

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

LA IRRETROACTIVIDAD DE LA LEY Y LAS NULIDADES INSTRUMENTALES

CARLOS A. PELOSI

SUMARIO

I. El conflicto de leyes en el tiempo. - II. Sistemas. - III. Sistema de la ley 17711. - IV. El caso a examinar. - V. El principio de la no retroactividad. - VI. La regla "tempus regit actum". - VII. La doctrina posterior. - VIII. Antecedentes de casos análogos. - IX. ¿Qué se entiende por consecuencias?. - X. Distingo esclarecedor. - XI. La nulidad instrumental y sus consecuencias. - XII. La teoría de los hechos cumplidos o realizados. - XIII. Doctrina de la situación jurídica. - XIV. Las reglas de Roubier. - XV. La regla definitoria. - XVI. Ejemplificación de Roubier. - XVII. La teoría de la ley más favorable. - XVIII. El pretendido cambio del orden público. - XIX. El IV Congreso de Derecho Civil.

I. EL CONFLICTO DE LEYES EN EL TIEMPO

El tránsito de una legislación a otra obliga a determinar los límites temporales de la ley anterior y de la nueva, originándose de tal modo una serie de problemas ínsitos en la colisión de leyes en el tiempo.

Las cuestiones surgidas ante la necesidad de elegir entre las leyes que pretenden, en forma simultánea, recibir aplicación sobre una misma relación o situación jurídica y establecer si la nueva debe aplicarse incluso a las nacidas bajo el imperio de la antigua, constituye la materia de estudios que han recibido distintas denominaciones y que en la actualidad se conocen como derecho transitorio, salvo en Alemania donde se lo designa con el nombre de vigencia intertemporal.

Los más importantes de los problemas a que aludimos, son para Rabotnikof (1)(470), los siguientes:

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

a) Retroactividad de la nueva ley.

Cuando la ley vuelve sus efectos hacia el pasado (retro agere) incursionando de esa manera en el dominio de la antigua ley, es retroactiva.

b) Efecto inmediato de la nueva ley.

Presupone la delimitación, explícita o implícita, de los textos respectivos, como consecuencia de la cual la esfera de eficacia de la nueva ley se concreta hacia el pasado o hacia el futuro a partir de la vigencia de la segunda de las normas.

c) Subsistencia de la antigua ley.

No obstante la regla genérica del efecto inmediato de la nueva ley, hay casos en que una relación jurídica comenzada bajo el imperio de determinada norma continúa en la tutela de la misma, aun cuando al tiempo del caso concreto que se rige ya está en vigencia una nueva ley. Esto es excepcional.

d) Leyes intermedias.

Una ley modificada o derogada por otra, puede recobrar su validez plena por imperio de una tercera. En tal caso se plantea el problema de la ley intermedia, habiéndose resuelto el conflicto, de rara producción, con el criterio de negarle eficacia.

II. SISTEMAS

Desde un punto de vista, hay tres aplicaciones posibles de una ley en el tiempo, según se considere el pasado, el presente o el porvenir, expresa Areco(2)(471). La ley tendrá efecto retroactivo si se aplica al pasado, efecto inmediato si se aplica al presente, y efecto diferido si su aplicación se posterga para el porvenir.

La irretroactividad de las leyes es un principio consagrado en casi todos los códigos modernos al prescribir que las leyes disponen para el futuro.

Cuando se produce la retroactividad ella puede ser, para Albadalejo(3)(472) de tres grados:

1º) De grado mínimo: Cuando la nueva ley se aplica sólo a los efectos de la relación creada bajo la antigua, que se produzcan después de regir aquella.

2º) De grado medio: Cuando la nueva ley se aplica también a los efectos de la relación jurídica que, producidos antes de dictarse aquélla, aún no se han consumado.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

3º) De grado máximo: Cuando la nueva ley permite que incluso los efectos producidos y consumados bajo la antigua, se deshagan y rehagan a tenor de la nueva.

En otro orden de consideraciones y según manifiestan Raffo Benegas y Sassot(4)(473) existen dos formas particulares de reglamentar la aplicación de las leyes en el tiempo: o bien se establecen principios generales, librando los detalles al intérprete, o bien se reglamenta minuciosamente la transición con relación a cada uno de los sectores del Código Civil.

Aducen que es preferible el segundo sistema, al estilo de las disposiciones transitorias que, libro por libro, establece para el Código Civil italiano de 1942, el Real Decreto N° 318 de 30 de marzo de 1942.

III. SISTEMA DE LA LEY 17711

Como enseguida veremos, la ley de reformas al Código Civil ha previsto un principio general, sin referirse a los casos particulares.

Con la modificación del artículo 3º y la derogación de los artículos 4º, 5º, 4044 y 4045, el régimen actual es el siguiente:

a) Las leyes no tienen efecto retroactivo, sean o no de orden público, salvo disposición en contrario.

Con esto se elimina toda discusión acerca de si antes de la reforma, en virtud de lo preceptuado por el artículo 5º toda ley de orden público, por el solo hecho de serlo, asumía el carácter de retroactiva(5)(474).

A propósito de esa controversia doctrinaria y con relación al tema objeto de nuestro examen, se ha hecho una forzada construcción para defender la tesis de que las leyes que rigen la forma de los documentos notariales, por ser de orden público, tienen efecto retroactivo.

Como bien lo comenta Borda(6)(475), por el contrario, la jurisprudencia había resuelto con absoluta unanimidad, que el principio de que las leyes no tienen efectos retroactivos se aplicaba también a las de orden público.

b) A partir de su entrada en vigencia, las leyes se aplicarán a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes.

Con esta disposición la reforma sigue la teoría del efecto inmediato de la ley.

No obstante su aparente claridad, ha provocado confusiones la precisa determinación de lo que debe entenderse por "consecuencias" de las relaciones y situaciones jurídicas existentes.

Las interpretaciones erróneas han incidido también en lo que atañe a nuestro tema y se ha llegado a conclusiones que, en mi criterio, son desvaliosas.

c) Cuando la ley dispone expresamente su retroactividad en ningún caso podrá afectar derechos amparados por garantías constitucionales.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Este párrafo, que tiene su origen en la enmienda propuesta por el Dr. Orgaz a la ponencia aprobada en el Tercer Congreso de Derecho Civil, ha sido considerada superflua por muchos autores(7)(476).

d) A los contratos en curso de ejecución no son aplicables las nuevas leyes supletorias.

Significa que en este tipo de normas no rige el efecto inmediato de la ley.

e) Quedó abolida la tan criticada distinción entre derechos adquiridos y derechos en expectativa.

IV. EL CASO A EXAMINAR

A) Las breves consideraciones expuestas justifican la cuestión que vamos a abordar en este trabajo, porque evidentemente se hace necesario establecer cuál es la ley aplicable cuando nos enteramos que se han ensayado tesis inconciliables con el régimen implantado por la reforma.

Para la mejor demostración de nuestra idea y con el propósito de analizar el problema en su adecuada dimensión, vamos a ubicarlo en las distintas teorías que se han sucedido y, finalmente, en las pautas que constituyen el antecedente del texto actual del artículo 3°.

Va de suyo entonces que éste no puede ser un aparte de creación. Sólo trataremos de manejar el material ya conocido para una correcta dilucidación.

B) Con anterioridad a la sanción de la ley 15875, disponía el artículo 1001 del Código Civil que la escritura pública debía ser firmada por los interesados en presencia de dos testigos, cuyos nombres constarán en el cuerpo del acto. Por su parte el art. 1004 sancionaba con nulidad las escrituras que no tuvieran la presencia y firma de dos testigos en el acto. La citada ley 15875 eliminó la exigencia de testigos instrumentales en las escrituras públicas y por lo mismo modificó también el art. 1004 suprimiendo la nulidad por la causal indicada, salvo en los casos que hubiera sido requerida la presencia de los testigos conforme al nuevo texto del art. 1001, que redujo tal requisito a los supuestos de que el escribano o cualquiera de las partes lo juzgue pertinente.

Otra modificación introducida por la ley 15875 consiste en eliminar asimismo, como causa de invalidez, la falta de las procuraciones o documentos habilitantes, temperamento que se imponía a raíz de la reforma insertada a la vez en el art. 1003.

Con motivo de la sanción de la ley 17711 se han hecho tres elaboraciones a propósito de las escrituras otorgadas con anterioridad a la ley 15875 que carecen de la firma de los dos testigos exigidos hasta la tan ansiada reforma que advino con esta ley. Son las siguientes:

a) El concepto de orden público vigente en la época de la sanción

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

del art. 1004 del Código Civil, no es el que rige ahora. La ley 17711 dispone que las leyes se aplican aún a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes. El fundamento del efecto inmediato de la ley, radica en la idea de la unidad necesaria de la legislación. Si la nueva ley 15875 ha dejado de requerir los testigos instrumentales en las escrituras públicas, declarar ahora, durante su vigencia, la nulidad de una escritura porque en su oportunidad los omitió, entraña mantener un requisito que se considera inútil, que a nadie beneficia y, en cambio, causa considerables perjuicios a los terceros subadquirentes. La escritura en cuestión que no fue declarada nula en su oportunidad, ahora ha Adquirido total validez.

b) En las normas que se vinculan con el orden público rige la retroactividad. La ley 15875 es una norma procesal. Las normas procesales son de orden público; ergo la ley 15875 es de orden público y desde el 2 de octubre de 1961, fecha en que entró en vigencia se volatilizó la espada de Damocles por virtud de lo que establecía el anterior artículo 5° del Código Civil. El artículo 3° de la ley 17711 ha venido a reforzar esa tesis en forma definitiva y con muy sólidos argumentos que son irrefutables.

c) Las únicas nulidades de que pueden adolecer todas las escrituras públicas, cualquiera fuera el tiempo de su realización, son las establecidas en el actual artículo 1004 del Código Civil, ya que, de acuerdo con el artículo 3° del mismo, la ley se aplicará a partir de su entrada en vigencia aun a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes. Los jueces no pueden declarar otras nulidades de los actos jurídicos que las que el Código establece (art. 1037).

La ingenuidad de esta concepción se manifiesta en dos aspectos esenciales: 1) Una escritura no autorizada por el escribano no sería nula puesto que el art. 1004 no la menciona como causa de invalidez. b) Desaparecen todos los problemas de los conflictos de las leyes en el tiempo y siempre habrá que aplicar la ley vigente sin preocuparnos en absoluto si de tal modo se operan efectos retroactivos. Todo el esfuerzo de los juristas ha resultado estéril.

V. EL PRINCIPIO DE LA NO RETROACTIVIDAD

Sabido es que producida la revolución de 1789 se dictaron en Francia diversas leyes retroactivas. Las más recordadas fueron las siguientes del año II.

a) La del 5 brumario, destinada a anular todas las cláusulas consignadas en actos anteriores contrarias a la libertad, igualdad y fraternidad.

b) La del 12 brumario, por la cual se asimilaban los hijos naturales a los legítimos dentro del régimen sucesorio, con efecto retroactivo al 14 de julio de 1789.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

c) Las del 17 nivose, relativa a las donaciones y sucesiones. Poco tiempo después se dictaron las leyes del 5 floreal y 9 fructidor, año III, suspendiendo el efecto retroactivo de las leyes mencionadas. Más tarde adquirió arraigo el concepto de que era necesario instaurar, como principio, la irretroactividad de la ley, y esta tesis tuvo consagración en el artículo 2º del código de Napoleón, al estatuir que la ley no dispone sino para el futuro; no tiene efecto retroactivo. Los comentaristas del código comienzan el estudio de las llamadas entonces "cuestiones transitorias" para establecer cuándo era aplicable la ley antigua y cuándo la nueva que modificara el Código.

VI. LA REGLA "TEMPUS REGIT ACTUM"

Así es como los autores analizan la cuestión relativa a la forma de los actos jurídicos.

Para no incurrir en una fastidiosa revista de todos los tratadistas de la época, haremos únicamente referencia a algunas opiniones que reflejan el criterio general.

Dice Laurent(8)(477) que "la doctrina y la jurisprudencia están de acuerdo en decidir que las formas instrumentales de los actos son regidos por la ley del día en que han sido otorgados. Es el momento que las partes contratantes deben saber en qué forma es necesario otorgar los escritos destinados a constatar sus convenciones. Cuando ellas han cumplido las formalidades que la ley prescribe, todo está consumado, ellos están conformes a la ley y la ley debe mantener lo que ellas han hecho. No habría ninguna seguridad en las relaciones civiles, como lo dice bien Meyer, si el legislador pudiera prescribir formalidades nuevas que las partes no pueden conocer cuando han hecho sus convenciones. La aplicación de esos principios a las formas de los testamentos han sufrido alguna dificultad durante los primeros tiempos".

Mas categóricos son Aubry y Rau(9)(478) al afirmar que "la naturaleza de las cosas lleva a reconocer que un acto no puede, en cuanto a su forma exterior, estar regido más que por la ley bajo cuyo imperio ha sido suscrito, poco importa que las ventajas que de ello puedan resultar constituyan derechos adquiridos o no conformen mas que simples expectativas".

Agregan que un testamento hecho en la forma prescripta por la ley en vigor en el momento de su formación se mantendrá válido a pesar de una nueva ley que sometiera a formas más rigurosas los actos de última voluntad, aunque el testador no fallezca sino después de su promulgación. Recíprocamente un testamento que no reuniera las condiciones de forma exigidas por la ley bajo cuyo imperio fue otorgado, sería nulo a pesar de la promulgación de una nueva ley cuyas prescripciones satisficiese.

Por su parte Demolombe(10)(479) estudia la aplicación del art. 2º a las principales materias del código.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Al tratar las leyes concernientes a las disposiciones a título gratuito alude a los cambios que puede operar la ley nueva respecto del testamento, entre ellos, su forma y escribe que la ley nueva no es aplicable a los anteriores a su publicación. La consecuencia directa e inmediata de la forma es que una vez cumplida sirve de prueba legal. Si la ley nueva anula un acto anterior por inobservancia de las formas por ella introducida, no dispondría solamente para el futuro sino también para el pasado.

Por los mismos motivos piensa que puede generalizarse esa proposición y considerar como válidos, en cuanto a la forma, todo acto hecho según las formas exigidas a la época en que ha tenido lugar.

En materia de contratos, si la nueva ley modifica la forma o el modo de la prueba, aduce que si en su origen el contenido reunía las formas requeridas por la ley en vigor, el derecho ha sido adquirido por las partes. Si por lo contrario, el contrato puede ser anulado por vicio de la forma y no es susceptible de ser probado bajo el imperio de la ley antigua, las partes han adquirido el derecho de demandar la nulidad por vicio de forma o de proponer la insuficiencia de la prueba. La ley nueva no es aplicable y ella no puede destituir a la convención anterior de la fuerza probante que le corresponde, ni conferir la fuerza probante de que ha sido privada la convención anterior.

Es Planiol uno de los autores más conocidos que alude a la regla "tempus regit actum" por analogía con el adagio "locus regit actum" al expresar que los contratos se rigen, en cuanto a sus condiciones de forma y de fondo, por la ley vigente el día de su celebración(11)
(480)

VII. LA DOCTRINA POSTERIOR

También en esta parte nos ceñiremos a mencionar algunas opiniones, evitando el inventario detallado de todas las emitidas.

En su enjundiosa obra sobre la materia, Fiore(12)(481) trata los principios de derecho transitorio acerca de la forma de los actos.

Sostiene que "las formalidades prescriptas por las leyes para que algún acto del hombre pueda ser considerado como título jurídico bastante para la adquisición de un derecho y la correlativa obligación, deben ser determinadas y reguladas por la ley que estuviere vigente en el momento en que fue realizado el acto".

Se funda en que sería contrario a todos los principios del derecho admitir que la ley nueva pudiese extender su autoridad sobre las formas de los actos antes de haber empezado a regir o que pudiese declarar nulo cualquier acto anterior revestido de las formalidades necesarias según la legislación bajo cuyo imperio se hubiere llevado a cabo dicho acto.

Este principio, dice, es de suyo tan evidente que no es necesario insistir en su demostración.

Agrega que en conformidad con esa regla, si la ley nueva aboliese cualquier formalidad exigida antes bajo pena de nulidad por la legislación

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

del tiempo del contrato, no convalidaría, sin embargo, tal disposición nueva la relación jurídica que en su origen no fuese válida por falta de dicho requisito o formalidad.

Al referirse a la teoría de Lasalle, que mencionaremos más adelante, argumenta que no es conciliable con el respeto debido a los derechos adquiridos. Conocida es la regla "quod ab initio vitiosum est, non potest tractu temporis convalescere". Considera una injusta violación de los derechos contractuales, tanto que se anulara en virtud de la nueva ley un acto en cuya celebración se han observado todas las formalidades exigidas por la vigente a la sazón, como si un acto originariamente nulo por defecto de forma pudiera ser considerado eficaz a espaldas de las partes, por el solo hecho de haber promulgado después una ley nueva que hubiere abolido la necesidad de determinados requisitos de forma. Al ejemplificar sobre la regla de la no retroactividad, Jossierand(13)(482) menciona las condiciones de forma o las condiciones de validez a las cuales deben responder los actos jurídicos y manifiesta que la ley aplicable será la ley en vigor en el momento del acto.

Enseña Coviello(14)(483): "las leyes que conciernen a la forma de los actos no se aplican a los que revistieron una forma diversa que regía bajo la ley anterior, aun cuando, nótese bien, no hayan alcanzado en aquel tiempo su perfección los actos de referencia.

De acuerdo con la directiva de Planiol, entre nosotros, dice Busso(15)(484) que todo cuanto concierne tanto a las condiciones de validez como a las formas de los actos jurídicos, debe ser apreciado conforme a la ley en vigor en el día en que han sido celebrados.

La regla "tempus regit actum" responde a una razón de equidad para von Tuhr, porque, salvo excepciones fundadas en necesidades prácticas, quedan firmes los derechos ya constituidos en el momento en que entró a regir la ley nueva; y conservan su validez los contratos concluidos bajo la ley antigua(16)(485). Cabe agregar que el mismo módulo rige para la situación inversa, como después lo veremos.

VIII. ANTECEDENTES DE CASOS ANÁLOGOS

Sin perjuicio de las puntualizaciones que haremos más adelante especialmente de los ejemplos que da Roubier, dentro de la exposición esquemática adoptada, vamos a mencionar algunos casos resueltos en aplicación de la doctrina antes expuesta.

A) En el extranjero.

Indica De Castro y Bravo(17)(486) que una importante cuestión se planteó en España con la implantación del testamento ológrafo por el código, declarando la jurisprudencia nulo el otorgado con anterioridad a esecuerpo legal. La ley de 21 de julio de 1904 suprimió el requisito del papel sellado en el testamento ológrafo y surgió el problema respecto de

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

la validez de los testamentos ológrafos redactados, antes de su publicación, sin tal requisito y la jurisprudencia declaró que el cambio de la ley no subsana la nulidad del testamento.

Con respecto a la ley de 1 de abril de 1939 modificatoria del art. 681 del Código Civil, en el sentido de que no será necesario que los vecinos tengan vecindad o domicilio en el lugar del otorgamiento, tampoco significa una convalidación de los testamentos que se hubiesen otorgado con testigos inidóneos según la legislación anterior.

En lo atinente a los testamentos ológrafos que hasta la reforma introducida por la ley de 1904 debían escribirse en papel sellado del año correspondiente al del otorgamiento, formalidad que fue suprimida al eliminarse el requisito de que el papel sellado llevara indicación del año de su puesta en circulación, las sentencias de 18 de enero de 1910, 30 de junio de 1914 y 17 de marzo de 1922, adoptaron el criterio riguroso de mantener la originaria nulidad. Eran válidos sólo los otorgados en las provincias vascongadas(18)(487). Ese criterio se mantuvo a pesar de la crítica hecha por el eminente notario Ramón Novoa Seoane(19)(488).

Para convalidar los actos otorgados en violación a las reglas de forma, cuando no son confirmables, es necesario que la ley lo declare expresamente. Así aconteció en Francia con la ley de 21 de junio de 1843 según la cual los actos notariales otorgados después de la promulgación de la ley de 25 de Ventoso, año XI, no podían ser anulados por falta de presencia simultánea de dos notarios o presencia de un notario y dos testigos instrumentales.

B) En nuestro país.

a) La donación al cacique Raninqueo.

El 19 de octubre de 1869 La Legislatura de la Provincia de Buenos Aires dictó una ley por la cual hacía merced de seis leguas de campo al cacique Raninqueo y los jefes de familia de su tribu, con cargo de que los agraciados no podían enajenar en todo ni en parte el campo acordado en propiedad hasta pasados 10 años, plazo que debía contarse desde la fecha en que se les extendiera la escritura correspondiente.

El Poder Ejecutivo promulgó la ley, a los efectos de la ejecución de la misma, mandó ubicar el campo, comisionando al agrimensor Pico, quien practicó las operaciones de mensura y división en lotes, los que fueron asignados a los varios donatarios, incluso Raninqueo, a quien se le destinó suyo, operaciones todas que fueron aprobadas por un decreto administrativo.

La acción del Poder Ejecutivo paró ahí; no otorgó escritura a favor de Raninqueo; por manera que la ley no recibió completa ejecución, ni la donación fue consumada por falta del requisito legal preindicado.

Algún tiempo después, Raninqueo y su tribu se alzaron contra el Gobierno y ganaron de nuevo el desierto, dejando así de ocupar o acampar en el inmueble de referencia.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

En presencia de ese estado de cosas, y visto que se había frustrado el propósito que informara la ley de 1869, cual era atraer a la vida civilizada al salvaje, mediante un acto de liberalidad, la Legislatura tuvo por conveniente dictar una nueva ley acordando en merced al menor Adolfo Alsina las mismas tierras que se donaron a Raninqueo y su tribu.

Esta ley, previa su promulgación, fue debidamente ejecutada por el Poder Ejecutivo, que otorgó escritura pública de propiedad al menor Adolfo Alsina y lo puso en posesión del inmueble, trasladándole el dominio, de conformidad con los arts. 2506, 2601, 2602 y concordantes del Código Civil.

Iniciado juicio por Raninqueo, la Cámara de Apelaciones en lo Civil de la Capital, en sentencia de fecha 3 de agosto de 1897 declaró que las donaciones anteriores a la vigencia del Código Civil deben juzgarse por las antiguas leyes aun cuando el derecho se invoque después de sancionada la ley moderna. Atento que las donaciones hechas por ley especial no requieren para ser válidas la existencia de la escritura pública, según la ley vigente a la fecha en que fue realizada, la ley de donación no podía ser anulada por otra posterior, desde que ella ha sido promulgada o aceptada.

La donación debía juzgarse por la legislación antigua y no por el Código Civil, pues databa del año 1869. La ley 9ª, título 1º, partida 4ª establecía que las formas de las donaciones, cuando se hacen entre particulares, deben constar en cartas si exceden de 500 maravedíes, bajo pena de nulidad, pero se exceptuaban las que hacía el soberano a algún particular que no requerían formalidad alguna(20)(489).

b) La ley 9151

La primera ley que modificó las reglas formales concernientes a las escrituras públicas fue la ley 9151, sancionada el 27 de setiembre de 1913, modificatoria de los artículos 998, 1001 y 1003, según la numeración actual.

El art. 998 en su primitiva redacción disponía que las escrituras públicas debían ser hechas por el mismo escribano en el libro de registros que estará numerado, rubricado o sellado, según las leyes en vigor. Las escrituras hechas por los escribanos públicos que no estén en el protocolo, no tienen valor alguno.

Se discutía con anterioridad si por imperio de las expresiones subrayadas, que la reforma suprimió, era necesario que el escribano manuscribiera las escrituras y en caso afirmativo si la inobservancia de dicha formalidad acarrearba la nulidad de la escritura. Por lo que se ve ahora un sector de la doctrina notarial no dudaría sobre la validez de la escritura aun si era obligatorio que el escribano debía escribir él mismo en el protocolo las escrituras, toda vez que no se - incluye esta nulidad en el art. 1004, lo que significa que hemos progresado con respecto a autores que sostuvieron lo contrario como Llerena(21)(490) que fuera rebatido por Baudon(22)(491) en este punto, no obstante sostener que el

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

escribano debía escribir las escrituras en el libro de registros.

Al margen de esa discusión doctrinaria, lo cierto es que los tribunales de Córdoba mantenían un criterio riguroso, en el sentido que efectivamente el escribano se hallaba obligado a efectuar la creación material del documento, doctrina ésta que regía principalmente en materia de testamentos, como ocurrió con la sentencia dictada por el juez Dr. Carlos Molina Arrotea, declarando nulo un testamento otorgado por acto público que no había sido escrito de puño y letra del escribano autorizante que, sin embargo, no fue confirmada por el tribunal de alzada.

A propósito de esa corriente y a solicitud del Colegio de Escribanos de la Capital Federal el Dr. José María Rosa produjo un dictamen defendiendo la tesis contraria(23)(492).

Interesa entonces establecer si con posterioridad a la sanción de dicha ley se declaró nula alguna escritura o si al menos se impuso sanción disciplinaria a escribanos que durante la vigencia del anterior texto del artículo 998 habían autorizado escrituras extendidas por sus amanuenses.

Lamentablemente no hemos podido encontrar datos o noticias al respecto. Creemos que ello se justifica en mérito de los siguientes motivos:

1) En cierta medida la ley 9151, con relación al artículo 998, debe considerarse interpretativa. Y nadie discute que las leyes interpretativas tienen efecto retroactivo.

Prueba esa explicación Salvat(24)(493) cuando expresa que "los escribanos de Córdoba pidieron al Congreso la sanción de una ley que aclarara el alcance exacto del artículo 998".

Al discutirse el proyecto de ley en la Cámara de Diputados de la Nación, el miembro informante señor Terán fue excesivamente parco. Empero, extraemos de su exposición los siguientes párrafos:

"Este artículo ha sido interpretado completamente a la letra por los tribunales de Córdoba, estableciendo que las escrituras deben ser hechas de puño y letra de los escribanos, jurisprudencia que está completamente en contra de la adoptada en todo el resto de la república por los distintos tribunales nacionales y provinciales".

"Aclarando, pues, ese concepto, la comisión de legislación ha establecido que las escrituras deberán ser hechas en el protocolo que deben llevar los escribanos, aclarando así el concepto del artículo en el sentido de la interpretación casi general de que deben ser, sí, firmadas por el escribano, pero de ninguna manera hechas por él de su puño y letra"(25)(494).(495)

2) Como lo expresara el miembro informante Sr. Terán, solamente en Córdoba se había llegado a una interpretación equívoca. Tan cierto es que pudo decir el escribano Soares, cofundador de esta Revista, que "Las únicas personas a quienes les alcanzó relativos beneficios de esa ley, fueron los escribanos de Córdoba que continuaron hasta el año

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

1913, viviendo bajo el imperio tiránico de una inconcebible doctrina que aferrada a palabras materiales les impuso la obligación de escribir personalmente las escrituras", agregando: "Algún beneficio trajo siquiera esa ley que obró como un sedativo al darle estabilidad a los agitados nervios de los distinguidos escribanos de aquella provincia, a quienes se les había impuesto una inútil y subalterna tarea inconciliable con sus excelsas funciones(26)(496).

Por consiguiente, hubiera importado una verdadera aventura (calificada actualmente como temeridad o malicia de los litigantes y penada en los modernos códigos procesales) intentar cualquier acción o pedido de nulidad de una escritura anterior a la ley 9151 que no hubiera sido escrita de puño y letra del escribano.

En los tribunales nacionales se intentó, antes de la sanción de la ley que nos ocupa y al amparo de la confusión creada por los pronunciamientos de Córdoba, impugnar la validez de algunos testamentos por acto público extendidos en esas condiciones, pero en ningún caso prosperó tal pretensión.

Nuestra conclusión es que el caso no admite parangón por cuanto queda expresado. Pero a la vez cumplimos en declarar que entendemos que el hecho de no haberse cuestionado posteriormente la validez de las escrituras otorgadas durante la antigua legislación transgrediendo el supuesto requisito que exigía, no se funda en que había perdido vigencia la formalidad o la problemática sanción de nulidad, sino, sencillamente, en que la ley 9151 puso en su quicio un problema de interpretación. La ley 15875, en cambio, suprimió una formalidad que en el anterior texto de los artículos 1001 y 1004 no ofrecía duda alguna sobre la necesidad de su observancia y efectos que producía el incumplimiento.

c) Ley 11846

En el baldío de referencias que puedan arrojar luz para el examen del asunto que concita nuestra atención, nos queda únicamente la ley 11846 de 6 de julio de 1934, incorporada al artículo 1003 del Código Civil, relativa al procedimiento instrumental que debe seguirse en las protocolizaciones de documentos exigidas por la ley y ordenadas por los jueces.

Tampoco en este aspecto hemos hallado casos en que antes de (dictarse esa ley se hubieran efectuado protocolizaciones en la forma y modo instituidos por la reforma y que, según la tesis que no compartimos, resultarían válidas. En consecuencia nada puede aportarnos este antecedente para resolver el problema en estudio.

IX. ¿QUÉ SE ENTIENDE POR CONSECUENCIAS?

A) Cualquier diccionario nos proporciona las significaciones gramaticales de la palabra consecuencia: Proposición que se deduce de otra o de

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

otras con enlace riguroso. Hecho o acontecimiento que sigue a otro. Tener o traer resultas de un hecho o suceso, o producir necesariamente otros.

En este terreno hay aproximación entre el sentido de los vocablos consecuencia, resultado y efectos

B) Distinta es la acepción legal del término, particularmente del que corresponde asignarle en atención a su empleo en el nuevo artículo 3º.

Y a tal punto existe esa diferencia que una de las cuestiones de interpretación más difíciles que se ha derivado de la ley 17711 lo constituye, a nuestro juicio, el alcance que debe asignársele a la palabra "consecuencias". En la respectiva Comisión de la Primera Convención Notarial del Colegio de Escribanos de Capital Federal, realizada entre los días 21 y 23 de agosto de 1969, propusimos que se determinara el significado, pero hubo de desistirse de tal propósito por lo encontrado de las opiniones.

C) Es categórico López de Zavalía(27)(497) al discurrir de esta manera: "Como la historia sigue su curso, como las viejas ideas no mueren y reaparecen con otro ropaje, por lo noble y hermoso que tiene la idea de derecho subjetivo contra la que en última instancia Duguít apuntaba, quizás dentro de otro medio siglo habrá un jurista que podrá también decir: «Sé lo que es una relación y una situación jurídica, aún no estoy muy seguro de ello, pero jamás he sabido lo que es una consecuencia de una relación o de una situación jurídica existente»".

Hace referencia después a la nota del derogado artículo 4044 según la cual la nueva ley deberá ser aplicada aún a las consecuencias de los hechos anteriores que sólo son meras expectativas y no derechos ya adquiridos.

Y como, en definitiva, la tan criticada distinción de derechos adquiridos y en expectativa siempre será una sabia pauta para hallar soluciones, según lo han reconocido muchos autores, obsérvese que ya tenemos en esta pizca de ingrediente para la interpretación una regla de oro. Aplicar la nueva ley a las consecuencias requería en el anterior régimen, no alterar derechos adquiridos y en el nuevo, el efecto inmediato de la ley, pero sin retroactividad.

El nombrado López de Zavalía dice que el término "consecuencias" tiene una historia nada pacífica, por cuanto hubo autores que establecieron diferencias entre consecuencias y efectos en tanto que otros han sostenido diversas ideas al respecto.

Añade que "prescindiendo de estas dificultades, cuando se habla de "consecuencias" de un hecho se capta inmediatamente lo que se quiere decir. No se trata de las consecuencias materiales en el sentido de los arts. 901 y siguientes, sino de las jurídicas, tal como el codificador emplea el término en la nota general al libro II, sección II y en las notas a los arts. 4044 y 4047".

Recordemos entonces que Vélez manifiesta en la nota al art. 4047 que

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

cuando un hecho se consuma bajo la antigua ley, la consecuencia de que este hecho ha sido el principio generador, la causa eficiente y directa, sería un derecho adquirido que no podría alterar la nueva ley.

En cuanto al ámbito temporal normal de una ley, para López de Zavalía, el primer párrafo del artículo 3° legisla dando las siguientes soluciones:

a) La ley tiene aplicación inmediata sobre todas las relaciones y situaciones jurídicas existentes. No afecta a la relación tal como ella existió antes, pues solo toca sus consecuencias a partir de la ley". Esto lo veremos con más claridad al examinar la teoría de Roubier. Es posible adelantar que tampoco toca al documento notarial tal como existió antes, con los vicios de forma con que nació.

b) "Sobre las consecuencias de las relaciones viene a la mente la reflexión que para los hechos formulaba De Castro: cada hecho no es jurídicamente tal hecho más que en la medida en que produzca efectos jurídicos. Suprimid uno, y ya no es el mismo hecho, la misma relación. . . "

Invitamos a leer la nota 6 del texto de De Castro, al que alude dicho autor en cuya nota comenta a Roubier y a la denegación de validez de un testamento redactado conforme a la antigua ley.

c) Al consagrarse la regla "la ley tiene aplicación inmediata" significa que tiene siempre efectos retroactivos en primer grado, pero no abarca la de segundo grado.

Y bien, retroactividad en primer grado o débil es la que somete a su imperio relaciones jurídicas nacidas antes, pero no las consecuencias ya consumadas(28)(498)

Debemos también aquí anticipar el "iter" de nuestro razonamiento. No tenemos documento "nacido" o formado porque la falta de firma del testigo produjo su nulidad y no su anulabilidad. En lo que atañe a las consecuencias ya veremos cuáles son las no consumadas.

d) Explica Llambías(29)(499) que "hay hechos de gestación prolongada, que están in fieri o en curso de desarrollo al tiempo de la sanción de la nueva ley. Tales hechos son regidos por la nueva ley y sin pecar por retroactividad, puesto que no quedaron cumplidos bajo el régimen antiguo".

"En cuanto a las consecuencias no consumadas de los hechos pasados caen bajo la nueva ley, en tanto que las consecuencias ya consumadas quedan sujetos a la ley anterior pues juega la noción de consumo jurídico".

Es importante recordar la aclaración que formula Borda(30)(500) «Ocurre por lo general, que las relaciones y las situaciones jurídicas no se agotan en un solo instante (como ocurre, por ejemplo, en la compraventa manual y aún en este caso, no sin consecuencias que se prolongan más allá del acto) sino que se desarrollan en un tiempo más o menos prolongado. Dictada una nueva ley, las partes anteriores de esa relación o situación jurídica quedan sujetas a La antigua ley, en tanto que todas las partes posteriores son regidas por la nueva ley".

Similares consideraciones formula Amuchástegui Astrada(31)(501).

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

e) En otros términos expresa idénticos conceptos López Olaciregui (32)(502) al decir que la nueva ley toma a la relación o a la situación jurídica en el estado en que se encontraba al tiempo de la sanción de la nueva ley, pasando a regir los tramos de su desarrollo aún no cumplidos, en tanto que a los cumplidos se los considera regidos por la vieja ley al tiempo en que se desarrollaban.

Sostiene además este autor que la norma no ha introducido ninguna sensible modificación en el sistema del Código Civil, pues el principio del efecto inmediato de la nueva ley estaba implícito en el anterior artículo 3º, en su aplicación combinada con los arts. 4044 y 4045.

No podemos comprender, entonces, cómo puede considerarse regida por la nueva ley las partes o tramos anteriores, que pertenecen sin duda alguna al consumo jurídico, pues bastaría recordar que conforme al artículo 973 la forma es el conjunto de las prescripciones de la ley respecto de las solemnidades que deben observarse al tiempo de la formación del acto jurídico y de tal observancia depende en general la validez de un acto jurídico, de acuerdo con Mackeldey(33)(503).

Representa también un esfuerzo mental entender cómo la ley nueva puede tomar una escritura nula y encontrar un tipo de consecuencias tan original que permite acordarle validez.

f) Con la misma orientación argumenta Morello(34)(504) que el problema supone generalmente relaciones o situaciones in fieri, es decir, que en alguna medida, en la causa o en los efectos están en ejecución, todavía no consumadas o liquidadas.

Agrega que la problemática del derecho transitorio, de la eventual colisión de dos leyes sucesivas en el tiempo, se concibe cuando se trata de relaciones o situaciones jurídicas que no se agotan instantáneamente, sino que duran en el tiempo, o que para su realización, ejecución, liquidación o consumación, demandan el consumo de un espacio de tiempo físico, por lo que en parte (en el inicio, al concertarse o al nacer) caen bajo el imperio de una norma y en parte o partes de otra (al realizarse las prestaciones o agotarse las consecuencias o los efectos de aquellas relaciones o situaciones jurídicas).

Pasamos por alto el debate sobre tiempo físico y tiempo espiritual y nos limitamos aquí a señalar que si la escritura era nula nos hallamos frente a una situación jurídica agotada, y pertenece al consumo jurídico.

X. DISTINGO ESCLARECEDOR

Se presenta con más claridad la determinación de lo que entra en el campo de las consecuencias y lo que está fuera de él, cuando la atención se dirige a los contratos, y en especial a su distingo entre instantáneos y sucesivos.

En nuestro país Rayces(35)(505) ha contribuido a su elucidación con la teoría de los derechos fluyentes en los contratos sucesivos.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

En relación a la anterior especificación de derechos adquiridos y derechos en expectativa, separaba Rayces: 1) Los poderes objetivos, constituidos por facultades que establece la ley sin asegurar su estabilidad indefinidamente. 2) Los poderes subjetivos, que posibilitan por regla general el derecho de propiedad por la utilización instantánea de los atributos de éste.

El elemento que legitima, por acción de presencia, el poder generado, o sea, por ejemplo, la facultad de vender, donar o permutar, es un elemento cuya utilización se agota en el instante del contrato, no quedándole ya ninguna función que desempeñar. Por consiguiente, nada le falta al poder jurídico generado para ser luego definido, es un efecto ya realizado del derecho que una ley nueva no podría alterar.

Empero, un análisis prolijo de otros contratos, como la locación, nos revela que la utilización de los atributos correspondientes ni es ni puede ser instantánea, sino cinemática, por así decirlo, como el fluir de un manantial.

La razón es obvia, la locación se desarrolla a través del tiempo y si bien la estipulación de sus condiciones (alquiler y otras modalidades) es un acto materialmente instantáneo, lo cierto es que esa estipulación no importa otra cosa, en realidad, que la regulación de una utilización del derecho de propiedad durante lapsos a devenir, o sea un anticipo de ese derecho que no crea un poder subjetivo intangible.

Cuando ese poder es el fruto de una utilización instantánea y extintiva de la facultad que lo legitima, sus efectos quedan conclusos y consumados bajo el punto de vista jurídico, aunque la materialidad de los mismos haya de manifestarse más tarde; pero cuando el poder subjetivo es el fruto de la regulación de una utilización en el futuro del derecho de propiedad, la función habilitante de éste debe prolongarse durante todo el tiempo de la utilización.

Su conclusión consiste en que no es suficiente que un derecho (poder subjetivo) sea el fruto de una facultad realizada para reputarlo definitivo e intangible. Lo fundamental es que no requiera ser fecundado por el porvenir sino que saque toda su fuerza del pasado. Sólo así puede llamarse derecho adquirido, en el sentido definitivo e intangible.

Si aplicamos estos conceptos al tema que nos interesa parece que no es menester acudir a la dialéctica para entender que en el otorgamiento de la escritura se ha utilizado y extinguido una facultad y sus efectos quedaron conclusos, porque aun cuando se invoque la teoría procesalista a que algunos se hallan apegados, podrán existir etapas anteriores a la formación de la escritura, pero no posteriores. Con su autorización el ciclo está cerrado y nada le proveerá el porvenir, como no sea la prescripción o la confirmación, cuando la nulidad es relativa. En términos notariales podríamos decir que ha quedado agotada la actividad de otorgamiento de esa escritura.

Siguiendo a Areco(36)(506) se puede argumentar que ninguna dificultad brota con relación al problema de la irretroactividad de las leyes y en el cumplimiento de un contrato instantáneo, que por "producirse en único

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

momento es regido por la ley en vigencia cuando se celebra o ha tenido lugar la convención que lo materializa.

Insistimos en que esta concepción es perfectamente aplicable a la escritura pública que reviste carácter de instrumento público en el único y definitivo momento en que es autorizada por el escribano.

XI. LA NULIDAD INSTRUMENTAL Y SUS CONSECUENCIAS

a) Prenociones.

El estudio de las nulidades instrumentales o formales y más específicamente del documento autorizado por notario se halla necesariamente vinculado al análisis de las nociones relativas a la teoría de las nulidades de los actos o negocios jurídicos.

Claro está que el documento no es un acto jurídico, sino el resultado de un acto, expresa Larraud (37)(507), Ello no significa que los problemas de la nulidad formal queden al margen de esa teoría general. La autorización notarial, subraya, es una forma jurídica, pero, a la vez, se realiza mediante un acto voluntario del agente, que puede tener tantos defectos como pudiera tenerlos la voluntad de un sujeto del negocio que el instrumento contiene. Examinados a la luz de la teoría general de las nulidades de los actos jurídicos, esos defectos pueden ser inoperantes, o, según los casos, afectar más o menos seriamente la validez del documento notarial en cuanto tal.

Por invalidez se entiende que el acto o negocio jurídico (o en su caso el instrumento público) se halla impedido o privado de producir sus efectos propios, sea en todo o en parte. Las causas pueden ser la nulidad o la anulabilidad. Omitimos la inexistencia que tanta utilidad nos prestaría para desarrollar la tesis que propugnamos, porque no queremos utilizar conceptos discutibles.

La idea expresada representa la antítesis o polaridad de lo que supone validez. Jurídicamente se dice que validez es la firmeza legal de un acto o documento, pero en rigor entraña una conformidad a las exigencias del ordenamiento jurídico, de donde se deriva su firmeza, aunque en ocasiones, sin existir tal concordancia, se reconoce al acto una validez provisional, como sucede con los anulables o pendientes de juzgamiento.

b) Concepto de la nulidad.

Expresa Llambías(38)(508) que la nulidad es una sanción legal que priva de sus efectos propios a un acto jurídico, en virtud de una causa existente en el momento de la celebración.

En sentido análogo se pronuncia Borda(39)(509). La nulidad presenta, en consecuencia, tres notas características:

A) Está establecida en la ley (sin entrar en la discusión sobre las nulidades expresas y virtuales).

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

B) Importa privar de sus efectos normales al acto.

C) La causa de la sanción es contemporánea con la celebración.

Con estos datos ya pueden ir quedando fijados los argumentos esenciales para comprender que en el nuevo texto del artículo 3º de ningún modo tiene cabida la aseveración que la ley 15875 adquiere un ámbito de aplicación diferente a partir de la ley 17711.

Las llamadas nulidades de pleno derecho no requieren sentencia invalidatoria del acto. La escritura nula se reputa tal aunque su nulidad no haya sido juzgada (arg. art. 1038 Cód. Civil) y el juez se limita a comprobarla. ¿Cómo se limita a comprobar si es nula una escritura que nació nula? Pues, sencillamente, yendo a su cuna, y sus efectos, como expresa Buteler(40)(510) han de destruirse, aniquilarse, de pleno derecho. La causa que provoca la nulidad reside en el acto mismo, coexiste con él, es interna, orgánica, no es otra que la violación de la ley, la desobediencia de alguno de los requisitos que condiciona su eficiencia jurídica, su validez.

El carácter de la nulidad absoluta no permite su convalidación. De allí que, según lo destaca De Castro y Bravo(41)(511), se ha observado que un enfermo puede sanar y hasta un muerto cabe que resucite, pero no es posible que reviva lo que no ha nacido ("quod nunquam fuit, convallescere non potest").

c) Naturaleza jurídica.

La doctrina afirma de un modo casi uniforme que la nulidad es una sanción de derecho civil.

La define Buteler(42)(512) como toda sanción expresa a virtud de la cual la ley pronuncia la inexistencia jurídica del acto o da acción al agraviado para hacerlo declarar nulo, sea porque careció de algún requisito sustancial o porque estuvo afectado por algún vicio congénito.

Para la doctrina crítica formalista la nulidad es un derecho de crítica organizado contra los efectos jurídicos de un acto que viola una regla de derecho.

La sanción legal es la nota que diferencia la nulidad de la revocación o la rescisión. La primera tiene su fuente en la ley; la segunda proviene de la voluntad particular. La ley no puede ser otra que la vigente a la fecha de formación del acto o del documento, pues de lo contrario se produce la fractura de todos los principios que gobiernan la temática de los actos nulos. Descartamos los anulables.

En contra de esa toma de posición que distingue a la invalidez como una sanción o pena, se manifiesta Nieto Blanc(43)(513). Estima que la invalidez constituye una figura de la técnica del derecho que no debe incluirse en el campo de las sanciones, salvo atribuyendo a éstas una proyección tan dilatada que desvirtúe su real sentido.

Alega que cuando la ley determina las condiciones de validez de los actos jurídicos (en general y en particular) no crea un imperativo, no ordena cumplir esos actos ni tampoco prohíbe dar vida a aquellos actos

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

que realizados, serán considerados inválidos. Quien lo hace no desobedece estrictamente un mandato de la ley; usa sólo un camino inadecuado, que puede no hallar su tutela. La reacción del orden jurídico frente a tal conducta es muy diversa de la que guarda cuando media un acto ilícito; aquí actúa la sanción, allí la invalidez.

Asegura que la sola consecuencia es la no producción de los efectos jurídicos a cuyo logro iba dirigido el intento, por no haberse seguido la vía trazada a tal fin por el derecho objetivo.

Cabe entonces insistir, si no hay producción de efectos jurídicos, ¿dónde hallamos los tramos posteriores?

Participa del criterio de que la nulidad no debe ser pensada como una sanción López Olaciregui(44)(514), entre otros motivos porque cuando en actos viciados de nulidad hay ilicitud la verdadera sanción consiste en imponer indemnizaciones que se agregan a la nulidad pero no se confunden con ella. Afirma además este autor: "El hecho de que las nulidades deben ser consagradas por la ley no impide que puedan serlo en forma indirecta, o en forma implícita".

También Llambías(45)(515) sostiene la innecesidad de que la sanción de nulidad esté expresamente consagrada en la ley. El sentido del artículo 1037 sólo indica que esa sanción siempre deriva de la ley y no de la voluntad de los jueces, que no podrán arbitrar para invalidar un acto, causas que no estén efectivamente incorporadas, siquiera de una manera tácita al ordenamiento legal.

d) La teoría biológica.

En su momento adquirió auge en la ciencia jurídica la utilización de vocablos propios de la biología para connotar fenómenos similares en lo jurídico o en los cuerpos jurídicos, expresión a la que era afecto Ihering. De allí provienen palabras como la "patología" o "enfermedades" del acto jurídico.

Pueden aplicarse al documento las consideraciones que hace Buteler(46)(516) del acto jurídico, como entidad biológica de organismo, adoptando el punto de vista mencionado.

Así concebido, el acto jurídico se hallará regido como todo organismo, por una ley natural, que preside su nacimiento, su formación, su desarrollo ulterior y su trascendencia en la vida del derecho.

El acto jurídico exige para su naturaleza y formación, la concurrencia de ciertos elementos esenciales a su existencia. Todos, en su conjunto, y cada uno de ellos en particular, le dan su fuerza vital, constituyen condición de su vida. Por eso la falta de cualquiera en su plenitud, al impedir su formación, determina su inexistencia o acarrea su muerte. El acto, en tal caso, se asimila al ser sin vida al que no nació o nació muerto.

La carencia de alguno de los requisitos lo priva por completo de toda significación jurídica como tal acto, dejándolo reducido a la categoría de mero hecho, que será o no jurídico, según los efectos que le atribuya la

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

ley.

En cambio, el acto formado e integrado por todos sus elementos constitutivos alcanza, jurídicamente, una vida perfecta, tiene, en consecuencia, poder para producir sus efectos propios, específicos; goza de salud plena y está en condiciones de cumplir en un todo su fin jurídico.

El punto de vista físico o biológico adoptado, permite contemplar dos estados perfectamente claros y definidos. El positivo, que corresponde al acto jurídico normal y perfecto, que posee las condiciones orgánicas exigidas para que pueda existir. El negativo, que corresponde al acto jurídico anormal, desprovisto de sus condiciones esenciales de vida, que carece de fuerza orgánica suficiente para existir, que está privado de todo efecto y toda gravitación en la vida del derecho. Por eso tal acto se asimila al ser muerto, a la nada. Su invalidez es insanable y absoluta, su existencia sólo aparente. Otra sería la situación del acto enfermo, no muerto pero defectuoso o viciado, que reconoce en el fondo un germen morboso que puede ultimarle y provocar su muerte, que pueda convalecer y sanar pues la ley instituye una terapéutica; el derecho crea remedios como la confirmación y la prescripción mediante los cuales el acto se perfecciona, se vuelve inatacable y adquiere toda su gravitación jurídica.

Aplicando, según queda dicho, esta concepción, a la escritura que carece de la firma de un testigo, se llega sin riesgos de caer ni en la improvisación ni en el error a las siguientes conclusiones:

Si la nulidad debe considerarse absoluta, como se ha sostenido, nos hallamos ante un documento muerto o no nacido más que frente a un no documento, que nada tiene en curso de desarrollo.

No hay consecuencias a las que pueda aplicarse la nueva ley de tal género que permitan su vuelta a la vida jurídica. Ya es tarde para efectuarle trasplantes de órganos que produzcan ese resultado.

Por el contrario, si la nulidad es relativa, no hay otra solución para sanarlo que la confirmación o la prescripción.

Fuera de estos remedios es menester que la ley expresamente establezca la retroactividad de modo expreso o implícito autorizando la resurrección, como sucede, por ejemplo, en algunas legislaciones comerciales que autorizan la revitalización de las sociedades disueltas.

e) Consecuencias de la nulidad.

Por las razones antes explicadas seguimos desarrollando la teoría del acto jurídico nulo, cuyas conclusiones son válidas para la escritura pública afectada de nulidad.

El negocio nulo, anota Albadalejo García(47)(517), carece inicial y perpetuamente de todo efecto negocial. "Quod nullum est. nullum habet effectum". La situación jurídica permanece como estaba antes del negocio, y los interesados o cualquiera pueden seguir comportándose, a tenor de ello, como si aquél no existiese.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

"Lo dicho tiene lugar «ipso jure», y sin necesidad de ejercicio de acción alguna ni de ninguna declaración o fallo en el que se haga constar."

Naturalmente, reflexiona, la falta de efectos negociales no impide sin embargo, que se verifiquen aquellos propios de los hechos puestos en juego. Ni que tengan lugar los que se apoyan, no en la validez del negocio, sino en la situación de hecho que la aparente validez de aquél pueda crear.

A pesar de lo dicho sobre la carencia de efectos puede ocurrir que de hecho se establezca, o se pretenda establecer, un estado de cosas a tenor del negocio nulo (en la compraventa nula, el comprador se posesiona de la cosa en concepto de tal, o la reclama al vendedor, como si la compraventa fuese válida). Semejante situación puede dar lugar a la necesidad o al interés de obtener una declaración de nulidad que corte la perturbación, o que sirva de presupuesto para hacer cesar el estado de hecho contrario a la realidad jurídica. Así, pues, cuando alguien se ampara en la apariencia de validez es preciso - al no poder el perjudicado tomarse la justicia por propia mano - ejercitar la correspondiente acción o excepción encaminada, no a atacar el negocio ni a borrar sus efectos (que ya faltan desde antes) sino a destruir aquella apariencia de validez haciendo constar que la realidad ha quedado inmutable no obstante el negocio. Se trata, pues, de acción y fallo declarativos.

Análogamente De Castro y Bravo(48)(518) enseña que la ineficacia del negocio nulo se produce "ipso iure" por sí misma y sin necesidad de intervención judicial. Esta será inevitable en algunos casos; así, cuando se requiera para vencer la resistencia de quienes sostengan la validez y, en especial, cuando sea necesaria para borrar la apariencia de validez de que goce el negocio; por ejemplo, si está autorizado en documento fehaciente o inscripto en algún Registro Público".

Es necesario meditar seriamente acerca de esos conceptos, porque no debe tenerse como consecuencia la acción de nulidad.

En cambio, podemos considerar consecuencias, en el caso de la escritura nula por falta de un requisito formal a la fecha de su otorgamiento, entre otras, las siguientes:

- a) La acción para hacer efectiva la responsabilidad civil y disciplinaria del escribano autorizante.
- b) Si la nulidad lleva consigo la del acto jurídico instrumentado, la mutua restitución de lo que han recibido o percibido en virtud o por consecuencia del acto anulado (art. 1052).
- c) Las prevenidas en los art. 1051 y siguientes.
- d) La posibilidad o no de convalidarla según se trate de nulidad absoluta o relativa.
- e) Hacerlo valer como instrumento privado (art. 987) y la aplicación de la conversión formal, llamada también impropia.

Pero, indudablemente, todo esto no juega de manera fácil. Y no podemos asegurar que por la sola sanción de la ley 15875 y de la

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

posterior modificación que al artículo 3º introduce la ley 17711 puedan considerarse consecuencias comprendidas en el imperio de la nueva todas las enunciadas.

Se trata, simplemente, de una breve enunciación ejemplificativa pero la operatividad o aplicabilidad resultará, en cada caso, de lo que disponga la nueva ley. Así, verbigracia, podría confirmarse la escritura en la que falta la firma de un testigo (si por hipótesis la nulidad es absoluta) si la nueva ley estableciera (por hipótesis) que las nulidades absolutas son susceptibles de convalidarse por confirmación.

Por ello ha dicho el Dr. Alconada Aramburú en su voto del fallo plenario dictado por la Cámara Federal de La Plata con fecha 29 de julio de 1969 que la norma del artículo 1078 del Código Civil (reformado por la ley 17711), por su contenido es evidente que no se está refiriendo a las "consecuencias" de una situación jurídica; sino que está contemplando a ésta en sí misma. Por ende, la nueva ley en su aplicación no podría introducir modificaciones o alteraciones en la situación jurídica de que se trata.

A su vez dijo el Camarista Dr. Ríos Centeno: "para mí, es claro que la ley 17711, en su art. 3º, ha sentado el principio de la irretroactividad de la ley, tornando inaplicable el actual art. 1078 que sustituyó, el anterior, a los hechos jurídicos anteriores a Su vigencia. Cita en su apoyo, los artículos de Acuña Anzorena y de López Olaciregui que hemos mencionado con anterioridad(49)(519).

Para concluir, recordemos que tal como escribe Llambías(50)(520), la ley puede por sí misma, y sin la cooperación de otro órgano o poder, aniquilar el acto vedado, lo que ocurre cuando la imperfección de éste es taxativa, rígida, determinada, insusceptible de más o menos, cuando existe en la misma dosis en todos los actos de la misma especie. En esta situación la ley puede invalidar el acto y declararlo nulo en tanto que el acto anulable resulta invalidado por la sentencia del juez que, apoyada en el principio de sanción establecido en la ley, aniquila el acto, que sólo se tiene por nulo desde el día de la sentencia que lo anula, conforme al artículo 1046 Código Civil.

XII. LA TEORÍA DE LOS HECHOS CUMPLIDOS O REALIZADOS

Esta teoría se debe principalmente a la doctrina alemana. Establece que la nueva ley no puede regular los hechos ya realizados bajo la ley anterior y su validez debe ser juzgada por la ley vigente a la época de su realización, aunque sus efectos y consecuencias serán regidos por la ley del día en que se producen.

La regla aplicable es la de "tempus regit factum". Es decir todo hecho jurídico, sea casual o acto jurídico, está regulado en cuanto a sus condiciones de forma y de fondo, en lo que respecta a sus efectos pasados, presentes y futuros, por la ley del tiempo en que fue jurídicamente cumplido.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Dentro de esta teoría, se distinguen tres órdenes de efectos: agotados, pendientes y futuros. Los agotados son los ya realizados totalmente y extinguidos bajo el imperio de la ley precedente. Pendientes son los que se hallan en curso, que se están desarrollando; futuros son aquellos que todavía no han surgido.

El principio de la irretroactividad no sólo deja intactos los efectos agotados y conserva los pendientes, sino que mantiene también la potencialidad en el hecho jurídico de producir ulteriores efectos aun bajo el dominio de la ley sucesiva.

En el caso que nos ocupa de la escritura nula nos hallamos frente a un hecho cumplido o quizás habría que decir con más propiedad incumplido, lo que no deja de estar alcanzado por las mismas normas. En consecuencia, la nueva ley no puede ser aplicable.

XIII. DOCTRINA DE LA SITUACIÓN JURÍDICA

Entre otros autores, Bonnacase(51)(521) ha señalado los sentidos de la noción de la situación jurídica y distingue entre la abstracta y la concreta. La situación jurídica abstracta es la manera de ser eventual o teórica de cada uno, respecto de una ley determinada.

La situación jurídica concreta es la manera de ser, de una persona determinada, derivada de un acto o de un hecho jurídico que ha de actuar, en su provecho o en su contra, las reglas de una institución jurídica, y el cual al mismo tiempo le ha conferido efectivamente las ventajas y las obligaciones inherentes al funcionamiento de esa institución.

La situación jurídica concreta se basa en un acto o en un hecho jurídico que ha puesto en movimiento a la ley de que se trata. No será retroactiva la ley que respete las situaciones jurídicas concretas.

Frente a una escritura pública otorgada con anterioridad a la ley 15875 que padecía del vicio de la falta de firma de un testigo nos hallamos, evidentemente, ante una situación jurídica concreta.

XIV. LAS REGLAS DE ROUBIER

Los estudios de los efectos de la ley con relación al tiempo, manifiesta Pardo(52)(522) tuvieron una sistematización especial con la obra de Roubier, aparecida en el año 1929, que desechó la teoría de los derechos adquiridos y trató de dar una base más científica con su tesis del derecho transitorio que hoy, en líneas generales, ha adoptado nuestra legislación.

"Los estudios de este autor se difundieron especialmente por Guillermo A. Borda en sus obras jurídicas y en la ponencia presentada en el Tercer Congreso de Derecho Civil celebrado en Córdoba en el año 1961 y han quedado plasmados en la actual redacción del artículo 3° del Código

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Civil, que responde a la misma corriente doctrinaria." Esto lo han reconocido casi todos los estudiosos nacionales que han analizado el tema después de la reforma.

De tal modo, como lo indica Borda(53)(523), es necesario seguir el sistema descriptivo sistemático de Roubier, que ha precisado con verdadero rigor científico, todas las situaciones en que la ley debe considerarse retroactiva.

Quienes no pueden tener acceso a la obra de Roubier titulada "Les conflits des lois dans le temps", editada en París el año 1929, compuesta de dos tomos, con una segunda edición que se editó también en París el año 1960, en un solo volumen y con el título "Le droit transitoire" encontrarán esas reglas esbozadas por Borda primero sintéticamente en una conferencia pronunciada en Córdoba(54)(524), después, en el Tomo I de su Derecho civil, parte general, del año 1953 más adelante en su ponencia antes recordada(55)(525) y por último, con toda prolijidad, en el artículo aparecido en El Derecho, mencionado en las notas 6 y 53.

XV. LA REGLA DEFINITORIA

La regla que interesa al caso en estudio surge de la propia obra de Roubier(56)(526) para quien cuando una situación jurídica no puede ser constituida o extinguida según las condiciones prevenidas por la ley en vigor, nos encontramos en presencia de simples hechos que deben ser considerados como irrelevantes, como impotentes para determinar esa constitución o extinción. A ese respecto, formula la regla siguiente: "La no constitución (o la no extinción) de la situación jurídica es tratada de la misma manera que su constitución o extinción. Actúa en un caso como en otro como hecho cumplido, sobre el cual una ley nueva: no puede volver sin retroactividad".

Los que citan a Roubier, olvidan ésta y otras partes de su libro que son categóricas y terminantes para inferir que sería asignar efecto retroactivo a la ley considerar válida la escritura de que se trata cuando ella no ha quedado constituida como tal a la fecha de su otorgamiento.

XVI. EJEMPLIFICACIÓN DE ROUBIER

Aborda Roubier(57)(527) concretamente el supuesto de las nulidades y de la ley competente para las formas jurídicas.

Asevera que si una ley decide que un acto jurídico que debía ser otorgado por acto auténtico (instrumento público para nosotros) podrá en adelante ser hecho por acto bajo firma privada (documento privado para nosotros), los actos jurídicos pasados bajo la forma de firma privada durante el imperio de la ley precedente continúan nulos.

Importa poco, añade, que se trate de nulidad absoluta o relativa; una

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

nueva ley no puede cambiar el carácter de la nulidad ni modificar la lista de personas que tienen el derecho de demandar la nulidad. Algunos autores han querido injustamente introducir en otros tiempos la distinción entre la nulidad que se opera de pleno derecho y la nulidad que opera solamente por vía de excepción, con el pretexto de que, en este último caso, la nulidad es pronunciada judicialmente de oficio. Savigny ha observado que, en todos los casos, aquel que hace valer una nulidad invoca un derecho anterior y demanda solamente el reconocimiento en justicia. Es lo mismo que en la hipótesis de la "restitutio in integrum" en el derecho clásico.

Los efectos de la nulidad o de la rescisión, sigue exponiendo Roubier, deben ser reglados por la ley en vigor cuando el acto nulo ha sido otorgado. Es igualmente la ley del día del contrato la que dirá si los efectos de la nulidad se restringen a las partes o se extienden a los terceros. Es igualmente la ley del día en que el acto nulo fue otorgado, la que determinará si la acción es o no prescriptible, salvo la aplicación de la ley nueva a la duración de la prescripción extintiva según la regla fijada, y también la que dirá si el acto nulo es o no susceptible de confirmación.

En cuanto al mecanismo de las disposiciones testamentarias señala que es bastante complejo en derecho transitorio. En lo que concierne a las formas testamentarias la ley competente es la del día de la confección del testamento y poco importa que una ley diferente al día del fallecimiento del testador no reconozca más la validez de esa forma de testar.

La razón de esta opinión se funda en la máxima "tempus regit actum", la cual conduciría a aplicar al testamento todas las reglas de forma y de fondo de la ley del día de su otorgamiento. La forma de un acto debe ser gobernada por la ley en vigor al día de su facción porque no se puede pedir que en tal acto se adopten otras formas que aquellas previstas por la ley actual. La consecuencia es que el testamento que era nulo en la forma frente a la ley del día de su confección, no adviene válido por el hecho de que se encontraría acorde a las exigencias de forma de la ley del día del fallecimiento. No hay convalecencia en los actos jurídicos nulos ni retroactividad de las leyes favorables.

Todo lo escrito en este punto ha sido extractado de Roubier, a quien, repetimos, se ha citado, para justificar la validez de la escritura en cuestión.

XVII. LA TEORÍA DE LA LEY MÁS FAVORABLE

La aplicación en materia penal de la ley más benigna, importa reconocer la retroactividad de la ley nueva y la ultractividad de la ley anterior, quedando el principio general de la irretroactividad de la ley penal, contenido en el artículo 18 de la Constitución Nacional, interpretado en el sentido de que él se refiere solamente a la inaplicabilidad de una ley más

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

gravosa, posterior a la comisión del hecho(58)(528)

Se ha querido llevar esta teoría a la esfera del derecho privado. Cuando en 1848 se discutió una enmienda al proyecto de constitución francesa, propuso Debeaux la incorporación del principio de la irretroactividad de las leyes. Se opuso a ello Odilon Barrot, sosteniendo que hay leyes retroactivas, como las leyes favorables, que deben recibir al instante la más amplia aplicación.

El principal expositor de esta posición doctrinaria fue Lasalle.

Según explica Gabba(59)(529) sostenía Lasalle que cuando se deroga una ley prohibitiva que vedaba al individuo poder dar existencia jurídica a un determinado contenido de su voluntad, si ésta subsiste todavía al tiempo de la abolición, obtiene desde tal momento jurídico existencia por haber decaído el único impedimento que se le oponía.

Cree Lassalle que el principio de la convalidación material fue aplicada en el derecho romano y en la máxima jurisprudencial de su época, admitida por todos los escritores del derecho transitorio, en el sentido que una donación inoficiosa no puede ser reducida después de conformidad a la ley que atribuye a los legitimarios una porción a la herencia menor de la que determinaba la anterior.

Para Gabba no puede aceptarse la doctrina de Lassalle porque la pretendida convalidación de las relaciones jurídicas inválidas por la sanción de una ley que suprime la causa de la invalidez es opinión errónea e inadmisibles y no debe sufrir excepción alguna que la ley nueva no puede quitar efecto a las relaciones jurídicas concluidas válidamente bajo el imperio de una ley precedente, como tampoco atribuirlo a las relaciones jurídicas inválidas en virtud de la ley bajo cuyo imperio se concluyeron.

En cuanto a la convalidación formal, o sea el poder un acto jurídico inválido por inobservancia de la forma querida por la ley bajo pena de nulidad devenir válido el momento en que se pone en vigencia una nueva ley que deroga aquellas formas, tiene sostenedores más numerosos que la anterior, es decir, la convalidación material.

Propugna Lasalle la convalidación formal de todos los actos y negocios jurídicos, en virtud de la posterior abolición de las formas externas que en aquellos actos o negocios no se hubiesen observado, cuando se trata de formas probatorias, y no ya de formalidades sin las cuales no se pueda admitir en general que la voluntad haya sido civilmente expresada.

Cita Gabba distintos escritores de los más autorizados que critican esa doctrina y, por su parte, cree que en la materia la opinión dominante es la verdadera. La convalidación formal por cambio de la ley no es para él concepto más racional que el de la convalidación material y por motivos no menos convincentes. Como observa Savigny, cuando un acto o negocio jurídico no ha sido revestido de las formalidades ordenadas por la ley bajo pena de nulidad, ello puede haber acaecido por ignorancia de la ley, o porque el agente no entendía realmente hacer un acto serio y definitivo, sino una cosa totalmente distinta. Una duda de tal naturaleza no se resuelve por sí, y mientras ello subsiste no podemos pretender

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

valernos de la abolición de la forma prescripta por la ley anterior para convalidar la voluntad del agente, la cual podía no haber existido jamás.

Tan grave objeción, sostiene, no se debilita en lo más mínimo con la distinción que Lasalle hace entre las formas probatorias y aquellas sin las cuales no existe la voluntad civil. No puede comprender cómo, no observándose una formalidad cualquiera, prescripta por cualquier motivo por la ley bajo pena de nulidad, se pueda no obstante manifestar una voluntad que tenga valor civil. No niega que las formalidades de los actos pueden ser ordenados por el legislador por la mera finalidad de beneficiar a la prueba, pero esta circunstancia no puede tenerse en cuenta al determinar el efecto de la inobservancia de aquellas formalidades que hayan sido prescriptas bajo pena de nulidad.

Concluye diciendo que el argumento de Lassalle, quien cree posible extraer ejemplos de la legislación positiva, está muy lejos de hacer dudar de la doctrina contraria a la suya. A su juicio el uso de la autoridad de la ley positiva debe ser hecho con cautela para no formular de la excepción una regla y no cambiar la razón que el legislador puede haber tenido en un tiempo y lugar dado.

Igualmente Roubier(60)(530) estima inaceptable la pretendida retroactividad de las leyes favorables. Se trata de una teoría enteramente falsa en derecho privado que se hace necesario eliminar.

Para que tal cosa pueda suceder es necesario que la ley así lo prescriba expresamente. Por ejemplo, el párrafo 17 de la introducción al Landrecht General de Prusia, estatuye que los actos anteriores que conforme a las leyes antiguas no serían válidos a causa de un vicio de forma, son válidos si las formalidades requeridas por las nuevas leyes en vigor al momento del litigio son cumplidas, pero de una manera general se puede decir, acota Gabba, que los juristas modernos no admiten mas ni una ni otra y Lassalle mismo lo ha reconocido. El error que sirve de base a esta doctrina es evidente, pues Lassalle no puede pretender que una voluntad emitida contra la ley en vigor tenga algún valor jurídico. Lo mismo si se trata de un vicio de forma.

XVIII. EL PRETENDIDO CAMBIO DEL ORDEN PÚBLICO

A esta altura de nuestra exposición parece innecesario refutar otros argumentos y especialmente el pretendido cambio del orden público, así como la engañosa proposición de que se trata de una nulidad que ha perdido vigencia.

No desconocemos las corrientes doctrinarias que consideran las leyes sobre la forma de orden público.

Al instituir las formas, dicen Argúas y Lazcano(61(531)), los legisladores persiguen múltiples objetos: 1º) proteger al autor del acto, poniéndolo a cubierto de la precipitación y evitándole, de este modo, probables perjuicios; 2º) amparar a los terceros interesados, permitiéndoles conocer, mediante la publicidad, la celebración de ciertos actos que

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

podrían afectarlos; 3º) favorecer la validez del acto circundándolo de ciertos requisitos y condiciones que permitan asegurar la libertad y capacidad de los que los realizan, y 4º) propender, facilitando la prueba, a una mejor administración de justicia.

Esta simple enumeración, continúa, demuestra que no todas las formas son de la misma naturaleza, ni persiguen el mismo fin. Ya los autores antiguos, desde Dumoulin que distinguía la "forma substancialis" de "la forma extrínseca" habían buscado clasificarlas; si bien, por no separar con claridad las condiciones de existencia del acto, de su manifestación exterior, englobaron ambos elementos bajo la denominación común de formas o formalidades, dividiéndolas en cuatro clases: habilitantes, extrínsecas o probantes, viscerales e intrínsecas y de ejecución. Las formalidades extrínsecas o probantes o instrumentarias comprenden los requisitos materiales que deben ser observados en la realización del acto para asegurar la libre expresión de la voluntad de las partes o para facilitar la prueba.

Sin entrar ahora a la vasta problemática del tema, clasificación de las formas instrumentales y demás cuestiones que le son inherentes, declaramos que por nuestra parte y contra algunos categóricos juicios, opinamos en que en su mayoría las nulidades instrumentales, son relativas, lo que indica por sí mismo que no está en juego el orden público.

Admitiendo, por vía de hipótesis, que son absolutas, no vemos el motivo que sustenta la afirmación de que el cambio del orden público (según criterio del legislador) hace posible la validez de la escritura que ofendió el orden público anterior.

¿Qué ocurre en materia de capacidad? ¿No se trataría también de una materia que pertenece al orden público? Sin embargo, rige también la irretroactividad de la ley. De allí que Morello(62)(532) en su artículo ya recordado y con referencia al régimen que consagra la ley 17711, sostiene que las nuevas leyes sólo rigen los actos y efectos posteriores, sin que se apliquen a las consecuencias de actos anteriores. Continuaría, por consiguiente, siendo nula la compraventa de inmueble realizada con anterioridad al 1º de julio de 1968 por un menor de 21 años cumplidos no obstante la nueva redacción del art. 127. A igual conclusión llega Cardini(63)(533). Por otro lado es la solución que impone el art. 4046 del Código Civil.

Nos parece argumento decisivo para demostrar que la mudanza del orden público no autoriza por sí sola a darle efecto retroactivo a la nueva ley, el sistema adoptado por Vélez Sársfield en materia de vicio de los actos jurídicos por lesión, que indudablemente entra en el dominio del orden público.

A pesar de que en la nota al art. 943 repudia el vicio por lesión, en el artículo 4049 establece que las acciones rescisorias por causa de lesión, que nazcan de contratos anteriores a la publicación del Código Civil, son regidas por las leyes del tiempo en que los contratos se celebraron. Y en la nota al art. 4049 indica claramente que las leyes nuevas no rigen sino

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

los contratos celebrados bajo su imperio.

En cuanto a la supuesta retroactividad de la ley 15875 en virtud de lo prescripto entonces por el artículo 5° del código, hoy derogado, aparte de lo que ya hemos expresado de que no es incontrovertible que las leyes de orden público sean todas retroactivas (ver punto III, apartado a) "in - fine"), nos sume en la mayor confusión determinar qué ocurre ahora que ha desaparecido el artículo 5°. ¿Tendríamos acaso una ley con determinados lapsos de vigencia y de no vigencia?

Hay que aplicar, sin embargo, conceptos simples, como los empleados por la Cámara Nacional del Trabajo, Sala II, que en sentencia de 10 de julio de 1968(64)(534) ha declarado sencillamente: "cuando se trata de la aplicación de dos leyes sucesivas a una determinada situación jurídica, si ambas tienen época para su aplicación que pueden determinarse expresamente o surgir de su interpretación hasta la vigencia de la ley nueva rige la antigua y sus efectos (o la imposibilidad de que una escritura pública nula produzca sus efectos jurídicos propios, agregamos nosotros) no serán afectados, porque la ley nueva surte efectos desde su puesta en vigor y se apodera de la situación jurídica para provocar consecuencias nuevas. Esto es, pues, aplicación inmediata de la ley".

También es recomendable la directiva de Messineo(65)(535) al decir que el contenido del derecho transitorio establece en qué medida, o sea, en qué casos taxativos, existe retroactividad, con la consecuencia de que, donde la retroactividad no esté dispuesta, opera el principio general de la irretroactividad.

XIX. EL IV CONGRESO DE DERECHO CIVIL

Entre las ponencias presentadas al IV Congreso de Derecho Civil, merece citarse la del Dr. Lisardo Novillo Saravia h.(66)(536) que propone sustituir el art. 3° por el texto siguiente: "Las leyes disponen para el futuro y, sean o no de orden público, salvo disposición en contrario, no tienen efecto retroactivo. Se aplicará a todas las situaciones y relaciones jurídicas existentes, a menos que con ello se altere la eficacia o ineficacia de los hechos que las han engendrado.

Recuerda en los fundamentos que ya en el III Congreso apoyó una moción de Roberto H. Brebbia para que se dejara aclarado en el proyecto de texto legal que la aplicación de la nueva ley a las consecuencias de los hechos anteriores se hará "cuando para regular tales consecuencias no se entre a juzgar la validez del hecho productor de dichas consecuencias".

Se procuraba en esa forma, subraya, dejar aclarado el sentido de la irretroactividad, distinguiendo entre el efecto inmediato de la ley y su eficacia sobre el pasado, apelando a la fórmula de Vareilles - Sommières, dada la oscuridad de la expresión "irretroactividad de la ley" cuyo uso de por sí es insuficiente para orientar al intérprete.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Alega que debe impedirse que operando la ley hacia el futuro, obre sobre el pasado, lo que normalmente no ocurre, pero puede ocurrir si quita eficacia o modifica el efecto de las situaciones pendientes como consecuencia de una diferente regulación del hecho causado. Esta es una pauta precisa y segura que debe suministrarse al intérprete, confiriendo un contenido concreto al principio de la irretroactividad.

Ignoramos la suerte que correrá dicha ponencia, pues, en el momento de escribir estas líneas, todavía no ha comenzado a funcionar el Congreso.

Cabe recordar que al considerarse la moción del Dr. Brebbia, aclaró el Dr. Borda que de ninguna manera se juzgaba la validez del hecho generador de la consecuencia, pues entonces la ley sería retroactiva, y que el concepto estaba suficiente y claramente expresado en el art. 3º propuesto.

Entendemos con Borda que el agregado sería aceptable si con relación a cada artículo reformado se incluyen normas de derecho transitorio delimitando las respectivas esferas de vigencia temporal de la ley antigua y de la nueva que entra en vigor(67)(537).

Ya hemos dicho (punto 3) que la ley 17711 sólo ha establecido un principio general y es labor del intérprete determinar cuál es la ley que rige para cada caso particular.

Esto es lo que hemos intentado hacer en el presente ensayo con respecto al caso concreto de escrituras otorgadas con anterioridad a la ley 15875 viciadas de nulidad, por la falta de firma de un testigo, con arreglo a la ley vigente a la fecha de su otorgamiento.