estado en que se encontraban antes de la convención anulada. Lo que es más ningún efecto produce. Se aniquila en el pasado la existencia misma de la convención anulada. Este efecto se produce entre las partes o respecto de terceros (N° 169): resuelto el derecho del dador queda resuelto el del recipiendario.

El autor cuya exposición en esta parte es sumamente breve, se limita a remitirse a otros desarrollos de esos principios generales.

La obra de Eudry Lacantinerie

En el tomo tercero del Tratado de las Obligaciones compuesto con la colaboración de L. Barde se señala: a) La anulación repercute sobre terceros, entendiéndose por tales a las personas a las cuales han sido conferidos por las partes derechos que ellas deben restituir en razón del aniquilamiento del contrato; b) por razón de la anulación se supone que el contrato nunca ha existido y que las partes nunca han tenido derecho alguno sobre las cosas de que se trata y que en consecuencia no han podido crear o transmitir derecho alguno a ningún otro sujeto; c) un derecho anulable o revocable no dejaría de ser vulnerable por el hecho de pasar a otro titular; d) cabrían, sin embargo, limitaciones o defensas en materia de cosas muebles por invocación del principio "en materia de muebles posesión vale título"; e) la invalidación alcanza tanto a las disposiciones realizadas con posterioridad a la anulación como a las efectuadas antes, es decir que la anulación tiene efecto retroactivo.

El régimen de Freitas

Es de gran importancia tener en cuenta el sistema del Esboço porque sus disposiciones fueron seguidas muy de cerca por Vélez Sarsfield en toda la materia de las nulidades y en especial en lo relativo a la clasificación de los actos en nulos y anulables.

Tras consignar los casos de actos nulos en el artículo 789 (que coincide con nuestros artículos 1041 a 1044) y de actos anulables en el 790 (casi literalmente volcado en el 1045 del código argentino) pasa Freitas a referirse a los efectos de las nulidades declaradas (es decir de las que corresponden a los actos nulos) o juzgadas (la que corresponde a actos anulables). Al hacer la mención de sus efectos las enumera juntas, es decir, equipara ambos casos, y dispone:

a) La nulidad declarada o juzgada coloca a las partes en el estado anterior al acto **SALVO EN LOS CASOS QUE FUEREN DECLARADOS EN LA PARTE ESPECIAL DE ESTE CODIGO (Art. 785).**

b) Establece los efectos respecto de terceros las nulidades declaradas o juzgadas en los distintos casos de cosas muebles fungibles (art. 797), muebles no fungibles (art. 798) e inmuebles (art. 799), y respecto de estos últimos casos consagra la siguiente regla: "Tratándose de inmuebles la nulidad declarada o juzgada "por sentencia no dará derechos contra terceros una vez que estos "hayan redimido los inmuebles en la forma que se reglará en la "Parte Especial de este Código".

Este artículo 799 de Freitas es esencial para comprender el sistema del autor brasileño y para comprender —por comparación— el de nuestro código.

Freitas está en la idea de que nulidad (declarada o juzgada, es decir la de actos nulos o anulables), por propia fuerza consubstancial al tipo de invalidación aniquilante que representa, debe volver las cosas al estado anterior al acto.

No hace distinción entre la nulidad de actos nulos o la de actos anulables: ambas tienen en principio esa propiedad. Ambas son retroactivas.

Freitas admite que la aplicación lógica del principio de la aniquilación retroactiva puede ser inconveniente.

Por eso lo limita, no ya por cambio en la estructura lógica de la anulación sino por la aplicación de otras instituciones que legislará "en la parte especial de este código".

Y una de esas instituciones que legislaría en la parte especial para detener la fuerza retroactiva de la nulidad y para evitar que alcanzara a terceros de buena fe comprometiendo en esa forma la seguridad jurídica era la "redención de inmuebles", instituto que luego y por otras causas no llegó a reglamentar.

Pero lo que nos interesa destacar es que Freitas insiste en que por sí misma la nulidad debe ser retroactiva tanto entre partes como respecto de terceros, y tanto en el caso de nulidad "declarada" (acto nulo) como en el de nulidad "juzgada" (acto anulable), porque la forma por la cual se haya llegado a dar estado a la nulidad no puede modificar la esencia de la nulidad misma.

Y cuando hay que restringir la retroactividad de las nulidades se lo hace por igual para todas las nulidades (declaradas o juzgadas) y se lo hace por creación de un instituto jurídico que funcionando dentro de los modos de adquisición permita "redimir" el inmueble y sustraer al adquirente a la fuerza retroactiva de la nulidad.

Ahora bien: si nuestro código que siguió en los artículos respectivos a Freitas casi al pie de la letra, no adoptó ese texto en que se decía que los terceros podrían sustraerse a padecer las consecuencias de la retroactividad de las nulidades declaradas o juzgadas, "redimiendo" sus inmuebles en la forma prevista por la Parte Especial, resulta claro que la voluntad de la ley (que es algo más que la voluntad de Vélez Sarsfield) fue de aceptar lisa y llanamente la retroacción de la nulidad tal como la aceptaba el derecho común de la época (que es el derecho común de la actualidad) sin introducir esa "redención" que estaría destinada a funcionar como instituto neutralizador de aquella retroacción de las nulidades.

La opinión de Planiol

Planiol, 11ª edición, tomo I, N° 339 y 343; en tanto que en los actos nulos de pleno derecho (según hemos visto las ediciones posteriores de Planiol prescindían de este concepto) la nulidad es inmediata en forma tal que el sujeto puede considerarse libre del vínculo que el supuesto acto implicaría, en los actos anulables esa nulidad sólo existe con la sentencia judicial. Pero esa sentencia, una vez dictada, es retroactiva, es decir aniquila al acto en su mismo origen, aniquilando con él sus efectos cumplidos en el pasado.

Soluciones en derecho alemán

También en derecho alemán se admite la retroactividad de la sentencia anulatoria en los casos de anulabilidad: Certmann, párrafo 51 enseña: "la impugnación una vez realizada deja sin efecto el negocio jurídico totalmente y lo anula, además, con efecto retroactivo, debiendo ser considerado como nulo desde su origen. Esto es así también con respecto a los terceros a cuyo poder hubiera ido a parar, entretanto, por medio de un nuevo negocio, el objeto del anulado. Esos terceros no se hallan en situación peor, más tampoco en situación mejor que la que les correspondía si la adquisición de su antecesor hubiera sido nula desde el principio".

Enneccerus-Nipperdey, Parte General, II parágrafos 189 y 190 vinculando esta materia a la clasificación que en ese derecho se hace entre nulidad e impugnabilidad, señalan: "Se conoce también una nulidad pendiente principalmente de la declaración de una persona. En la mayoría de estos casos el negocio se considera provisionalmente válido, pero al hacerse aquella declaración se deroga con efecto retroactivo. Entonces se le considera nulo desde el principio" (pág. 357). Y más adelante: al negocio impugnado "... se le considera nulo no sólo frente a aquel que lo ha impugnado sino frente a todos... por tanto —en principio— las cosas enajenadas puede reivindicarlas de esta tercera mano el anterior propietario después de la eficaz impugnación del negocio de enajenación... pero también se aplican en este caso las disposiciones de protección de los adquirentes de buena fe, exactamente como a propósito de la nulidad resuelta desde el principio.

En conclusión: en derecho alemán así como la nulidad es retroactiva (entre partes y respecto de terceros) así también la anulación es igualmente retroactiva (entre partes y respecto de terceros).

Ahora bien: la oponibilidad al tercero de la retroactividad, tanto en los casos de nulidad como en los de anulación, tiene una limitación a la que alude Enneccerus en el párrafo final del pasaje precedentemente transcrito. Ella consiste en normas especiales que ese derecho consagra en virtud de las cuales, derogando el princi-

pio de que nadie puede adquirir un derecho mejor o más amplio que el del adquirente, se decide que CADA ACTO DE ADQUISICIÓN DE INMUEBLES BRINDA AL ADQUIRENTE DE BUENA FE UNA POSICIÓN DE PROPIETARIO FIRME Y CONSOLIDADO CONTRA QUIEN NO PODRAN INVOCARSE VICIOS O DEFECTOS DE ADQUISICIONES ANTERIORES. Es decir: cada adquisición es independiente de las anteriores (y por eso se habla del acto "abstracto" en sentido de "no causado", "no dependiente"). Se trata —como se ve— de un sistema legal que neutraliza la retroactividad de las nulidades y de las anulaciones, neutralización que se opera por una vía distinta. Sin negar que las nulidades deban ser retroactivas, se impide que la retroacción perjudique a terceros adquirentes de buena fe.

Ahora bien: esto ocurre por igual en los casos de actos nulos y de actos anulables, de modo que no constituye una diferenciación entre uno y otro tipo de nulidad.

Solución en derecho italiano

En una innovación introducida en el derecho italiano por el código de 1942 encontramos un elemento de juicio —el único que conocamos— coincidente en cierta medida con la postura adoptada entre nosotros por los autores que limitan el efecto retroactivo de las sentencias anulatorias de actos anulables, no aceptando

Dispone —en efecto— el art. 1445 del código de 1942: "La "anulación que no deriva de incapacidad legal no perjudica los "derechos adquiridos a título oneroso por terceros de buena fe, salvo los efectos propios a la transcripción de la demanda de anulación".

Pasamos a referirnos a los comentarios que el texto ha merecido a la doctrina.

Betti (op. cit. parág. 58) tras haber señalado que el acto anulable "...tras la reacción de parte interesada puede ser removido "con fuerza retroactiva y considerado como si nunca hubiese existido..." (pág. 475) alude a la limitación representada por el artículo 1445 sin detenerse mayormente en ella (pág. 485).

Colagrosso (El libro delle obbligazioni, edic. 1943, pág. 435) tras señalar que el nuevo principio importa derogar el sistema clásico consagrado por el código de 1865 que daba a la anulación efecto retroactivo erga omnes, destaca que se trata de una norma dirigida a proteger la seguridad de los terceros de buena fe, a cuyo efecto se deroga la regla según la cual nadie puede transmitir derecho mejor que el que goza.

Carriata Ferrara (El negocio jurídico, N° 86) señala que la anulación que resulta de sentencia anulatoria de un acto impugnado es en sí misma retroactiva tanto entre las partes como respecto de terceros, salvo los límites que resultan de normas especiales (pág. 389 y pág. 397); con relación a esos límites menciona

el caso del ya citado artículo 1445 que configuraría un caso de inoponibilidad, es decir que aún admitiendo que la sentencia tenga por sí misma vigor retroactivo el mismo no se podría oponer a los terceros de buena fe que hubieran adquirido derechos sobre la cosa y hubieran inscrito sus correspondientes títulos antes de haberse transcrito en el Registro respectivo la existencia del juicio sobre anulación. Por otra parte la excepción del artículo 1445 no rige cuando la anulación se debe a incapacidad, en tal forma un menor que hubiera vendido una casa a otra persona podría anular la venta y recuperar la casa de esa persona o de un tercero de buena fe a quien ella se la hubiese vendido.

Coviello (El negocio jurídico, parág. 27, pág. 109) hace consideraciones similares. A la norma del artículo 1445 y a la del artículo 2652 que lo complementa las califica de "artificiosas" explicándolas como respondiendo al propósito de proteger a quienes confían en las apariencias de los actos.

De todo lo dicho resultaría que la solución consagrada por el nuevo código italiano de 1942 vendría a constituir una concordancia legislativa que respaldaría con su autoridad la opinión de aquellos autores nacionales que sostienen que también en nuestro derecho las sentencias anulatorias de actos anulables no deben tener efecto retroactivo respecto de terceros adquirentes del bien transmitido por el acto anulado. Pero, en realidad, el valor de este precedente se disminuye si se tiene en cuenta que en el código italiano esa solución de no oponibilidad de la retroacción en los casos de actos anulables (art. 1445) rige también en virtud de otro texto para los casos de actos nulos (norma del art. 2652, inc. 8ª), es decir: que lo que se limita es la retroactividad de las nulidades en general, sin entrar en una diferenciación, a nuestro juicio infundada, que distinga entre actos nulos y anulables.

Volvería a quedar pues sin antecedentes ni concordantes esa tendencia de derecho nacional que niega la oponibilidad a terceros de buena fe de los efectos retroactivos de las sentencias anulatorias.

Nuestra opinión

Pensamos que en nuestro derecho la sentencia anulatoria de un acto anulable debe tener efecto retroactivo tanto entre partes como respecto de terceros, ya que ello está en la esencia de la nulidad: invalidación por vicio originario que hace desaparecer al acto. Esto no es exclusivo de ciertas nulidades sino calidad común a todas. Hay una idea única de "nulidad" aunque haya varios tipos por la forma en que se lleva a declarar o por la posibilidad de que se la pueda borrar.

Si el código hubiera querido consagrar la no oponibilidad a terceros de las sentencias de anulación hubiera consagrado un texto como el 799 de Freitas, que expresamente dejó de lado al

saltear este artículo tras haber adoptado las soluciones consagradas por los anteriores y los posteriores.

El argumento basado en los textos sobre acción reivindicatoria no nos parece convincente. La acción de nulidad es una acción personal y no una acción real. El otorgante del acto que obtiene la declaración de nulidad tiene en sus manos un título que le permite reclamar la restitución de la cosa en la etapa del proceso llamada "ejecución de sentencia". No tiene porque iniciar "reivindicaciones"; le basta con pedir se ejecute la sentencia de nulidad.

El derecho procesal tiene reglas bien precisas para determinar como el impugnante de un acto puede llamar al juicio de impugnación a todas las personas contra las que quiera hacer valer la sentencia que obtenga. Si Pedro vendió la casa a Pablo y éste la vendió a Diego, Pedro deberá demandar al primero y traer al juicio al segundo por alguna de las formas procesales correspondientes (litis consorcio pasivo) para poder luego oponerle la sentencia que allí se obtenga. No tiene porque actuar contra ese tercero una acción de reivindicación (que podría no proceder) cuando tiene a su mano la acción personal de declaración de nulidad que procede.

Cuando el impugnante actúa contra un adquirente ulterior del bien transmitido en el acto impugnado (cuando Pedro demanda a Diego en el ejemplo anterior) no está actuando contra un "tercerero" sino contra un sucesor a título singular de su co-contratante. Cuando Pablo vendió a Diego la casa, le cedió y entregó todo lo que él había recibido de Pedro. Nuestro derecho no conoce (salvo casos especiales) la idea de que la transmisión de un bien constituya un acto de "creación" de derecho autónomo a favor del adquirente. La transmisión es un cambio de sujeto con persistencia del derecho. Por eso los vicios de que adoleciera el derecho del transmitente pueden invocarse contra el adquirente (art. 3277).

Una última observación: quizás el único caso en que podría sostenerse la imposibilidad de oponer una sentencia anulatoria a un adquirente ulterior se daría en aquellos supuestos en que el código, apartándose de la idea de la adquisición derivada por transmisión admite constitución de título autónomo a favor del adquirente. Sea este caso: Pedro vende su casa a Pablo; éste constituye una hipoteca a favor de Diego, y como no paga los servicios correspondientes Diego promueve ejecución hipotecaria en la que se remata la casa adquiriéndola Antonio. Estas adquisiciones en remates hipotecarios tienen en el código reglas propias y corresponden a un tipo de negocio adquisitivo especial. Quizás (habría que estudiar a fondo el caso en sí mismo) podría sostenerse que la anulación de la venta primitiva (la de Pedro a Pablo) no afectaría el título de Antonio, porque al entrar en la ejecución una suma de dinero (el precio pagado por Antonio) en lugar de la casa, la ley considera que los derechos que pudieran existir sobre el bien

se transfieren a esa suma de dinero (principio de la subrogación real), y en consecuencia los derechos de Pedro se tendrían que ejercer sobre esa suma, en colisión con los del acreedor hipotecario (Diego) al cual podría aquél oponerle la nulidad de la venta para que se considerara nula también la hipoteca. Todo esto, por otra parte, deriva en problemas ajenos a nuestro curso y a la finalidad de este ensayo.