

# Teoría de la invalidez

## De la teoría de la confrontación a la ampliación del aspecto positivo de la invalidez y de la ineficacia\*

Augusto P. Mariño Galasso

Karina V. Salierno

### RESUMEN

El presente trabajo replantea la teoría de la nulidad, remarcando su función preventiva a través de la identificación en nuestro ordenamiento jurídico, luego de la reforma del 2015, de los mecanismos de garantía del tráfico jurídico, de la circulación de la riqueza en la sociedad y de la paz social. Destaca la convalidación de los derechos reales a través de la prescripción adquisitiva, como herramienta para equilibrar el sistema de adquisición cuando se encuentra desestructurado por una causal de nulidad. Asimismo, destaca los valores negociales, la autonomía privada, la buena fe contractual y el principio de la conservación del negocio, como bases fundamentales del sistema general de adquisición de derechos reales.

### PALABRAS CLAVE

Acto jurídico; causa; nulidad; ineficacia; clasificación de las nulidades; la función preventiva de la nulidad; seguridad dinámica; mecanismos de garantía; principio de autonomía de la voluntad; principio de conservación del negocio jurídico; teoría de la apariencia; principio de buena fe; principio de razonabilidad; juicio de ponderación; función preventiva de la responsabilidad civil; convalidación de los derechos reales; prescripción adquisitiva breve; prescripción adquisitiva larga; la conversión del acto nulo; estudio de títulos; tercer adquirente de buena fe y a título oneroso; adquisición legal del derecho real.

### Fechas de recepción y aceptación

21/7/2019 - 21/7/2019

**Sumario:** 1. Introducción. 1.1. El sistema jurídico argentino. 1.2. El acto válido. 2. Ineficacia de los actos jurídicos. 2.1. Ineficacia. 3. Categorías establecidas en el Código Civil y Comercial. 3.1. Nulidad. 3.2. Naturaleza jurídica de la nulidad. 3.3. Clasificación de las nulidades: absolutas y relativas. 3.4. Nulidades absolutas. 3.5. Nulidades relativas. 3.6. Consecuencias jurídicas. 3.7. Modos de invocar las nulidades: cambio paradigmático, exclusión de las nulidades manifiestas. 4. La función preventiva de la nulidad. 4.1. Mecanismos que aseguran el tráfico jurídico basados en la seguridad dinámica. 4.2. Aplicaciones prácticas

\* Edición revisada y adaptada del trabajo presentado en la XXXIII (San Carlos de Bariloche, 2018), galardonado con el Segundo Premio.

normativas. 5. Efectos de la nulidad. 6. Las adquisiciones a “non domino”: una exclusión justa. 7. Conclusiones. 8. Bibliografía.

## 1. Introducción

### 1.1. El sistema jurídico argentino

El ordenamiento jurídico constituye un sistema de normas que regulan la conducta humana y, como toda norma, tiene que tener un presupuesto de hecho o *fattispecie* –así denominado en la doctrina italiana– y una consecuencia o efectos de derecho. La doctrina italiana veía al ordenamiento jurídico como un organismo, apoyándose en visiones *jusnaturalistas*; de allí expresiones tales como “saneamiento” de los actos jurídicos.

Sin embargo, creemos que el correcto encuadre es ver al ordenamiento jurídico como un sistema lógico de normas, desde una posición más objetiva o *juspositivista*. Para que todo sistema funcione, es necesario que esté en equilibrio para que no se produzca caos y sus consecuencias sean imprevisibles. Para lograr ello, es necesario recordarlo a Kelsen y tener presente que el sistema se mantendrá en equilibrio mientras exista correlato entre el presupuesto de hecho y las consecuencias jurídicas.

El artículo 2 del [Código Civil y Comercial de la Nación](#) (en adelante, “CCCN”) nos da la idea de sistema cuando manda a interpretar la ley “de modo coherente con todo el ordenamiento”, entendiendo el ordenamiento como un orden de normas, leyes análogas, disposiciones que surgen de tratados sobre derechos humanos, principios y valores jurídicos, que configuran al sistema jurídico.

El sistema jurídico civil está integrado principalmente por las normas del CCCN,<sup>1</sup> y la importancia social radica en que constituye un sistema de normas que garantizan la circulación de la riqueza en la sociedad y contribuye a la paz social a través de la seguridad jurídica (preventiva o judicial), evitando la justicia por mano propia. Dentro del sistema jurídico civil, enfocaremos el presente trabajo en los actos voluntarios lícitos y sus efectos o no efectos (eficacia) producto del cumplimiento/incumplimiento de la *fattispecie*, y su consecuencia lógica.

### 1.2. El acto válido

Previamente al análisis de la ineficacia del acto jurídico en sus diversas especies, debemos partir del concepto del mismo a través de un esquema normativo. Es decir, tal como dijimos antes, para que exista un acto jurídico y la ley lo repute tal, deberá cumplimentar los presupuestos de hecho (*fattispecie*) de la norma para que la misma le asigne sus consecuencias.

Constituyen actos jurídicos los actos voluntarios **lícitos** que tienen por **fin inmediato** la **adquisición, modificación o extinción** de relaciones o situaciones jurídicas (art. 259 CCCN). Para que exista un acto jurídico lícito –y la norma le otorgue validez–, deberá tener la presencia de los siguientes **elementos estructurales** (principio estructural):

1. Art. 1 CCCN.

- 1) **Sujetos**, que tengan capacidad de derecho –la capacidad de ejercicio constituye un requisito de validez–, los que podrán ser personas humanas (arts. 19 y 22 CCCN) o personas jurídicas (arts. 141 y ss. CCCN).
- 2) **Objeto**: El objeto del acto jurídico no debe ser un hecho imposible o prohibido por la ley, contrario a la moral, a las buenas costumbres, al orden público o lesivo de derechos ajenos o a la dignidad humana. Tampoco puede ser un bien que por un motivo especial se haya prohibido que lo sea (art. 279 CCCN).
- 3) **Causa fin**: El CCCN ha incorporado la causa fin a los actos jurídicos, antes debatida normativamente. La misma se entiende como la finalidad que han tenido las partes al momento de expresar su voluntad, la que ha sido determinante para el negocio jurídico. También integran la causa fin los motivos exteriorizados (lícitos) que se hayan previsto e incorporados al acto en forma expresa o si tales motivos resultan esenciales a ambas partes. (Si bien está normativamente legislado en los arts. 281 y ss., veremos plasmado este principio en otros, como el 384 [principio de conversión subjetivo del acto] y el 1090 [frustración de la causa fin]).
- 4) **Forma**: Cuando la forma es exigida por la ley como requisito de validez, el acto no existe como tal; por ejemplo, la donación de inmuebles, cosas muebles registrables y la de prestaciones periódicas o vitalicias entre personas humanas o jurídicas (no así las donaciones al Estado), que debe hacerse por escritura pública (art. 1552 CCCN), la hipoteca (art. 2208 CCCN).

Como resultado de la presencia de estos elementos estructurales (*fattispecie*), tendremos en principio la consecuencia de tener la existencia de un acto válido jurídicamente, ya que estos elementos constituyen el **principio estructural del acto**.

Además de la existencia de los elementos estructurales, para que el acto sea válido, debe ser otorgado con **voluntariedad** (art. 260 CCCN). El acto voluntario es aquel que es ejecutado con discernimiento, es decir, con capacidad de ejercicio (arts. 23 y ss. CCCN), con intención –en caso de que la misma no exista, podremos estar ante actos realizados con el vicio del error o del dolo (arts. 265-271 CCCN)– y con libertad –en caso de que la misma sea afectada, estaremos ante la violencia como vicio de la voluntad (arts. 276 y ss.)–. Estos requisitos constituyen el **principio de validez del acto**.

En suma, cuando se cumplan de los principios estructurales y de validez requeridos por el ordenamiento, estaremos ante un **acto válido jurídicamente**, y, como consecuencia de ello, se producirá la **adquisición, modificación o extinción de relaciones o situaciones jurídicas**. Si esto así no ocurre, estaremos ante un acto inválido.

## 2. Ineficacia de los actos jurídicos

Como novedad metodológica, el CCCCN incluye expresamente los conceptos de nulidad e inoponibilidad como especies del género ineficacia. Luego, simplifica el sistema de las nulidades, eliminando la categoría de actos nulos y anulables, conforme fuere propiciado por el Proyecto de 1998.<sup>2</sup> Esto constituye un nuevo paradigma del sistema.

2. ALEGRIA, Héctor y otros (comisión Decreto PEN 685/1995), *Proyecto de Código Civil Unificado con el Código de Comercio*, Buenos Aires, 1998. [N. del E.: ver [aquí](#); fuente: campus virtual de la [Universidad de Salamanca](#); última consulta: 21/10/2019].

Independientemente de su regulación en el capítulo 9, que contempla únicamente dos categorías de ineficacias, la introducción del término en este lugar nos fuerza a interpretar la teoría conforme a la dinámica que establece el título preliminar, con lo cual, luego de un análisis completo de la normativa de fondo, entendemos que este capítulo debe ser complementado con otras normas, que conjuntamente establecen la teoría de la ineficacia del acto, conforme lo explicaremos.

El otorgamiento de un acto jurídico tiene como fin la producción de determinados efectos (adquirir, modificar o extinguir relaciones o situaciones jurídicas). Esa producción de efectos esperados es lo que llamamos eficacia del acto. Para que el acto logre cumplir con los efectos señalados, previamente deberá configurarse como tal, como lo apuntamos más arriba, por lo cual deberán existir en él los elementos estructurales del acto (elementos esenciales: sujeto, objeto, causa y forma). La presencia de los elementos estructurales da como conclusión un acto perfecto,<sup>3</sup> y no deberán existir vicios que los afecten (principio de validez), lo que da nacimiento a la teoría de la invalidez.<sup>4</sup>

La existencia de vicios enquistados en alguno de los elementos del acto jurídico determina su nulidad o invalidez. La nulidad es una categoría de ineficacia originaria o congénita, ya que el acto nace con un vicio (puede ser estructural o de la voluntad), y la no producción de efectos derivará en definitiva en ese vicio que provocará la nulidad del acto. Pero también hay actos que, naciendo válidos, devienen ineficaces. Esta ineficacia sobreviviente puede ser oponible a todos o solo respecto de determinadas personas y puede ser provocada por varios factores.

La doctrina no siempre distinguió las categorías de ineficacia e invalidez. Se le atribuye a Windscheid la paternidad de la distinción, quien destacó que un negocio puede ser ineficaz sin que un defecto paralice su potencia.

Es importante destacar la supresión de la categoría de los actos nulos, ya que todos los actos hoy serían anulables, atento a que no existe más la categoría de las nulidades manifiestas, lo que constituye un verdadero cambio paradigmático del sistema. Al abordar la categoría de las nulidades relativas, el nuevo ordenamiento recoge la tendencia doctrinaria que propiciaba abrir la posibilidad a la contraparte del sujeto protegido para invocar la invalidez del negocio, si ha sido de buena fe y experimentado un perjuicio importante. Asimismo, se recepta la figura del “negocio indirecto” y los principios de “integración” y “separabilidad” en los supuestos de nulidades parciales. Con respecto a este último aspecto, es destacable la apertura de la normativa en cuanto a dejar librada al prudente criterio judicial la interpretación de tales conceptos, a la luz de lo que ha de surgir de los casos concretos objeto de juzgamiento.

## 2.1. Ineficacia

La mayoría de la doctrina considera que la categoría de ineficacia constituye el género, y la nulidad y la inoponibilidad forman parte de dos especies dentro de aquella. En tal sentido, la ineficacia en general impide la producción de los efectos del acto jurídi-

3. NIETO BLANC, Ernesto E., *Nulidad en los actos jurídicos. Estudios complementarios*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2005 (2ª ed. act. y amp.), p. 35.

4. *Ibidem*.

co, pero esta no producción de efectos puede derivar de causas congénitas o de causas sobrevinientes.

Nieto Blanc<sup>5</sup> critica establecer como género a la ineficacia y considera importante mantener separada la ineficacia de la invalidez (o nulidad) del acto, ya que en la invalidez existe un defecto en la estructura del acto, mientras que la ineficacia supone la validez del acto, sin existir vicios estructurales, no emergiendo los efectos que le son propios por una razón extrínseca. Y así distingue tres tipos básicos de ineficacia:

- 1) **Ineficacia simple o en sentido estricto:** Esta modalidad se verifica en supuestos en los cuales el acto jurídico es plenamente válido pero no produce sus efectos propios a causa de un impedimento extrínseco, es decir, ajeno a su estructura. Puede, posteriormente, tornarse eficaz o convertir en definitiva su ineficacia de origen. Por ejemplo: el nuevo ordenamiento, al tratar el tema de las donaciones por razón del matrimonio, dispone “las donaciones hechas en las convenciones matrimoniales [...] sólo tienen efecto si el matrimonio se celebra” (art. 451). Asimismo, expresa “las donaciones hechas por terceros a uno de los novios, o a ambos, o por uno solo de los novios al otro, en consideración al matrimonio futuro, llevan implícita la condición de que se celebre matrimonio válido” (art. 452).

Como podemos advertir, en las hipótesis descriptas, el acto jurídico (contrato de donación o convención matrimonial) es válido, pero sus efectos recién advendrán a partir del momento en que el matrimonio se celebre y a condición de que el mismo no resulte anulado con posterioridad. Otro ejemplo clásico de esta clase de ineficacia es el testamento, que como acto es válido pero no surte efectos hasta después de la muerte del testador, es decir nace como acto válido pero ineficaz.

- 2) **Ineficacia relativa (inoponibilidad):** Habitualmente, todo acto ineficaz lo es frente a todos (*erga omnes*). Sin embargo, en algunas circunstancias, la ley contempla la posibilidad de que un acto jurídico sea válido y eficaz para las partes pero carezca de eficacia respecto de ciertos terceros. Estos son los supuestos denominados de inoponibilidad, cuyos alcances analizaremos en los acápite desarrollados a continuación.
- 3) **Ineficacia eventual o sucesiva o potencial:** Esta especie de ineficacia se refiere a los casos en los cuales el acto jurídico es válido y eficaz pero, por circunstancias posteriores a su formación, es susceptible de perder eficacia (hipótesis de resolución, rescisión, revocación, entre otras). Ejemplos de esta clase de ineficacia podemos encontrarlos en el nuevo ordenamiento jurídico; así, el artículo 1076 se refiere a la rescisión bilateral; a su vez, el art. 1077 menciona el supuesto de extinción por declaración de una de las partes que puede expresarse a través de una rescisión unilateral, como así también a través de una revocación o resolución.

### 3. Categorías establecidas en el Código Civil y Comercial

El CCCN, a diferencia del Código Civil de Vélez, que no empleaba el término ineficacia como institución genérica, se ocupa de establecerla de ese modo, a partir del artículo 382,

5. Ídem, p. 160.

y, a su vez, la desglosa en sus dos vertientes: nulidad (invalidez) e inoponibilidad. Reza el artículo mencionado: “*Categorías de ineficacia*. Los actos jurídicos pueden ser ineficaces en razón de su nulidad o de su inoponibilidad respecto de determinadas personas”.

### 3.1. Nulidad

La nulidad o invalidez de un acto o negocio jurídico implica la privación de los efectos que le son propios (aquellos evaluados por las partes al momento de la concertación del acto), en virtud de defectos o vicios concomitantes a su formación. Es preciso aclarar que el concepto de nulidad únicamente es predicable respecto de un acto o negocio jurídico (descripto en los arts. 259 y 260 CCCN) y nunca puede ser atribuido a los hechos jurídicos (art. 257) ni a los simples actos lícitos (art. 258). Ello resulta así toda vez que solo cabe juzgar acerca de la validez o invalidez respecto de los actos que importan una manifestación de la autonomía de la voluntad que ha tenido por fin inmediato la adquisición, modificación o extinción de relaciones jurídicas.<sup>6</sup>

### 3.2. Naturaleza jurídica de la nulidad

Con referencia a la naturaleza jurídica de la nulidad, la doctrina y jurisprudencia mayoritarias en el ámbito local establecen que esa privación de efectos reviste el carácter de una sanción legal. Este es el criterio seguido, entre otros juristas, por Arauz Castex, Borda, Cifuentes y Llambías. El artículo 386 del nuevo ordenamiento parece seguir esta tendencia al predicar que “son de nulidad relativa los actos a los cuales la ley impone esta sanción”.

La postura minoritaria, que no considera la nulidad como una sanción, ha sido representada por Nieto Blanc.<sup>7</sup> En sus profundas reflexiones, este autor parte de la multivocidad de la palabra *sanción* y, en tal sentido, distingue sus dos acepciones principales. En una de ellas, el vocablo hace referencia a todos aquellos medios de los cuales el ordenamiento legal se vale para que tengan vigencia sus preceptos. En un segundo significado, más apropiado desde una concepción técnico-jurídica, la sanción ha de ser entendida como la consecuencia dañosa atribuida por el derecho a la violación de una norma, como medio de restauración del orden jurídico turbado por la acción del sujeto infractor.<sup>8</sup> Por lo tanto, desde esta última perspectiva, la sanción solo debe limitarse al plano de lo ilícito, sin llegar a incluir la invalidez.

Esta conclusión es explicada por el prestigioso jurista, analizando, a su vez, la paradoja que puede resultar de considerar la nulidad como una sanción pese a que nuestro ordenamiento civil permite la confirmación del acto jurídico que adolece de un vicio de la voluntad o impide invocar la nulidad en los supuestos de dolo recíproco. De igual modo, nótese lo que ocurre en los casos de error esencial y excusable: la acción para invocar haber padecido ese vicio compete a quien, precisamente, contravino la ley. Ello

6. CIFUENTES, Santos, *Negocio jurídico*, Buenos Aires, Astrea, 1994 (1ª reimp.), p.752.

7. NIETO BLANC, Ernesto E., ob. cit. (cfr. nota 3), p. 46.

8. Ídem, pp. 47 y ss.

nos lleva a concluir que la *ratio legis* de la nulidad debería buscarse más bien intentando analizar cuál es la finalidad del orden jurídico al instituirlo, y, en tal sentido, observamos que cuando la norma dispone los requisitos que deben cumplirse para el otorgamiento de un acto o negocio, lo hace con el objetivo de establecer condiciones para que los mismos nazcan a la vida jurídica y puedan cumplirse las consecuencias previstas por el orden legal. De este modo, la ley regula esas condiciones y quien no las cumple no por ello viola un precepto, sino que, simplemente, opta por no adecuar su conducta al mandato impuesto por la norma, y ello es lo que impide que el acto material llevado a cabo no sea válido para producir los efectos jurídicos.

Sencillamente, no se produjeron los efectos amparados por la norma, en virtud de que el ordenamiento jurídico es un sistema que está en equilibrio, y, si se produjeran efectos por fuera del cumplimiento del requisito, de hecho se pondría en jaque al sistema. La nulidad constituye el punto de equilibrio y, a la vez, los límites al sistema; más allá de la nulidad, no hay efectos jurídicos, y, si se produjo algún efecto, las partes deben restituirse para que entre ellas vuelva a existir el equilibrio.

Dentro de la teoría de la ineficacia, se reconoce la nulidad como la no coincidencia del acto con su modelo normativo. Y, dentro del sistema jurídico, se establece un modelo normativo de convalidación donde los mecanismos subsanatorios son establecidos por la norma de fondo a los efectos de restablecer el equilibrio del sistema jurídico, que tiende siempre a autorregularse. El sistema jurídico funciona a través de fórmulas legales que describen un modelo normativo. Cuando la tipicidad se verifica, el sistema reconoce las consecuencias jurídicas asignadas por la norma y por la voluntad de las partes; cuando no se verifica, el sistema se autorecompone a través de la nulidad o de los mecanismos de subsanación.

### 3.3. Clasificación de las nulidades: absolutas y relativas

El artículo 386 CCCN establece que “son de nulidad absoluta los actos que contravienen el orden público, la moral o las buenas costumbres. Son de nulidad relativa los actos a los cuales la ley impone esta sanción sólo en protección del interés de ciertas personas”. La noción de orden público ha sido empleada por la doctrina clásica con el objeto de considerar la presencia de ciertos principios, pautas o directrices trascendentales, superiores y metajurídicos que contribuyen a garantizar la paz y la seguridad social y que, en virtud de tratarse de valores eminentes, han sido receptados por el sistema jurídico para calificar ciertas normas como superiores e indisponibles en su aplicación. Una parte de la doctrina considera que en vez de utilizar este vocablo que es cambiante, podría utilizarse el de interés general, en contraposición a los intereses particulares.

Ahora bien, no siempre resulta sencillo determinar cuáles son estos principios. En razón de esta realidad, teorías más modernas han evolucionado en la conformación de tal concepto, precisando el contenido del orden público al trazar como norte que los intereses que dichos principios tutelan son los referidos a las necesidades del grupo social destinatario de la norma, analizado en su totalidad y en un tiempo histórico determinado. Consecuencia de esta evidente conclusión resulta que determinar el contenido concreto del orden público no es tarea que pueda llevarse a cabo *a priori*, estableciendo

un sistema completo, universal y perpetuo del mismo. Por el contrario, cada sociedad, de acuerdo a la época y los factores culturales, idiosincrásicos e ideológicos –entre otros tantos aspectos a ponderar–, habrá de calificar cuáles son aquellos intereses generales y superiores que la abarcan y, en virtud de ello, merecen ser tutelados con mayor esmero y de manera imperativa.

Es tal sentido, se ha señalado que los actos que afectan intereses que atañen al orden público son aquellos que lesionan un valor de carácter general o cuya prohibición se ha impuesto por razones de moral, buenas costumbres, de seguridad en el tráfico jurídico o el orden económico-social, como así también respecto de los actos otorgados por quienes revisten determinadas incapacidades de derecho que afectan al interés social.<sup>9</sup> En definitiva, se trata de proteger al interés comunitario en todo aquello que concierne a sus valores esenciales.

### 3.4. Nulidades absolutas. Consecuencias jurídicas

El artículo 387 CCCN dispone:

La nulidad absoluta puede declararse por el juez, aun sin mediar petición de parte, si es manifiesta, en el momento de dictar sentencia. Puede alegarse por el Ministerio Público y por cualquier interesado, excepto por la parte que invoque la propia torpeza para lograr un provecho. No puede sanearse por la confirmación del acto y por la prescripción.

Esta redacción, similar a la del [código anterior](#), ha suprimido la palabra *debe*, que, con mayor énfasis en la redacción velezana, hizo que doctrina y jurisprudencia concluyeran que era un imperativo del magistrado declarar (de oficio) la invalidez. Lógicamente, si la nulidad no aparece manifiesta y, en razón de ello, es necesario llevar a cabo una investigación en el marco del proceso, recién cuando tal pesquisa arroje como resultado la contravención al orden público, la moral o las buenas costumbres, el juez deberá sentenciar la invalidez absoluta del negocio jurídico en cuestión.

La norma trae aparejada una contradicción lógica, ya que las nulidades manifiestas fueron suprimidas, y, conforme al artículo 383 CCCN, todas las nulidades deben sustanciarse. Por esta razón, el vocablo *manifiesta* introducido en este artículo debe interpretarse como que, a pesar de que no haya sido sustanciada ni petitionada la nulidad, si el juez da con ella, puede declararla. En este orden de ideas, la nulidad puede alegarse por el Ministerio Público y faculta también “a cualquier interesado” a demandar la invalidez y añade “excepto por la parte que invoque la propia torpeza para lograr un provecho”.

Como corolario de la importancia adjudicada a los intereses tutelados, la nulidad absoluta no es susceptible de ser saneada ni por la confirmación del acto ni por la prescripción de la acción para invocar la invalidez. Este criterio ha sido el consagrado por nuestro Máximo Tribunal al juzgar que

Lo que es inmoral, lo que es contrario al orden social, lo que se reputa inexistente por falta de formas substanciales, no puede subsanarse por el transcurso del tiempo. El acto será siempre inmoral, contrario al orden público o carente de las formas indispensables a su existencia, cualquiera sea el número de años que hayan pasado desde su celebración. El

9. COBAS, Manuel O. y ZAGO, Jorge A., *Derecho civil. Parte general*, Buenos Aires, Universidad, 2007, p. 473.

tiempo es impotente para transformar lo inmoral en moral, lo ilícito en lícito, lo informal en formal, y siempre el acto conservará el vicio original.<sup>10</sup>

### 3.5. Nulidades relativas

El artículo 388 CCCN establece:

La nulidad relativa solo puede declararse a instancia de las personas en cuyo beneficio se establece. Excepcionalmente puede invocarse por la otra parte, si es de buena fe y ha experimentado un perjuicio importante. Puede sanearse por a la confirmación del acto y por la prescripción de la acción. La parte que obró con ausencia de capacidad de ejercicio para el acto, no puede alegarla si obró con dolo.

En virtud de la teleología ínsita en las nulidades relativas (protección de los intereses particulares de los sujetos que padecen el vicio), la invalidez solo puede ser declarada si la parte que reviste esta calidad así lo solicita. No obstante, el CCCN añade en el artículo 388 que “excepcionalmente puede invocarla la otra parte, si es de buena fe y ha experimentado un perjuicio importante”.

Con referencia a esta excepción, en los fundamentos del proyecto de Código Civil y Comercial de 2012 se explica que esta es la solución consagrada en el artículo 1420 del Código Civil de Quebec.<sup>11</sup> Su razón de ser estriba en ponderar que puede suceder que la parte en cuyo interés se establece la nulidad no la articule y que, sin embargo, la subsistencia del acto acarree perjuicios significativos a la otra parte que ha obrado de buena fe. El ejemplo que refieren los fundamentos es el del contrato de locación de servicios celebrado con un enfermo mental no declarado, cuya situación impide dar cumplimiento a lo pactado.

Cabe aclarar que cuando el Ministerio Público de Menores e Incapaces actúa en representación de sus tutelados como representante promiscuo, puede requerir la nulidad del acto.

### 3.6. Consecuencias jurídicas

De los caracteres expuestos surgen las consecuencias que consagra la norma:

- la nulidad relativa no puede ser declarada de oficio sino solo a instancia de la parte (salvo la excepción establecida respecto de la parte que obró de buena fe y padeció un perjuicio importante);
- tampoco puede invocarla el Ministerio Público;
- se encuentra vedado para interponer la acción de nulidad el incapaz de hecho que obró con dolo;
- el acto viciado puede subsanarse a través de la confirmación;
- la acción de nulidad puede ser neutralizada mediante la excepción de prescripción.

10. CSJN, 24/11/1937, “Empresa Constructora F. H. Schmidt SA c/ Provincia de Mendoza s/ Cobro de pesos” (Fallos, 179:249 [N. del E.: ver [aquí](#); fuente: Secretaría de Jurisprudencia CSJN; ver también [aquí](#); fuente: SAJ; última consulta: 21/10/2019]).

11. [N. del E.: ver Código Civil de Quebec [aquí](#); fuente: [legislación oficial de Quebec](#); última consulta: 21/10/2019].

### 3.7. Modos de invocar las nulidades:

#### cambio paradigmático, exclusión de las nulidades manifiestas

Prescribe el artículo 383 CCCN: “*Articulación*. La nulidad puede argüirse por vía de acción u oponerse como excepción. En todos los casos debe sustanciarse”. Este artículo, similar al [artículo 1058 bis](#) (introducido por la reforma de la Ley 17711 en el código primigenio), consagra expresamente la posibilidad de demandar la nulidad incoando la acción como modo de atacar un acto jurídico viciado o alegándola como defensa al momento de evitar que el negocio impugnado surta sus efectos propios, invocando, entonces, la invalidez como una excepción que neutralice el cumplimiento de estos. El adagio latino “*cui damus actionem eli exceptionem multo magis cui discerunt*” (“a quien se da acción con mayor razón se le da excepción”) pronuncia un criterio de justicia en razón de que el demandado que opone la excepción de nulidad no hace más que defenderse, peticionando el rechazo de una demanda improcedente en la que el actor persigue que un acto jurídico inválido en esencia y que aún no ha sido ejecutado, no obstante, lleve a cabo sus efectos.

La norma en estudio aclara que en todos los supuestos deberá observarse el requisito de la sustanciación procesal, vale decir, conferir traslado a la contraparte. Cuando la nulidad se esgrime como excepción, deberá ser alegada al contestar la demanda como defensa de fondo y, según cierta doctrina, no necesariamente habrá de ser resuelta como de previo y especial pronunciamiento.<sup>12</sup> La mentada excepción no debería estar sujeta a un plazo de prescripción en los casos de nulidad relativa, en razón de que, si tal plazo existiera, el mismo podría operar como un obstáculo si, una vez prescripto el tiempo para interponer la acción de nulidad, la parte contra la que la acción podría haberse invocado pretendiera ejecutar el acto.

En lo concerniente a la legitimación pasiva, es dable apuntar que la acción de nulidad debe ser incoada contra todas las partes que han intervenido en el acto e incluso contra el escribano que ha otorgado la escritura pública atacada por falsedad.

La norma bajo análisis trae aparejado un nuevo paradigma, ya que dejan de existir las nulidades manifiestas y excluye también la clasificación de actos nulos y anulables, como consecuencia. Hoy todos los actos son válidos hasta tanto no sean atacados de nulidad; por ende, la validez de los actos está sujeta a la **condición resolutoria** de una sentencia judicial que declare la nulidad. Es decir, se mantendrá la validez del acto jurídico hasta que no sea atacada por acción de nulidad. La norma bajo análisis establece como pilar del sistema el principio de conservación de los actos (donde también lo vemos plasmado en los arts. 269, 294, 381 *in fine*, 389 *in fine*).

Y siguiendo el análisis coherente que nos impone el artículo 2 CCCN, el artículo 1965 pone un límite al dominio revocable, al establecer que las **condiciones resolutorias no pueden superar los diez años**. Si, en materia de dominio revocable, las condiciones resolutorias tienen un plazo máximo de validez de diez años, entendemos que, en materia del ejercicio de la acción de nulidad, debe aplicarse por analogía este artículo por tratarse de una condición resolutoria, salvo plazos de prescripción más breves establecidos por la ley.

12. CIFUENTES, Santos, ob. cit. (cfr. nota 6), p. 605.

Este cambio paradigmático trae importantes aplicaciones notariales, ya que, en materia de estudio de títulos, solo podremos advertir las posibilidades sobre la existencia de condiciones resolutorias y la viabilidad de que las mismas sean articuladas en virtud de existir posibles nulidades. El estudio de títulos constituye así una doble herramienta jurídica: en términos de prevención y saneamiento de posibles nulidades y como exclusión de responsabilidad civil hacia el notario mediante el consentimiento informado.

#### 4. La función preventiva de la nulidad

Cuando un acto es nulo, por lo tanto inválido para cumplir los efectos propios del mismo, se ha perdido el tiempo empleado para realizarlo. Se ha evidenciado una pérdida económica, un daño, y, por ello, se entiende en la doctrina tradicional a la nulidad como sanción legal que priva de sus efectos propios a un acto jurídico, en virtud de una causa existente en el momento de la celebración.<sup>13</sup>

La interpretación del ordenamiento jurídico argentino luego de la reforma de 2015 nos lleva a una visión diferente de la nulidad no ya como castigo al acto celebrado, medida represiva que se aplica, sino como medida preventiva.<sup>14</sup> Conforme a la naturaleza jurídica a la cual hemos adherido, consideramos la nulidad como una no producción de efectos, que genera el punto de equilibrio del sistema y que el maestro Nieto Blanc nos enseñara:

... la autonomía de la invalidez, donde se la ve actuar como “remedio jurídico” y como procedimiento técnico legal que tiende a salvar las imperfecciones o hacerlas jugar en medida limitada, resguardando intereses que el ordenamiento estima dignos de tutela.<sup>15</sup>

El derecho busca evitar la producción de los efectos patológicos, es decir, el devenir de la ineficacia negocial por la nulidad misma: “la nulidad es una solución costosa al problema del vicio y por ello no se adopta sino cuando el problema no admite una mejor solución”.<sup>16</sup> A excepción de los casos en donde se evidencia el daño producido por causa de la nulidad, que justifican plenamente el efecto neutralizador de las consecuencias y la retroactividad con el consecuente renacimiento del acto, el derecho se encamina a reconocer los efectos producidos a lo largo del tiempo a través de vías o mecanismos de subsistencia.

Un contrato nulo tiene al menos una existencia aparente, al menos ha sido ejecutado o ha recibido un principio de ejecución. Se trata de saber si se puede hacer caer y de qué modo. Se trata de saber si puede salvarse por un acto ulterior.<sup>17</sup>

Es así como los jueces, hoy, a través del principio de conservación del acto y por efecto de la conversión establecida en el artículo 384 CCCN, antes de declarar la nulidad de

13. BORDA, Guillermo A., *Derecho civil. Parte general*, t. 2, Buenos Aires, Perrot, 1976, p. 225.

14. CARNELUTTI, Francesco, *Sistema de derecho procesal civil*, t. 3, Buenos Aires, UTEHA Argentina, 1944, p. 559.

15. NIETO BLANC, Ernesto E., ob. cit. (cfr. nota 3), p. 39.

16. CARNELUTTI, Francesco, ob. cit. (cfr. nota 14), p. 559.

17. PLANIOL, Marcel, *Traité élémentaire de droit civil*, t. 12, cap. 7, París, Librairie Générale de Droit & de Jurisprudence, 1909, p. 279.

un acto, tienen la manda legal de buscar su subsistencia, aun interpretando la voluntad hipotética de las partes para así mantener los efectos que hubieran podido producirse, configurando la nulidad la última *ratio* judicial.

Ya hemos dicho que el ordenamiento jurídico constituye un sistema (art. 2 CCCN) y como tal debe interpretarse coherentemente. Es así que, en materia de responsabilidad civil, se ha introducido también un cambio paradigmático al establecer la función preventiva (art. 1708 CCN) y el deber que tiene toda persona en cuanto de ella dependa de evitar causar un daño no justificado, de adoptar de buena fe y conforme a las circunstancias las medidas razonables para evitar que se produzca un daño o disminuir su magnitud o no agravar el daño si ya se produjo (art. 1710 incs. a), b) y c]), lo que tiene plena implicancia en materia de nulidades, ya que uno de los efectos de la nulidad es la posible acción de daños y perjuicios (art. 391 CCN). Este rol preventivo de la nulidad juega un papel disuasivo en la voluntad de las partes, las que no se vincularán por intermedio de un negocio jurídico cuya nulidad podría ser ulteriormente invocada.

Aquí también interviene el notario como hacedor de la justicia preventiva a través del asesoramiento y la configuración del negocio, que deberá escapar de las posibles configuraciones ineficaces. Este asesoramiento, que estará conjugado con el estudio de títulos que le dará al notario una visión global e histórica de las posibles patologías, y utilizará los mecanismos subsanatorios para neutralizar una futura ineficacia, es de vital importancia para la estructuración pacífica de los negocios y la garantía de la seguridad de las transacciones.

Como el acto nulo produce todos sus efectos jurídicos mientras su nulidad no sea judicialmente declarada por sentencia judicial ejecutoriada, esta situación ha permitido crear una apariencia jurídica firme contraria a la realidad –o situación jurídica inválidamente creada–, por lo cual su destrucción posterior puede traer graves consecuencias para todos los sujetos involucrados en esa cadena histórica de transmisiones. El concepto de invalidez se perfila con base en un acto acaecido en la realidad histórica que, confrontado con el supuesto de hecho de una o más normas, o con el ordenamiento jurídico en su totalidad, es insuficiente para alcanzar los presupuestos y elementos previstos por el ordenamiento jurídico para producir los efectos jurídicos contemplados. Es decir que, sin perjuicio de la existencia del acto, este no encuadra en los estándares básicos del ordenamiento legal. Cuando el acto histórico se enfrenta con una exigencia de interés general que afecta al objeto básicamente, este queda privado de sus efectos totalmente, pero cuando el interés es particular, el ordenamiento brinda mecanismos para salvar la imperfección y conservar el acto.

#### 4.1. Mecanismos que aseguran el tráfico jurídico basados en la seguridad dinámica

Son aquellos que tienden a hacer posible el mantenimiento de la iniciativa negocial, aunque sea a través de la utilización de métodos distintos, y que dan fundamento a la teoría planteada.

#### 4.1.1. Principios o bases sobre las cuales se asientan

El CCCN trae una serie de principios que sustentan nuestra tesis a saber:

- 1) **El principio de la autonomía privada:** La voluntad de las partes, además de ser la fuente inmediata de los efectos del negocio, es el factor propulsor del mismo. El artículo 281 reconoce la causa fin como el fin inmediato autorizado por el ordenamiento jurídico que ha sido determinante de la voluntad. Son los motivos exteriorizados, que han servido de vehículo y han sido esenciales y determinantes para otorgar el acto, en la medida en que así la contraparte lo haya aceptado. El principio de la autonomía de la voluntad integra el ordenamiento nacional e internacional a través de la constitucionalización del derecho privado. La sanción del CCCN reconoce como uno de sus pilares fundamentales el reconocimiento de este principio, que se ve maximizado en materia contractual (arts. 958, 961 y 962).
- 2) **Principio de conservación:** Derivado del principio de conservación del acto jurídico (“todo acto jurídico de significado ambiguo debe, en la duda, entenderse en su máximo significado útil”). El principio de conservación de los contratos o *favor contractus* es un canon hermenéutico que, enunciado legislativamente para la materia contractual, inspira todo el ordenamiento jurídico. Cuando exista duda sobre si el contrato en su conjunto o también alguna de sus cláusulas individuales deba surtir algún efecto o no producir ninguno, deberá entenderse en el sentido de que pueda producir algún efecto. Este principio se encontraba en las célebres frases de Juliano; fue recogido por el *Digesto* y representa un principio que avala asimismo la seguridad del tráfico negocial.  
El *favor contractus* es un principio o regla interpretativa aceptada y aplicada no solo en los países de raíz greco-romana sino también en el sistema civil del *common law*, por lo que deviene en un principio jurídico universal y esencial, que resulta indispensable para generar seguridad jurídica en las transacciones, facilitar y mejorar el tráfico. Este principio se traduce asimismo en el **mantenimiento en vida del contrato plurilateral**.
- 3) **Teoría de la apariencia:** Se configuró desde hace muchos años a través de la introducción de normas basadas en el tráfico negocial y la buena fe. Se introdujo con la Ley 17711 en los artículos 1051 *in fine* y 3430 del Código Civil. Tuvo gran recepción en la jurisprudencia, que fue delineando sus aspectos más relevantes, y es aplicada en todos aquellos casos en donde se dirimen conflictos entre la seguridad estática y la dinámica. Hoy se encuentra consagrado en los artículos 367, 392, 883 inc. e) y 2325 CCCN.
- 4) **Protección de la seguridad dinámica** y de la confianza tanto de los agentes como de los terceros.
- 5) **Principio de buena fe:** Es reconocido en el artículo 9 del título preliminar como un principio general. Se expande a través de todo el ordenamiento tanto en su faz genérica, en materia de interpretación de la conducta de las partes y en la voluntad negocial, como en su faz específica, en materia de adquisición de derechos reales sobre inmuebles (art. 392 CCCN).

- 6) **Interpretación judicial. Razonabilidad:** Configura un verdadero cambio en el paradigma de interpretación de la norma. Consagrado en el artículo 2, establece la pirámide normativa que debe ponderar el juez en cada caso particular.
- 7) **Juicio de ponderación:** Marca la interpretación judicial cuando están en pugna normas o bienes de idéntico valor, a través del deber de resolver, mediante una decisión razonablemente fundada.
- 8) **Principio de la función preventiva de la responsabilidad civil** (arts. 1708 y 1710): La acción preventiva procede cuando una acción u omisión antijurídica hace previsible la producción de un daño, su continuación o agravamiento sin factor de atribución. El artículo 1710 establece que toda persona tiene el deber, en cuanto de ella dependa, de: a) evitar causar un daño no justificado; b) adoptar, de buena fe y conforme a las circunstancias, las medidas razonables para evitar que se produzca un daño o disminuir su magnitud; si tales medidas evitan o disminuyen la magnitud del daño del cual un tercero sería responsable, tiene derecho a que este le reembolse el valor de los gastos en que incurrió, conforme a las reglas del enriquecimiento sin causa; c) no agravar el daño si ya se produjo.
- 9) **Consentimiento informado** (art. 1720): El consentimiento libre e informado del damnificado, en la medida en que no constituya una cláusula abusiva, libera de la responsabilidad por los daños derivados de la lesión de bienes disponibles.

#### 4.2. Aplicaciones prácticas normativas

- **Nuevos supuestos de convalidación** (art. 280):

El acto jurídico sujeto a plazo o condición suspensiva es válido, aunque el objeto haya sido inicialmente imposible, si deviene posible antes del acaecimiento del plazo o del cumplimiento de la condición.

- **Conversión formal** (art. 294):

Carece de validez el instrumento público que tenga enmiendas, agregados, borraduras, entrelíneas en partes esenciales, si no están salvadas antes de las firmas requeridas. El instrumento que no tenga la forma debida vale como instrumento privado si está firmado por las partes.

- **Nulidad instrumental taxativa** (art. 309):

Son nulas las escrituras que no tengan la designación del tiempo y lugar en que sean hechas, el nombre de los otorgantes, la firma del escribano y de las partes, la firma a ruego de una de ellas cuando no saben o no pueden escribir y la firma de los dos testigos del acto...

- **Convalidación en materia de derechos reales** (art. 1885): la transmisión o constitución de un derecho real que no se tiene y se adquiere posteriormente. La convalidación es un efecto legal que opera *ipso iure* al producirse la segunda adquisición válida y eficaz, que da validez, en consecuencia, a la primera. La convalidación es un modo de subsanación que no requiere la formalización de un acto jurídico en sí mismo, como ocurre con la confirmación, sino que solo requiere el relato de los hechos o actos que

dan nacimiento al efecto legal convalidante de la primera adquisición sin necesidad de declaración judicial alguna. Es el saneamiento automático de la ineficacia de un acto que adolecía de falta de legitimación del disponente mediante la adquisición posterior por este del poder de disposición que carecía.<sup>18</sup> Lafaille dice que se trata de un remedio que tiende a mantener la buena fe en los contratos, estabiliza, además, las transmisiones y sirve de garantía eficaz a los terceros.<sup>19</sup>

- **La conversión del acto nulo** (art. 384): Se trata de un mecanismo orientado a mantener la validez y eficacia de aquello que es inválido e ineficaz, según una valoración del propio ordenamiento. Es un instrumento esencialmente técnico, orientado a solucionar problemas concretos, es un remedio por definición extraordinario y excepcional que se vincula con los principios generales del ordenamiento. Por ello, lo identificamos y elevamos como principio de interpretación, porque significa un reconocimiento por parte del ordenamiento jurídico de las limitaciones propias de los esquemas teóricos cuando se topan con la realidad del tráfico jurídico; es lo que denominamos cambio de causa contractual. La determinación si en una hipótesis funciona el mecanismo de la conversión del acto nulo es una apreciación que le compete al orden jurídico y, por lo tanto, es preventivo del juez como órgano de interpretación del derecho vigente,<sup>20</sup> pero es un mecanismo transformador que se enrola en el camino señalado. La conversión funciona como brújula orientadora por el juez, ya que, antes de declarar la nulidad de cualquier acto, podrá analizar si las partes tuvieron una finalidad distinta (conversión subjetiva) a través de descubrir la voluntad hipotética a los fines de salvar los efectos producidos. Ejemplo típico de este instituto es el contrato de transacción nulo que puede convertirse en un reconocimiento de deuda.

- **Lesión** (art. 332):

Puede demandarse la nulidad o la **modificación** de los actos jurídicos cuando una de las partes explotando la necesidad, debilidad síquica o inexperiencia de la otra, obtuviera por medio de ellos una ventaja patrimonial evidentemente desproporcionada y sin justificación. Se presume, excepto prueba en contrario, que existe tal explotación en caso de notable desproporción de las prestaciones.

Los cálculos deben hacerse según valores al tiempo del acto y la desproporción debe subsistir en el momento de la demanda.

El afectado tiene opción para demandar la nulidad o un reajuste equitativo del convenio, pero la primera de estas acciones se debe transformar en acción de reajuste si éste es ofrecido por el demandado al contestar la demanda.

Sólo el lesionado o sus herederos pueden ejercer la acción.

- **La subsistencia parcial del acto, nulidad parcial** (art. 389): Sobre la base del principio de conservación del acto jurídico, se ha edificado –proveniente del derecho ro-

18. ALTERINI, Jorge H. y otros, *Teoría general de las ineficacias*, Buenos Aires, La Ley, 2000, p. 61.

19. LAFAILLE, Héctor, *Derecho civil. Tratado de los derechos reales*, t. 1, Buenos Aires, La Ley-Ediar, 2010 (2ª ed., ampliada y actualizada por Jorge H. Alterini e Ignacio E. Alterini), p. 73.

20. BETTI, Emilio, *Teoría general del negocio jurídico*, Madrid, Ed. Revista de Derecho Privado, 1970 (traducción de A. Martín Pérez), p. 375.

mano— la máxima “*utile per inutile non vitiatur*” (“que lo útil no se vicia por lo inútil”),<sup>21</sup> cuyo resultado es la regla de la incomunicabilidad de la nulidad y consiste en la posibilidad de invalidar solo una parte del acto jurídico, dejando incólume y, en consecuencia, eficaz las demás cláusulas que lo conforman. La conveniencia de permitir la subsistencia de un acto jurídico e invalidar solo la disposición afectada por el vicio reside, en palabras del jurista francés Philippe Simmler, en reconocer que la sanción de nulidad debe adaptarse a la finalidad de la ley.<sup>22</sup> Ello así, la nulidad total del negocio viciado no siempre es el mejor efecto, ni la más eficaz, ni la que mejor responde a las nuevas exigencias sociales. Por ello, es necesario estar atentos a las consecuencias de la invalidez total, a sus repercusiones concretas y al comportamiento de los particulares. Tan es así que el artículo 1066 CCCN establece la consagración de este principio de modo expreso al definir que: “si hay duda sobre la eficacia del contrato, o de alguna de sus cláusulas, debe interpretarse en el sentido de darles efecto”. De manera análoga al artículo 1039 del Código Civil, el nuevo ordenamiento expresa en el segundo párrafo del artículo 389: “la nulidad de una disposición no afecta a las otras disposiciones válidas, si son separables. Si no son separables porque el acto no puede subsistir sin cumplir su finalidad, se declara la nulidad total”. Una adecuada hermenéutica del precepto en estudio indicaría que, como principio general, el acto jurídico mantiene su validez y únicamente se declarará la nulidad de la cláusula viciada. Asimismo, y con referencia concreta al nuevo ordenamiento, se ha señalado que constituyen directivas de interpretación, entre otras, la relevancia de la finalidad práctica perseguida por las partes, la prevalencia del principio de conservación del acto jurídico y su correlato, el de la incomunicabilidad de la nulidad y la división de la prestación.<sup>23</sup> Un ejemplo de la posibilidad de declarar la nulidad parcial en los actos unilaterales lo encontramos en el artículo 2474 CCCN:

La inobservancia de las formas requeridas para otorgar el testamento causa su nulidad total; pero satisfechas las formas legales, la nulidad de una o de varias cláusulas no perjudica las restantes partes del acto.

- **El error como vicio de la voluntad causa la nulidad de acto** (art. 269): Se regula sobre el error reconocible en el artículo 266 y sobre el error esencial, en el artículo 267; sobre el error en la declaración de voluntad y su transmisión, en el artículo 270. El error de denominación no es esencial dado que no influye en la validez del acto. Se produce una declaración discordante entre lo realmente celebrado y lo querido. El acto viciado por error en la manifestación de la voluntad puede ser subsanado rectificando el contenido con las condiciones y modalidades con las que entendió celebrarlo el errante.

- **Teoría de la imprevisión** (art. 1091):

Si en un contrato conmutativo de ejecución diferida o permanente, la prestación a cargo de una de las partes se torna excesivamente onerosa, por una alteración extraordinaria de

21. MARIN PADILLA, María L., *El principio de conservación de los actos jurídicos “utile per inutile non vitiatur”*, Barcelona, Bosch-Ronda Universidad, 1990, p. 125.

22. Ídem, p. 97.

23. LOVECE, Graciela, “La ineficacia de los actos jurídicos en el proyecto de unificación civil y comercial”, en *Revista Jurídica*, Buenos Aires, Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales, N° 17, 2013, pp. 170-186. [N. del E.: ver aquí; fuente: [repositorio institucional UCES](#); última consulta: 21/10/2019].

las circunstancias existentes al tiempo de su celebración, sobrevenida por causas ajenas a las partes y al riesgo asumido por la que es afectada, ésta tiene derecho a plantear extrajudicialmente, o pedir ante un juez, por acción o como excepción, la resolución total o parcial del contrato, o su adecuación. Igual regla se aplica al tercero a quien le han sido conferidos derechos, o asignadas obligaciones, resultantes del contrato; y al contrato aleatorio si la prestación se torna excesivamente onerosa por causas extrañas a su álea propia.

- **Cláusulas abusivas separables (art. 988):**

En los contratos previstos en esta sección, se deben tener por no escrituras:

- a) las cláusulas que desnaturalizan las obligaciones del predisponente;
- b) las que importan renuncia o restricción a los derechos del adherente, o amplían derechos del predisponente que resultan de normas supletorias;
- c) las que, por su contenido, redacción o presentación, no son razonablemente previsibles.

- **Plazos cortos de prescripción:** El CCCN evidencia una idea generalizada de acortamiento de plazos, reflejada en prescripción, caducidad, condiciones resolutorias y pactos de indivisión.

- **Caducidad de la acción de reducción (art. 2459):** El plazo de diez años establecido en este artículo es coherente con los argumentos planteados, más allá de que se comparta o no su calificación jurídica como prescripción adquisitiva, plazo de caducidad, condición resolutoria o adquisición legal.

- **Cláusula de inenajenabilidad (art. 1972):**

En los actos a título oneroso es nula la cláusula de no transmitir a persona alguna el dominio de una cosa determinada o de no constituir sobre ella otros derechos reales. Estas cláusulas son válidas si se refieren a persona o personas determinadas.

En los actos a título gratuito todas las cláusulas señaladas en el primer párrafo son válidas si su plazo no excede de diez años.

Si la convención no fija plazo, o establece un plazo incierto o superior a diez años, se considera celebrada por ese tiempo. Es renovable de manera expresa por un lapso que no exceda de diez años contados desde que se estableció.

- **Dominio revocable y la condición resolutoria de diez años:**

- *Artículo 1965:* Recapta la previa doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en cuanto a la limitación temporal de los cargos o de las condiciones como causas en la revocación del dominio al término máximo de diez años desde la constitución del dominio revocable. La norma es imperativa y no supletoria no solo por estar enmarcada en el orden público propio de los derechos reales sino también por el claro texto legal. Dicho carácter imperativo lleva a la aplicación inmediata de la nueva normativa, por imperio del artículo 7 CCCN. El artículo 1965 es claro al establecer un límite al plazo de inestabilidad del dominio revocable sometido a condición o plazo resolutorio cuando indica que las condiciones resolutorias impuestas al dominio se deben entender limitadas al término de diez años, aunque no pueda realizarse el hecho previsto dentro de aquel plazo o este sea mayor o incierto. Si los diez años transcurren sin haberse producido la

resolución, el dominio debe quedar definitivamente establecido. El plazo se computa desde la fecha del título constitutivo del dominio imperfecto. La aplicación de esta norma en materia de pacto de reversión en donaciones inmobiliarias es fundamental desde el punto de vista del asesoramiento notarial. Asimismo, la publicidad cartular de las cláusulas de reversión, así como los efectos del transcurso del tiempo sin haberse cumplido la condición, son dos cuestiones a tener en cuenta a los efectos del estudio de títulos en las transferencias inmobiliarias. Como principio general, la revocación del dominio, en caso de cosas registrables, tiene efecto retroactivo, excepto que lo contrario surja del título de adquisición o de la ley; otro punto fundamental para la circulación del título y la publicidad cartular, ya que la limitación del efecto retroactivo le permitirá, en nuestro ejemplo, al donatario mantener los actos de administración y disposición realizados sobre la cosa.

- *Artículo 346*: “La condición no opera retroactivamente, excepto pacto en contrario” (pacto oponible a través de su inscripción). La condición resolutoria, como modalidad del acto jurídico, a diferencia de lo establecido en materia de dominio revocable, en principio no opera retroactivamente, salvo que las partes pacten lo contrario en el título de adquisición. Aquí también observamos la importancia de la publicidad cartular y registral en materia de limitaciones al dominio.

- **Subadquirente de buena fe y a título oneroso (art. 392):**

*Efectos respecto de terceros en cosas registrables.* Todos los derechos reales o personales transmitidos a terceros sobre un inmueble o mueble registrable, por una persona que ha resultado adquirente en virtud de un acto nulo, quedan sin ningún valor y pueden ser reclamados directamente del tercero, excepto contra el subadquirente de derechos reales o personales de buena fe y a título oneroso.

- **Justo título y buena fe (art. 1902):**

El justo título para la prescripción adquisitiva es el que tiene por finalidad transmitir un derecho real principal que se ejerce por la posesión, revestido de las formas exigidas para su validez, cuando su otorgante no es capaz o no está legitimado al efecto.

La buena fe requerida en la relación posesoria consiste en no haber conocido ni podido conocer la falta de derecho a ella.

Cuando se trata de cosas registrables, la buena fe requiere el examen previo de la documentación y constancias registrales, así como el cumplimiento de los actos de verificación pertinentes establecidos en el respectivo régimen especial.

- **Adquisición legal (art. 1894)**: “Se adquieren por mero efecto de la ley [...] los derechos de los adquirentes y subadquirentes de buena fe”. El artículo establece una forma distinta de adquisición de ciertos derechos reales que no requieren la concurrencia de título y modo suficientes como venimos analizando, sino que es la ley misma la causa de su adquisición. Esta categoría no surgía expresamente del Código velezano, pero los autores la reconocían en los supuestos de condominio de accesorios de dos o más heredades que pertenezcan a diversos propietarios, por confusión de límites, el derecho real de usufructo de los padres sobre los bienes de los hijos bajo su patria potestad, y el

derecho real de habitación del cónyuge supérstite (arts. 2710, 2746, 287, 2816 y 3573 bis Código Civil). El artículo en estudio omite toda referencia al usufructo legal de los padres sobre los bienes de los hijos sujetos a patria potestad, porque es una figura que se elimina del CCCN, aun cuando se fija la administración de los bienes del hijo menor a cargo de ambos padres (arts. 685, 694, 695 y 696) y el derecho a la utilización de sus rentas sin autorización judicial pero con obligación de rendir cuentas en determinados casos. También se omite el caso de la servidumbre forzosa que expresamente reconoce fuente legal (art. 2166) en el caso de la servidumbre de tránsito a favor de inmuebles carentes de comunicación suficiente con la vía pública, de acueducto si resulta necesaria para la explotación económica establecida en el dominante o para la población y la de recibir agua extraída o degradada artificialmente de la que no resulte perjuicio grave para el sirviente o que, de existir, sea canalizada subterráneamente o en cañerías. El artículo en estudio consagra los siguientes casos en los que los derechos reales se adquieren por el mero efecto de la ley: a) condominio con indivisión forzosa perdurable de accesorios indispensables al uso común de varios inmuebles; b) condominio de muros, cercos y fosos cuando el cerramiento es forzoso; c) condominio que se origina en la accesión de cosas muebles inseparables; d) derecho real de habitación del cónyuge y del conviviente supérstite; y e) **derechos de los adquirentes y subadquirentes de buena fe.**

- **Usucapión** (art. 1899): La prescripción adquisitiva de derechos reales sin justo título o buena fe se produce a los veinte años de posesión ostensible y continúa. Contra este adquirente, no puede oponérsele la falta o nulidad del título o de su inscripción ni la mala fe de su posesión. El saneamiento del título por el transcurso del plazo de prescripción adquisitiva importa la consecuente convalidación del derecho real, dado que, al cumplimiento del mismo, el titular del derecho real no puede adquirir contra sí mismo y solo podría obtener la respectiva sentencia judicial por vía de excepción en caso de oponer su posesión a título de dueño frente a una demanda de un tercero. A ello debemos adicionarle la extinción de la garantía de evicción establecida por el artículo 1050 y la adquisición legal reconocida por el artículo 1894.

- **Extinción de la garantía de evicción** (art. 1050): Determina que no se debe garantía de evicción cuando ha transcurrido el plazo de prescripción adquisitiva, sin necesidad de exigir el dictado de una sentencia judicial al respecto. En este punto, se observa el efecto saneatorio directo del transcurso del tiempo a través de la extinción de la garantía de evicción.

- **Pactos en la compraventa** (arts. 1166 y 1667): Pueden ser convenidos por un plazo que no exceda de cinco años para los inmuebles. Los pactos en la compraventa adquieren oponibilidad a través de la publicidad registral y cartular.

- **Representación aparente** (art. 367):

Cuando alguien ha obrado de manera de inducir a un tercero a celebrar un acto jurídico, dejándolo creer razonablemente que negocia con su representante, sin que haya representación expresa, se entiende que la ha otorgado tácitamente poder suficiente.

A tal efecto se presume que:

- a) quien de manera notoria tiene la administración de un establecimiento abierto al público es apoderado para todos los actos propios de la gestión ordinaria de éste;
- b) los dependientes que se desempeñan en el establecimiento están facultados para todos los actos que ordinariamente corresponde a las funciones que realizan;
- c) los dependientes encargados de entregar mercaderías fuera del establecimiento están facultados a percibir su precio otorgando el pertinente recibo.

- **Actos del heredero aparente** (art. 2315):

Son válidos los actos de administración del heredero aparente realizados hasta la notificación de la demanda de petición de herencia, excepto que haya habido mala fe suya y del tercero con quien contrató.

Son también válidos los actos de disposición a título oneroso a favor de terceros que ignoran la existencia de herederos de mejor o igual derecho que el heredero aparente, o que los derechos de este están judicialmente controvertidos.

El heredero aparente de buena fe debe restituir al heredero el precio percibido; el de mala fe debe indemnizar el perjuicio causado.

- **Investidura del heredero** (art. 2337): Cabe destacar que los herederos cuyo llamamiento hereditario deriva de la ley quedan investidos de su calidad de tales desde el día de la muerte del causante, sin ninguna formalidad o intervención de los jueces, aunque ignoren la apertura de la sucesión y su llamamiento a la herencia, porque tienen la posesión hereditaria de pleno derecho. Estos herederos pueden realizar todos los actos derivados de su calidad de sucesores del causante, y únicamente para el caso de disposición o transferencia de bienes registrables requieren el reconocimiento de su investidura mediante la declaratoria judicial de herederos.

- **Legitimación para recibir pagos** (art. 883):

Tiene efecto extintivo del crédito, el pago hecho: [...] e) al acreedor aparente, si quien realiza el pago actúa de buena fe y de las circunstancias resulta verosímil el derecho invocado; el pago es válido, aunque después sea vencido en juicio sobre el derecho que invoca.

- **Adquisición** (art. 2119):

El derecho de superficie se constituye por contrato oneroso o gratuito y puede ser transmitido por actos entre vivos o por causa de muerte. No puede adquirirse por usucapión. La prescripción breve es admisible a los efectos del saneamiento del justo título.

- **Interpretación contractual** (art. 1066):

Si hay duda sobre la eficacia del contrato, o de alguna de sus cláusulas, debe interpretarse en el sentido de darles efecto.

- **Confirmación** (art. 393):

Hay confirmación cuando la parte que puede articular la nulidad relativa manifiesta expresa o tácitamente su voluntad de tener al acto por válido, después de haber desaparecido la causa de nulidad.

El acto de confirmación no requiere la conformidad de la otra parte.

Podemos decir que la confirmación es el modo expreso o tácito de saneamiento de la nulidad relativa, de modo que un nuevo acto sana el defecto del anterior, configurando una renuncia a instar la acción de nulidad que está latente. La confirmación es un acto jurídico orientado a neutralizar los vicios de un negocio anterior a través de un acto que demuestre la voluntad de quien podría impugnarlo de convalidar la validez, para que, pese al vicio acaecido, el acto cumpla sus efectos jurídicos normales. Confirmar un acto de manera expresa implica que la parte afectada haga conocer su voluntad convalidatoria pronunciándose de manera concreta y precisa acerca de esa circunstancia. Para ello, el acto de confirmación habrá de reunir determinados requisitos establecidos en el artículo 394, a saber: plasmarse en un instrumento que reúna las mismas formas exigidas para el acto que se sana; contener la mención precisa de la causa de la nulidad; mencionar la desaparición de dicha causa y expresar la voluntad de confirmar el acto. Entendemos que, al referirse la norma actual a “la mención precisa de la causa de nulidad”, ello subsume como paso previo la descripción detallada del acto que se pretende sanear. Seguidamente, la secuencia debe integrarse expresándose la causa de la nulidad, ello es, describiendo concretamente el vicio de que el acto adolecía. Debe mencionar precisamente la desaparición de la causa de nulidad y la voluntad de confirmar el acto. La confirmación también puede llevarse a cabo de forma tácita. Esta modalidad, descrita en el segundo párrafo del artículo 394, procede cuando “resulta del cumplimiento total o parcial del acto nulo realizado con conocimiento de la causa de nulidad o de otro acto del que se deriva la voluntad inequívoca de sanear el vicio del acto”. En los hechos, esta especie de confirmación se refiere a la conducta de quien, aun conociendo la existencia del vicio que invalida el acto, no obstante, consiente en cumplir con las obligaciones a su cargo o ejerce los derechos adquiridos en virtud del acto nulo. La *ratio legis* de la confirmación tácita (también denominada confirmación indirecta) ha de encontrarse en la intención de renunciar a articular la nulidad, hecho verificable porque quien se encuentra habilitado para atacar al acto viciado, amén de no hacerlo, lleva a cabo el cumplimiento total o parcial de las obligaciones o derechos de los que es titular en virtud del negocio en cuestión. Conforme al artículo 395, “la confirmación del acto entre vivos originalmente nulo tiene efecto retroactivo a la fecha en que se celebró”. Con respecto a las disposiciones que constan en actos de última voluntad, la confirmación opera desde la muerte del causante, toda vez que es a partir de ese momento en el que tales disposiciones adquieren eficacia. Sin embargo, este principio de la retroactividad de la confirmación no tiene lugar ni perjudica los derechos de terceros de buena fe.

- **Prescripción liberatoria** (art. 2562): El pedido de declaración de nulidad relativa y de revisión de los actos jurídicos prescribe a los dos años, conforme al artículo 2562 inciso a). El plazo se computará, tratándose de vicios de la voluntad, desde que cesó la violencia o desde que el error o el dolo se conocieron o pudieron ser conocidos (art. 2563, inc. a). Para el supuesto de la simulación entre partes, el plazo se computa desde que, requerida una de ellas, se niega a dejar sin efecto el acto simulado (inc. b). En la simulación ejercida por un tercero, el tiempo corre a partir del momento en que dicho accionante conoció o pudo conocer acerca de ese vicio (inc. c). En la nulidad por incapacidad, desde que esta cesó (inc. d). Con respecto a la lesión, el plazo se computa desde la fecha en que la obligación a cargo del lesionado debía ser cumplida (inc. e). Con respecto a la acción

de fraude, el cómputo se inicia a partir del momento en que se conoció o pudo conocer el mismo (inc. f).

## 5. Efectos de la nulidad

El artículo 392 se encuentra ubicado en el libro primero, título IV “Hechos y actos jurídicos”, capítulo 9, “Ineficacia de los actos jurídicos”, sección 4ª “Efectos de la nulidad”, y establece cuáles son los efectos de la nulidad del acto respecto de las partes y de los terceros en cosas registrables.

En primer lugar, el efecto general de la nulidad está establecido por los artículos 390 y 391, tanto entre las partes como respecto de terceros. Se regula exclusivamente la nulidad absoluta o relativa, clasificación que se funda en el interés protegido, según sea general, basado en el orden público, la moral y las buenas costumbres, o particular, cuya base es la protección de ciertas personas en cuyo beneficio se establece la nulidad relativa. La nulidad pronunciada por los jueces vuelve las cosas al mismo estado en que se encontraban antes del acto declarado nulo, debiéndose las partes restituirse recíprocamente lo que hubieran recibido cuando el acto ha producido total o parcialmente sus efectos propios.

Estos efectos se encuentran en todo de acuerdo con el ordenamiento al establecer el pago de lo indebido en el artículo 1796, que establece que el pago es repetible cuando existe invalidez en alguno de los elementos constitutivos del acto, por ejemplo, en el caso de que la causa del deber no exista, o no subsista porque no hay obligación *válida*, o dejar de existir. Lo que no hace más que confirmar la teoría de la invalidez cuya consecuencia es la ineficacia obligacional debiéndose restituirse la situación de hecho en virtud de las prestaciones indebidas. Sin perjuicio de la acción de daños y perjuicios que pueda corresponder conforme al artículo 391.

Con respecto a los efectos frente a terceros en las cosas registrables, el artículo 392 supera la distinción del acto nulo y anulable que había introducido la Ley 17711 al artículo 1051 del Código Civil, que generó diversas interpretaciones con relación a la ostensibilidad<sup>24</sup> del vicio, refiriéndose exclusivamente al **acto nulo**, como especie de ineficacia originaria del acto jurídico, conforme a la clasificación de las nulidades del artículo 386 en absolutas y relativas que se describieron anteriormente.

El artículo 392 CCCN establece:

Todos los derechos reales o personales transmitidos a terceros sobre un inmueble o mueble registrable, por una persona que ha resultado adquirente en virtud de un acto nulo, quedan sin ningún valor, y pueden ser reclamados directamente del tercero, **excepto contra el subadquirente de derechos reales o personales de buena fe y a título oneroso.**

24. La finalidad de la reforma al art. 1051 del Código Civil por la Ley 17711 se encontraba expresada en la nota de elevación de la ley, que decía: “Uno de los aspectos importantes de la reforma proyectada es la protección de los terceros titulares de derechos adquiridos de buena fe y a título oneroso frente a los vicios no manifiestos que pudieran tener los antecedentes de tales relaciones” (ver BIDAÚ, José F., FLEITAS, Abel y MARTÍNEZ RUIZ, Roberto [nota elevatoria de la comisión redactora], en *El Derecho*, Buenos Aires, Universidad Católica Argentina, t. 21, 1968, p. 963; y LLOVERAS DE RESK, María E., [comentario al art. 1051], en Bueres, A. J. [dir.] y Highton, E. I. [coord.], *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial*, t. 2C, Buenos Aires, Hammurabi, 1999, pp. 404-521).

Los subadquirentes no pueden ampararse en su buena fe y título oneroso si el acto se ha sido realizado sin la intervención del titular del derecho.

¿Por qué la declaración de nulidad de un acto jurídico puede carecer de eficacia reipersecutoria contra terceros de buena fe y a título oneroso? Porque la invalidez es inoponible respecto de esos terceros, que escapan por ello a los efectos de la nulidad. Dicha protección responde a la opción del legislador a favor de la seguridad del tráfico negocial frente a la seguridad estática del derecho real de titular de dominio. El aspecto social del derecho de la propiedad, representado en este caso por el interés colectivo de la seguridad de las transacciones, impone el criterio expuesto.<sup>25</sup>

La apariencia jurídica, como principio consagrado por nuestra legislación es, para algunos, fundamento más que suficiente para lograr la protección del tercero. Así, autores como Mosset Iturraspe veían en el artículo 1051 del Código Civil la consagración de este principio, que pone a salvo al subadquirente de buena fe y a título oneroso de cualquier vicisitud que pueda afectar al acto anterior a su adquisición.<sup>26</sup>

Entrar a considerar el concepto de buena fe en la ciencia del derecho es ahondar en un tema que tiene una gran amplitud y complejidad. En los países con tradición romano-germánica, la buena fe cubre todo el derecho como un principio general y tiene aplicación en instituciones jurídicas muy diversas. Nada obstaría que este principio no estuviera consagrado explícitamente en el ordenamiento jurídico, y, aun así, se aplicaría, pues es algo que, por la propia naturaleza de las cosas, de hecho, irradia las relaciones entre los hombres. De conformidad con lo establecido por la doctrina, se señala que en la buena fe existen dimensiones tanto internas como externas, circunstancias objetivas y subjetivas. En sentido subjetivo, la buena fe es la intención con que obran las personas o la creencia con que lo hacen. En sentido objetivo, la buena fe actúa como una regla de conducta, es un estándar jurídico que orienta la actuación ideal del sujeto.

En la primera, la subjetiva, se abre la posibilidad de que el comportamiento de un sujeto sea irregular y antijurídico a pesar de que el sujeto obre convencido totalmente de lo contrario. Allí, la consecuencia es que el sujeto es exonerado de sanción o, por lo menos, la que se le impone es atenuada frente a la que ordinariamente le correspondería. Mientras que la segunda concepción, la objetiva, deja de lado elementos de apreciación internos del sujeto y hace alusión a un criterio o manera de proceder a la cual las partes deben atenerse en el desenvolvimiento de las relaciones jurídicas. Es por ello que se dice que un rol fundamental de la buena fe subjetiva es otorgar derechos, mientras que el rol de la buena fe objetiva es imponer deberes. En algunos casos, se exige que el comportamiento del sujeto no solo sea el adecuado sino que, además, haya desplegado una dosis mínima de diligencia para establecer la realidad de la situación que se le pone a su consideración. Por ello, en tales casos, habrá que investigar la medida en que fue o no culpable de su error o de su ignorancia quien alega haber obrado de buena fe. Es allí cuando se llega a la distinción entre la buena fe simple y la buena fe calificada.

25. Cám. Civil 2ª de la Capital Federal, 12/8/1944, "García, María A. Martínez de c/ Simón Juan M. y otros" (*Jurisprudencia Argentina*, t. 1945-II, p. 651).

26. DE HOZ, Marcelo A., "Adquisiciones a non domino", en *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, N° 884, 2006, pp. 104-105. [*N. del E.*: ver [aquí](#); fuente: CECBA; última consulta: 21/10/2019].

Ahora bien, este resguardo a la protección del subadquirente trae como requisito la configuración de tal en el negocio mencionado, y, en consecuencia, deberá cumplir con los estándares de buena fe, que para el caso no se limita a la buena fe objetiva ni a la buena fe registral, sino que su actuación responderá a una conjunción de diligencias tendientes a configurar la *optimus fides*, es decir, una íntima convicción de obrar conforme a derecho. Esta buena fe requerida para la viabilidad de la protección legal es entonces una buena fe subjetiva-objetiva, creencia-diligencia, dinámica y práctica que tienen como uno de los elementos fundamentales el estudio de los antecedentes cartulares, registrales y posesorios. Es irrelevante para el caso que la nulidad sea absoluta o relativa; en cualquier caso, el tercero estará protegido siempre que el vicio no sea ostensible. Por ello, para autores como Díez Picazo, una de las oportunidades en que la buena fe se aplica es aquella en la que la “buena fe significa confianza en una situación jurídica, que permite, en un negocio jurídico de disposición, creer en la legitimación y poder del disponente”.<sup>27</sup> “La seguridad de las transacciones exige que una adquisición en apariencia regular no pueda ser controvertida; el adquirente que haya adoptado todas las precauciones no debe ser inquietado”.<sup>28</sup>

El estudio de títulos es una de las operaciones de ejercicio del notario, quien, en virtud de los antecedentes analizados, verifica la inexistencia de vicios ostensibles que puedan enervar el derecho del transmitente y la bondad del título del adquirente y emite un juicio de valor. En el estudio de los antecedentes, el profesional deberá verificar, en primer lugar, la matricidad del testimonio de la escritura que se presenta como título del disponente; luego, que coincida con la realidad registral; y, luego, se deberá verificar tanto en las escrituras matrices como en los antecedentes judiciales y/o administrativos la inexistencia de defectos o vicios que puedan provocarles la nulidad o de cláusulas que lleven ínsita la ineficacia sobreviniente, y ello es así porque de la mano de la ineficacia originaria o sobreviniente entrará en escena la reivindicación del inmueble.<sup>29</sup> El estudio de títulos tiene una doble finalidad: en primer lugar, descartar la existencia de vicios ostensibles que hagan vulnerable la adquisición del requirente; una vez identificado el vicio, lograr su neutralización mediante las técnicas de subsanación notarial y asesorar a las partes con relación a las consecuencias jurídicas del acto a realizar, con la consecuente exclusión de la responsabilidad civil que genera el debido consentimiento informado.

Podemos concluir que esta protección que resguarda la adquisición del derecho del subadquirente de buena fe frente a una posible acción de nulidad tiene ahora expresa causa legal. Los artículos 1894 y 392 consagran el principio de abstracción en miras de la protección del tráfico jurídico inmobiliario, es decir, la ley en cierta forma independiza la adquisición de este especial tercero del acto antecedente. Entendemos que el artículo 1894 va más allá del 392 cuando amplía la protección al adquirente de buena fe por lo cual la protección de este adquirente no encuentra otra justificación más que la suma de su voluntad de adquirir, su posesión y su buena fe. Según los hermanos Mazeaud, allí la

27. DIEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis, *Fundamentos de derecho civil patrimonial*, Madrid, Tecnos, 1983, p. 137.

28. MAZEAUD, Henri y Leon, MAZEAUD, Jean, *Lecciones de derecho civil*, parte 2, vol. 4, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1954, p. 118.

29. ZINNY, Mario A., *Bonsenbiente. Incluye todas las desventuras, una nueva del profesor, otra de una escribana y un índice alfabético de materias*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2006, pp. 255 y 264.

adquisición de la propiedad se produce por virtud de la ley: es una adquisición *lege*.<sup>30</sup> El artículo 392 establece que el segundo negocio dispositivo es perfectamente válido a punto tal que se abstrae del primero, existe, es válido y eficaz, permitiéndole así al tercero legitimar su derecho y bonificar su título reingresándolo al tráfico jurídico negocial, pero exige para permitir su protección que este tenga la íntima convicción de estar actuando conforme a derecho y que su actuar sea activamente diligente, lo que involucra al notario como operador del derecho que deberá, mediante el correspondiente estudio de títulos, verificar los antecedentes cartulares, registrales, administrativos y posesorios, a los efectos de garantizar la bondad del título del tercero. La estructura de las normas y su fundamento conducen a pensar que la intención del legislador fue radicar directamente la propiedad de los bienes, estableciendo una excepción evidente al sistema de título y modo pero basada dicha determinación en la necesidad de amparar la buena fe exenta de culpa.

En definitiva, el estudio de títulos como operación de ejercicio es natural de la función notarial y deriva de su calidad de operador del derecho y creador de documentos autosuficientes. La intervención del notario en la contratación privada constituye la competencia en asuntos no contenciosos más difundida. El valor del notariado en el asesoramiento y documentación de las relaciones jurídicas de la comunidad es innegable, y es por esa razón que debemos mantener y desarrollar el nivel de eficacia.

## 6. Las adquisiciones a *non domino*: una exclusión justa

El artículo 392 CCCN excluye expresamente de la protección los casos de falta de autoría o falta de intervención del titular del derecho y recepta la evolución de la doctrina y la jurisprudencia en este sentido, ya que, sin estar expresamente contemplada la exclusión en el artículo 1051 del Código velezano, se justificaba su inaplicabilidad en virtud de diversas construcciones doctrinarias, por juzgarse que se trataba de un caso de inexistencia o de inoponibilidad o de invalidez absoluta no comprendida en la tutela consagrada por la norma.<sup>31</sup> La doctrina y jurisprudencia<sup>32</sup> argentinas se mostraron contrarias a sacrificar la seguridad estática en aquellos casos en los que no había participado el verdadero titular de dominio.<sup>33</sup> La posición del titular del dominio quedaba vigorizada frente al tercero

30. MAZEAUD, Henri y Leon, MAZEAUD, Jean, ob. cit. (cfr. nota 28), p. 119.

31. Ver ALSINA ATIENZA, "Los derechos reales en la reforma del Código Civil. (Acotaciones de un miembro que renunció a sus funciones en la comisión redactora del anteproyecto)", en *Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, Jurisprudencia Argentina, t. Doctrina-1969 (serie contemporánea), p. 457; ALTERINI, Jorge H., "El artículo 1051 del Código Civil y el acto inoponible", en *Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, Jurisprudencia Argentina, t. Doctrina-1971 (serie contemporánea), p. 634; BORDA, Guillermo A., *La reforma de 1968 al Código Civil*, Buenos Aires, Perrot, 1970, p. 161; LLAMBÍAS, Jorge J., *Tratado de derecho civil. Parte general*, t. 2, Buenos Aires, Perrot, 1997 (17ª ed.), p. 583; entre otros.

32. Cám. Civ. y Com. de Bahía Blanca, Sala 2, 6/12/2007, "San Martín, Ana M. c/ Carro, Anahi" (LexisNexis-Abeledo Perrot, 1/70041735; cita online *La Ley Online*: 70041735).

33. La jurisprudencia se inclinó por la no aplicación del amparo del 1051 en las transmisiones a *non dominio*, ya sea porque se trata de un acto inoponible o inexistente: CNCiv, Sala F, 9/6/1982, "Anaeróbicos Argentinos SRL c/ Seutin de Solari, María L." (*Jurisprudencia Argentina*, t. 1984-I, p. 388); CNCiv., Sala C, 26/3/1985, "Rebelo, Aldo José c/ Rebelo Velasco, José y otros s/ Nulidad de escritura. Simulación" (*La Ley*, t. 1985-C, p. 327 [N. del E.: ver sumario oficial aquí; fuente: SAI]; última consulta: 21/10/2019); CNCiv., Sala G, 10/5/1984, "Martins Domingo, José y otra c/ Leone, Antonio" (*La Ley*, t. 1985-B, p. 559); CNCiv., Sala G, 27/3/1995, "Bottini, Agustín c/ Tarek

de buena fe que adquirió a título oneroso cuando el primero no había sido partícipe del acto de enajenación. Las situaciones comprendidas en esta hipótesis son casos de

... sustituciones de personas, escrituras materialmente falsificadas, utilización de poderes apócrifos, inválidos o revocados, personerías inexistentes o ineficaces, y demás situaciones que se caracterizan por la falta de autoría o participación del verdadero dueño del inmueble en el acto transmisivo.<sup>34</sup>

De esta manera, la transmisión operada sobre la base de actos falsos o adulterados no puede quedar legitimada en cabeza de ese tercero, quien sufrirá sin más los efectos propios de la nulidad.

En concordancia con todo lo expuesto, expresamente el artículo 2260 CCCN, que establece los alcances de la acción reivindicatoria, la paraliza frente al subadquirente de buena fe y título oneroso, excepto si el acto se realiza sin la intervención del titular del derecho. Se simplifican las soluciones consagradas en los artículos 2775, 2776, 2777 y 2778 del Código Civil, es decir, la improcedencia de la acción reivindicatoria no obedece a la configuración del acto de adquisición *a non domino* como inexistente o inoponible, o por una interpretación legal, sino que se trata de un acto nulo en donde la adquisición legal del derecho real del tercer adquirente de buena fe y a título oneroso se paraliza frente al expreso texto del artículo 392 y 2260 CCCN.

Conforme lo explica Zannoni,<sup>35</sup> la adquisición *a non domino* no configura un acto inexistente, ya que la categoría de inexistencia no es aplicable dentro de la teoría general de la ineficacia del acto sino que se aplica en otro plano, que es el plano del ser y no en el plano del deber ser, en donde se analizan las ineficacias dentro de la cuales tenemos a la nulidad. Analizar la ineficacia supone la existencia del acto que, como tal, deviene ineficaz en virtud de un vicio congénito enquistado en alguno de los elementos del acto jurídico o bien por una causa sobreviniente al mismo. Tampoco configura un acto inoponible, ya que esta categoría es ajena a la configuración de un vicio congénito, porque se refiere exclusivamente a la imposibilidad de producir el acto sus efectos<sup>36</sup> plenos frente a determinadas personas.

La improcedencia de la acción reivindicatoria está prevista expresamente por el artículo 2260, y es el cumplimiento del presupuesto normativo de esta norma lo que genera el efecto previsto en la misma y excluye expresamente a las adquisiciones *a non domino*. Independientemente de la conceptualización del acto como nulo o inexistente, lo que ocurre en este supuesto es el cumplimiento de la *fattispecie* o presupuesto de hecho del artículo 2260, que consiste en que el acto realizado sin intervención del titular del

Made" (*Revista del Notariado*, N° 843, pp. 944-948); SC de Buenos Aires, 17/11/1992, "Ramos, Roberto M. c/ Bagnardi, Martín s/ Acción reivindicatoria" (*La Ley*, t. 1993-B, p. 365 [N. del E.: ver aquí; fuente: SCBA; última consulta: 21/10/2019]). Asimismo, ver V Jornadas Sanrafaelinas de Derecho Civil (San Rafael, 1978); V Congreso de Derecho Civil (Rosario, 1972), II Jornadas Rioplatenses de Derecho Civil (1981).

34. DE HOZ, Marcelo A., ob. cit. (cfr. nota 26), pp. 101-102.

35. ZANNONI, Eduardo A., "Reivindicación contra subadquirentes de inmuebles que adquirieron de un enajenante *a non domino* (inaplicabilidad del art. 1051 CC)", en *Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, Jurisprudencia Argentina, t. 1982-I, pp. 783-784.

36. MARTÍNEZ RUIZ, Roberto, "Distinción entre acto nulo y acto inoponible", en *Revista de Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, Jurisprudencia Argentina, t. 1943-IV, pp. 335-339.

derecho trae como consecuencia o efecto jurídico que el subadquirente de un inmueble no pueda ampararse en su buena fe y onerosidad.

## 7. Conclusiones

La sistematización del Código Civil y Comercial del régimen de nulidades supone el reconocimiento de la teoría general de la ineficacia. Se suprimió la categoría de los actos nulos; hoy todos los actos son anulables, atento a que no existe más la categoría de las nulidades manifiestas. No hay acto nulo sin sentencia judicial que la declare.

Constituye un imperativo legal para los jueces, antes de declarar la nulidad de un acto, buscar su subsistencia, aun interpretando la voluntad hipotética de las partes, para así mantener los efectos que hubieran podido producirse, configurando la nulidad la última *ratio* judicial.

Dentro de la teoría de la ineficacia, se reconoce a la nulidad como la no coincidencia del acto con su modelo normativo. Y, dentro del sistema jurídico, se establece un modelo normativo de convalidación donde los mecanismos subsanatorios son establecidos por la norma de fondo a los efectos de restablecer el equilibrio del sistema jurídico, que tiende siempre a autorregularse. El sistema jurídico funciona a través de fórmulas legales que describen un modelo normativo. Cuando la tipicidad se verifica, el sistema reconoce las consecuencias jurídicas asignadas por la norma y por la voluntad de las partes; cuando no se verifica, el sistema se auto recompone a través de los mecanismos de nulidad y/o subsanación. La lógica subsanatoria funciona hasta el límite del interés general, en donde la acción de nulidad se torna imprescriptible, sin perjuicio de la posibilidad, en materia de derechos reales, de operarse la adquisición por otra vía.

La convalidación es un modo de subsanación que no requiere de la formalización de un acto jurídico en sí mismo, es el saneamiento automático de la ineficacia de un acto inválido relativo o absoluto.

La nulidad constituye el punto de equilibrio y, a la vez, configura el límite al sistema: más allá de la nulidad, no hay efectos jurídicos, y, si se produjo algún efecto, las partes deben restituirse para que entre ellas vuelva a existir el equilibrio.

El Código Civil y Comercial adopta la teoría de la ineficacia del negocio jurídico como género de la nulidad o teoría de la invalidez. La misma implica la imperfección del acto jurídico y, como consecuencia, la no producción de los efectos jurídicos previstos en la norma producto de la falla estructural congénita del acto. Como cambio paradigmático, podemos resaltar la sustanciación de la acción de nulidad, lo que elimina la clasificación de las nulidades manifiestas. Los actos jurídicos son actos anulables, lo que implica que están sujetos a condición resolutoria de una posible acción de nulidad. Las nulidades absolutas responden a criterios de interés general, mientras que las nulidades relativas tutelan al interés particular.

La naturaleza jurídica de la nulidad no es considerada una sanción sino un modo de asegurar el equilibrio del sistema jurídico, y es el propio sistema el que se autorregula a través de la no producción de efectos o mecanismos subsanatorios que prevé el sistema, basado en los principios que lo fundamentan. Así, la última *ratio* del juez consistirá en la

declaración de nulidad; previamente podrá convertir el acto nulo, a través de la conversión del acto. La conversión es una herramienta de carácter judicial. La nulidad como mecanismo preventivo la encontramos asociada al nuevo cambio paradigmático de la función de la responsabilidad civil en su faz preventiva.

Notarialmente, el estudio de títulos consiste en el análisis de los antecedentes jurídicos de titulación a los efectos de identificar preventivamente posibles nulidades, neutralizarlas a través de los mecanismos de subsanación, asesorar a las partes con relación a los actos jurídicos a otorgar, constituyendo un debido consentimiento informado a los efectos de una posible asunción de riesgos a tomar.

La convalidación constituye una causa de adquisición legal en materia inmobiliaria y mobiliaria registral que origina una verdadera y legítima excepción ante cualquier clase de nulidad.

La adquisición *a non domino* no constituye una nulidad sino la existencia de un precepto normativo o *fattispecie* de otra norma que acarrea como consecuencia la exclusión del beneficio de haber adquirido por buena fe y a título oneroso.

El ordenamiento jurídico es un sistema normativo que debe interpretarse coherentemente a través de todos los principios que lo fundamentan. A través del análisis del ordenamiento jurídico como un todo que nos orienta el artículo 2, confirmamos los postulados analizados en el sentido de que se evidencia la regulación de todos los principios desarrollados que demuestran la voluntad de proteger el principio de la seguridad dinámica en las transacciones, constituyendo la declaración de nulidad del acto la última opción del sistema.

## 8. Bibliografía

- ALEGRIA, Héctor y otros (comisión Decreto PEN 685/1995), *Proyecto de Código Civil Unificado con el Código de Comercio*, Buenos Aires, 1998.
- ALSINA ATIENZA, “Los derechos reales en la reforma del Código Civil. (Acotaciones de un miembro que renunció a sus funciones en la comisión redactora del anteproyecto)”, en *Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, *Jurisprudencia Argentina*, t. Doctrina-1969 (serie contemporánea).
- ALTERINI, Jorge H., “El artículo 1051 del Código Civil y el acto inoponible”, en *Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, *Jurisprudencia Argentina*, t. Doctrina-1971 (serie contemporánea).
- ALTERINI, Jorge H. y otros, *Teoría general de las ineficacias*, Buenos Aires, La Ley, 2000.
- BETTI, Emilio, *Teoría general del negocio jurídico*, Madrid, Ed. Revista de Derecho Privado, 1970 (traducción de A. Martín Pérez).
- BIDAU, José F., FLEITAS, Abel y MARTÍNEZ RUIZ, Roberto, [nota elevatoria de la comisión redactora], en *El Derecho*, Buenos Aires, Universidad Católica Argentina, t. 21, 1968.
- BORDA, Guillermo A., *Tratado de derecho de familia*, t. 1, Buenos Aires, Perrot.
- *La reforma de 1968 al Código Civil*, Buenos Aires, Perrot, 1970.
- *Derecho civil. Parte general*, t. 2, Buenos Aires, Perrot, 1976.
- CARNELUTTI, Francesco, *Sistema de derecho procesal civil*, t. 3, Buenos Aires, UTEHA Argentina, 1944.
- CAUSSE, Federico y PETTIS, Christian, *Derechos reales* (serie “Incidencias del Código Civil y Comercial de la Nación”, dirigida por Alberto J. Bueres), Buenos Aires, Hammurabi, 2015.
- CIFUENTES, Santos, *Elementos de derecho civil*, Buenos Aires, Astrea, 1997.
- *Negocio jurídico*, Buenos Aires, Astrea, 1994 (1ª reimp.).
- COBAS, Manuel O. y ZAGO, Jorge A., *Derecho civil. Parte general*, Buenos Aires, Universidad, 2007.
- DE HOZ, Marcelo A., “Adquisiciones *a non domino*”, en *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, N° 884, 2006.
- DIEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis, *Fundamentos de derecho civil patrimonial*, Madrid, Tecnos, 1983.

- LAFAILLE, Héctor, *Derecho civil. Tratado de los derechos reales*, t. 1, Buenos Aires, La Ley-Ediar, 2010 (2ª ed., ampliada y actualizada por Jorge H. Alterini e Ignacio E. Alterini).
- LLAMBÍAS, Jorge J., *Tratado de derecho civil. Parte general*, t. 2, Buenos Aires, Perrot, 1997 (17ª ed.).
- LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando J., *Teoría de los contratos*, t. 1, Buenos Aires, Ed. Víctor P. de Zavalía, 1984.
- LÓPEZ MESA, Marcelo, *Ineficacia y nulidad de los actos jurídicos*, Montevideo, Ed. B. de F., 2015.
- LLOVERAS DE RESK, María E., (comentario al art. 1051), en Bueres, A. J. (dir.) y Highton, E. I. (coord.), *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial*, t. 2C, Buenos Aires, Hammurabi, 1999.
- LOVECE, Graciela, “La ineficacia de los actos jurídicos en el proyecto de unificación civil y comercial”, en *Revista Jurídica*, Buenos Aires, Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales, N° 17, 2013.
- MARIN PADILLA, María L., *El principio de conservación de los actos jurídicos “utile per inutile non vitiatur”*, Barcelona, Bosch-Ronda Universidad, 1990.
- MARTÍNEZ RUIZ, Roberto, “Distinción entre acto nulo y acto inoponible”, en *Revista de Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, Jurisprudencia Argentina, t. 1943-IV.
- MAZEAUD, Henri y Leon, MAZEAUD, Jean, *Lecciones de derecho civil*, parte 2, vol. 4, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1954.
- MAZZINGHI, Jorge A., *Derecho de familia*, t. 1, Buenos Aires, Ábaco, 1995.
- NICOLIELLO, Nelson, *Diccionario del latín jurídico*, Montevideo-Bs. As., Julio César Faira Editores, 2004.
- NIETO BLANC, Ernesto E., *Nulidad en los actos jurídicos. Estudios complementarios*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2005 (2ª ed. act. y amp.).
- PLANIOL, Marcel, *Traité élémentaire de droit civil*, t. 12, cap. 7, París, Librairie Générale de Droit & de Jurisprudence, 1909.
- ZAVALA, Gastón A., “Nulidades instrumentales”, en Armella, C. N. (dir.), *Tratado de derecho notarial, registral e inmobiliario*, t. 3, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1998.
- “Subsanación de los documentos notariales”, en Armella, C. N. (dir.), *Tratado de derecho notarial, registral e inmobiliario*, t. 3, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1998.
- “Ineficacia y subsanaciones en el documento notarial”, en *Revista Notarial*, La Plata, Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, N° 943, 2002.
- ZANNONI, Eduardo A., “Reivindicación contra subadquirentes de inmuebles que adquirieron de un enajenante *a non domino* (inaplicabilidad del art. 1051 CC)”, en *Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, Jurisprudencia Argentina, t. 1982-I.
- *Ineficacia y nulidad de los actos jurídicos*, Buenos Aires, Astrea, 1986.
- ZINNY, Mario A., *Bonsenbiente. Incluye todas las desventuras, una nueva del profesor, otra de una escribana y un índice alfabético de materias*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2006.