

# DE LA NULIDAD DE LOS ACTOS JURIDICOS

## 1ª PARTE

Por

JOSE MARIA LOPEZ OLACIREGUI  
Profesor Titular de Derecho Civil I

### 1. NOTAS DE CLASE.

I. Las presentes notas corresponden a clases dictadas en el curso de Parte General.

Pensar una materia para explicarla en clase es forma especial de pensarla: es pensarla en perspectiva de camino por el que se avanza en etapas, marchando de una demostración a otra. Cada clase es parte de un curso que tiene continuidad.

Es pensarla con propósito de sencillez más que con finalidad de erudición.

Esto último influye en el método. El estudio de una materia de derecho positivo debe comenzar con el estudio de las ideas que la componen a través de un análisis directo de los principios que las rigen. A veces esto puede hacerse simultáneamente con el estudio de las distintas opiniones sobre esos principios, es decir, el estudio externo de las teorías sobre la materia. Pero en otros casos, si la dispersión de opiniones es mucha, resulta más conveniente diferir su estudio para un segundo momento, porque de lo contrario se corre el riesgo de que por conocer la zona externa del tema no se llegue a tener idea de su contenido interior.

Al preparar estas notas hemos tenido ese cuidado: comenzar pensando directamente la materia, conduciendo al alumno a compartir el pensamiento; s/n más citas que las indispensables. Dejar para un segundo momento el estudio de las divergentes doctrinas y opiniones sobre puntos que ya se conocen.

Nos hemos propuesto un planteo lógico, simplificador y ordenado de una materia difícil.

Decimos planteo porque proponemos ideas sin afirmar conclusiones; lógico porque tratamos de prenderlo al hilo de un pensamiento que se sigue a sí mismo; simplificador porque no otra tarea tienen los profesores que la de hacer s/implé lo complejo al tiempo de explicarlo; ordenado, porque s/n orden no hay s/implé. Reconocemos que la materia es difícil no para amedrentar

al alumno sino para alertarlo. Es difícil porque el entrecruzamiento de las ideas que la componen forma una trama sutil, pero la inteligencia está hecha para disolver dificultades atacándolas con los ácidos del análisis y la reflexión. Además, cuando se las ha resuelto, todas las cosas son fáciles, como lo son los rompecabezas cuando se conoce la clave y, aunque en las ciencias jurídicas no haya claves, hay métodos que ayudan a pensar.

## 2. MÉTODO. PLAN.

Comenzaremos por encerrar la materia para ubicarla y luego la iremos analizando para comprenderla. Por último consideraremos la doctrina y jurisprudencia formada en su torno.

Seis pasos darán contenido a otros tantos capítulos. Anticipemos sus temas:

- Cap. I. Ubicación y definición provisoria.
- Cap. II. Definición descriptiva y análisis. Es el problema de la nulidad en sí.
- Cap. III. Nulidad e inexistencia.
- Cap. IV. Tipos de nulidad.
- Cap. V. Cómo se llega al estado de nulidad. Problemas de declaración.
- Cap. VI. La nulidad en acción: el problema de los efectos.
- Cap. VII. La materia a través de la doctrina y jurisprudencia nacional y extranjera, tema expositivo y no problemático que podríamos llamar de historia y realidad externa de la teoría de nulidad.

Con estas aclaraciones entramos en materia.\*

## CAPÍTULO PRIMERO.

### UBICACIÓN Y DEFINICIÓN PROVISORIA.

#### 3. SUMARIO ANTICIPADO.

Nos proponemos demostrar que la nulidad no es una noción autónoma sino derivada.

Un calificativo del acto jurídico y sólo del acto jurídico.

Una calificación negativa: calificación de ineficacia, que consiste en una privación de los efectos queridos.

Que esa calificación de ineficacia proviene por reflejo de la falta de requisitos de eficacia, con lo que volvemos al punto de partida: la nulidad no es noción autónoma sino derivada.

Que la privación de efectos por falta de requisitos no supone necesariamente la sanción de una ilicitud.

#### 4. DESARROLLO DE ESTAS PROPOSICIONES: NO ES NOCIÓN AUTÓNOMA.

Decimos que no es noción autónoma ni substantiva, sino idea

\* Los capítulos V, VI y VII se publicarán en un próximo número.

derivada o adjetiva. No podemos hablar de "nulidad" en abstracto sino de la nulidad de algo o de alguien. Es calificación que requiere sujeto. En derecho hablamos de nulidades de actos jurídicos del mismo modo que en el lenguaje ordinario hablamos —con otro sentido— de la nulidad de una persona o de un esfuerzo, etc. No hay "nulos" sino actos, personas o esfuerzos nulos.

Y lo que decimos de la nulidad vale para la ineficacia, que es el contenido de la nulidad. No hay "ineficaces" sino actos, sujetos o esfuerzos ineficaces.

#### 5. ES CALIFICACIÓN DEL ACTO JURÍDICO Y SÓLO DEL ACTO JURÍDICO.

En nuestra materia, la nulidad concebida como adjetivo jurídico es calificación de los actos jurídicos y sólo de los actos jurídicos. No hay problema de nulidad de actos ilícitos ni tampoco de simples hechos.

La razón es sencilla. La nulidad como ineficacia se refiere a la no producción del efecto querido por las partes.

Hay que poner el acento en esto último: se trata de que no se produzca el efecto querido.

Sólo el acto jurídico tiene la virtud de producir los efectos queridos.

Sólo el acto jurídico produce los efectos porque las partes lo quisieron. Sólo el acto jurídico tiene la virtud de determinar el contenido de su propio efecto.

En este sentido sólo el acto jurídico tiene eficacia propia.

(No porque el acto jurídico produzca por sí solo el efecto querido pues siempre requiere la consagración de la ley, sino porque una vez obtenida esa consagración, el efecto que se produce es el que las partes quisieron. El acto designó el efecto y la ley lo aprobó).

Si sólo el acto jurídico tiene eficacia propia (entendiendo la expresión con el alcance indicado) sólo el acto jurídico puede perder accidentalmente esa eficacia. Y si la pérdida accidental de esa eficacia configura nulidad, sólo el acto jurídico es pasible de nulidad.

Se confirma pues la idea propuesta en el acápite.

Un ejemplo para ver por qué un acto ilícito no puede adolecer de nulidad.

Señalamos que la nulidad es pérdida de validez y de eficacia y que sólo se puede perder algo que se tiene. No se puede perder lo que no se tiene; el acto ilícito no puede verse privado de una eficacia de que carece.

Comparemos la situación de quien compra una cosa y de quien roba una cosa. Ambos otorgan actos voluntarios dirigidos a un mismo fin: adquirir la propiedad de la cosa. El que la compra sigue el camino legal (acto jurídico de compra) y por ello normalmente obtendrá el resultado perseguido (adquisición de la propiedad) y sólo por accidentes circunstanciales (defectos

en el acto) la compra podrá resultar ineficaz (nulidad y no producción del resultado).

En cambio, la situación del que la roba es distinta: si la ley nunca consagra el resultado perseguido (el robo no es medio de adquisición), no se podrá por tanto decir que dejó de adquirir la propiedad porque el robo "adoleció de nulidad", ni se podrá decir que el robo por circunstancias especiales perdió la virtud de producir el efecto perseguido, desde el momento en que nunca tuvo esa virtud.

#### 6. ES UNA CALIFICACIÓN MERAMENTE NEGATIVA. ES LA NEGACIÓN DEL ACTO.

Ya hemos visto que la noción de nulidad no es autónoma sino subsé'ndaria, no es substantiva sino calificativa.

Dando ahora un paso más veremos que esa calificación de nulidad es siempre meramente negativa.

Es la negación de la positividad en que el acto consiste.

Es decir: el acto jurídico supone que en virtud de una voluntad declarada se produzcan los efectos queridos por los declarantes. Y la nulidad —negación del acto jurídico— consiste en que ante una voluntad declarada NO se produzcan los efectos queridos por los otorgantes.

Bastó agregar un "NO" para pasar de la noción de acto jurídico a la noción de nulidad. La nulidad —repetimos— es la negación del acto en su virtualidad.

No es el planteo que frente al "acto" opondría el "no acto" sino la negación de virtudes que frente al "acto eficaz" opone el "acto no eficaz".

Des palabras para insistir en esta idea.

La teoría del acto jurídico se compone por un encadenamiento de causas y consecuencias positivas:

- a) dado un acto de voluntad dirigido a un resultado jurídico;
- b) otorgado con licitud y de acuerdo a requisitos legales;
- c) la ley consagra la voluntad privada;
- d) y el acto produce los efectos queridos por los otorgantes.

La teoría de la nulidad se compone por un encadenamiento correlativo y opuesto de causas y consecuencias negativas:

- a) dado un acto de voluntad dirigido a un resultado jurídico;
- b) otorgado sin licitud o sin acuerdo a requisitos legales;
- c) la ley no consagra la voluntad privada,
- d) y el acto no produce los efectos queridos.

Por ende un "a/x" donde había un "con", y dos "no" en lugar de otros tantos "si", la teoría del acto jurídico se convirtió en la teoría de la nulidad.

## 7. NEGATIVA DE LA EFICACIA Y NO DE LA EXISTENCIA.

Advertimos una cosa: de las cuatro proposiciones contenidas en los planteos correlativos del número anterior, hay una que es común a ambos planteos: es la señalada con la letra "a".

Tanto la teoría de la eficacia del acto como la teoría de su nulidad parten de un mismo supuesto: "dado un acto de voluntad dirigido a un resultado jurídico".

La nulidad presupone un acto que se otorgó. Su virtud propia (virtud negativa por otra parte) es que habiéndolo otorgado no tenga eficacia.

La nulidad no es negación de la existencia sino negación de la eficacia.

No va del "acto sucedido" al "acto no sucedido", sino —según dijimos— del acto sucedido eficaz al acto sucedido no eficaz.

Y el movimiento de la construcción negativa está calado sobre el de la positiva. Porque —repetámoslo una vez más— la noción de nulidad no es autónoma sino derivada; sus negaciones son el reflejo invertido de las afirmaciones a que se oponen.

La ineficacia es mero reverso. No reverso autónomo —como puede serlo el de una medalla— sino reverso de la caladura que traspasó la materia.

La ineficacia es pura y simplemente falta de eficacia; es su negación; es eficacia fallada porque no se cumplieron requisitos.

## 8. DEL ANÁLISIS A LA DEFINICIÓN.

El desarrollo correlativo de la teoría del acto jurídico en su faz positiva o negativa queda gráficamente expresado en el siguiente cuadro:

### Acto jurídico

- |   |   |
|---|---|
| 1) Dado el incumplimiento de requisitos (defecto constitutivo), | 1) Dado el cumplimiento de requisitos,                        |
| 2) por disposición de la ley,                                   | 2) por consagración de la ley,                                |
| 3) no se producen los efectos queridos (ineficacia o nulidad).  | 3) se producen los efectos queridos por las partes (eficacia) |

Y así como el cuadro en su orden propio reproduce el proceso de consecuencias que conducen a la eficacia o a la nulidad, si lo leemos en orden inverso nos dará las definiciones de los términos finales. Si nos preguntamos "¿qué es la nulidad?" la respuesta surgirá de leer en orden sucesivo los números 3, 2 y 1 de la segunda columna:

"Es la no producción de los efectos queridos (ineficacia)  
"por disposición de la ley,  
"en virtud de defectos constitutivos".  
Hemos llegado así a una definición provisional.

## 9. EL PORQUÉ DE LA INEFICACIA. FUNDAMENTO Y FILOSOFÍA DE LA NULIDAD.

Todo en derecho responde a una razón. Debemos buscar la razón de la ineficacia en que la nulidad consiste.

La ineficacia de un acto de voluntad humana, dirigido a un efecto jurídico podría parecer contraria al principio de la autonomía de la voluntad que implica la consagración del poder jurídico de esa voluntad.

Sin embargo no es así, porque esa consagración integra un cuadro general en el que el principio de autonomía ocupa un lugar. La proclamación se hace conforme a recaudos y requisitos.

La autonomía de la voluntad supone la consagración de la fuerza jurídica de los actos jurídicos como instrumentos complementarios de la ley y subordinados a ella en la tarea de regular la vida social.

Esa tarea de regulación, en términos generales, se cumple por dos medios:

- a) por leyes;
- b) por actos jurídicos consagrados por las leyes.

Pero para que el acto jurídico sea consagrado por la ley es menester que se le otorgue conforme a la ley y que no se oponga a la ley. Si el acto jurídico no se otorga en esas condiciones o si se opone a la ley, ésta lo rechaza. El rechazo es la reacción lógica de la legalidad frente a actos que no se ajustan a sus prescripciones. Ese rechazo configura la nulidad que por tanto resulta justificada por la necesidad de asegurar la supremacía de la ley. La voluntad jurídica no está sobre la legalidad sino dentro de ella, subordinada a ella. Actúa como colaboradora de la ley y bajo sus órdenes.

## 10. NATURALEZA. ¿ES LA NULIDAD UNA SANCIÓN?

Como la nulidad es una reacción de la ley que priva al acto de efectos, se la ha considerado clásicamente como una sanción. Esa opinión es mantenida actualmente por distinguidos autores (ver capítulo VII, nota 2). Presentamos ahora el caso en su forma más simple.

La nulidad sería la sanción propia al acto jurídico del mismo modo que la indemnización es sanción del acto ilícito.

Sería sanción porque priva de eficacia al acto, porque lo invalida, porque priva a una o a ambas partes —según los casos— de los derechos que el acto le hubiera acordado.

Sólo considerando a la nulidad como una sanción esa privación resultaría jurídica. De lo contrario podría ser arbitraria. Este es el planteo de la tendencia referida.

#### 11. LA NULIDAD NO SERÍA UNA SANCIÓN.

Otra posición, a la que adherimos, considera que la nulidad no debe ser pensada como una sanción.

Los argumentos que se dan son varios. Por de pronto, dentro de una construcción general del derecho la sanción corresponde a una ilicitud y la nulidad puede configurarse en casos en que no hay ilicitud (por ejemplo, si una persona actúa en un acto con error esencial y excusable puede luego obtener la nulidad del acto, no obstante que tanto ella como la otra parte hubieran actuado de buena fe). Esa nulidad no sanciona a nadie, ni sanciona nada, porque nadie ha dado motivo a que se le sancione ni nada hay que sancionar.

En segundo lugar: cuando en actos viciados de nulidad hay ilicitud la verdadera sanción consiste en imponer indemnizaciones que se agregan a la nulidad pero no se confunden con ella; así, por ejemplo, si una parte fuerza a otra a contratar por amenazas injustas, en ese caso el autor de la violencia debe indemnizar daños y perjuicios conforme al art. 842, y es esa indemnización y no la nulidad la sanción de la ilicitud.

Por último: la ineficacia no es sanción por la simple razón de que no priva a la voluntad privada de algo que le sea propio y peculiar. En efecto: el acto jurídico no es eficaz por sí mismo sino porque la ley lo consagra; la ley lo consagra si es conforme a sus requisitos y deja de consagrarlo cuando no es conforme, de modo que el "dejar de consagrarlo" no es un "sacarle algo propio al acto" sino un dejar de darle algo que es propio de la ley. Por otra parte la ineficacia accidental del acto jurídico debida a defectos es paralela a la ineficacia normal del acto ilícito debida a su ilicitud, y en el caso del acto ilícito no se dice que la "sanción" consista en negarle los efectos queridos (negar al robo el efecto adquisitivo de propiedad perseguido por el ladrón) sino que la sanción está en la indemnización. Trasladando el ejemplo al acto jurídico defectuoso se advierte que tampoco en ese caso la privación de efectos tiene sentido jurídico de sanción, sino mera consecuencia derivada de la falta de requisitos necesarios para consagrarlos.

## CAPÍTULO SEGUNDO

### AMPLIACIÓN, DESARROLLO Y ANÁLISIS DE LA DEFINICIÓN PROVISORIA

#### 12. NECESIDAD DE TRABAJAR SOBRE UNA DEFINICIÓN.

En el n.º 8 hemos anticipado una definición provisoria sintética: la nulidad es la ineficacia del acto jurídico dispuesta por la ley en razón de defectos constitutivos.

El estudio más a fondo de la materia exige complementarla con menciones ampliatorias. Ampliándola no se la cambia sino que simplemente se la desarrolla o extiende para verla más en detalle.

A tal efecto proponemos la siguiente definición descriptiva que para mayor claridad presentamos a dos columnas junto a la anterior (otras definiciones: ver capítulo VII, nota 1).

<i>Definición descriptiva</i>	<i>Definición sintética</i>
1. Ineficacia de un acto jurídico realmente otorgado por el sujeto a quien se atribuye;	1. Ineficacia del acto jurídico.
2. dispuesta por la ley;	2. dispuesta por la ley
3. en razón de defectos constitutivos, esenciales e invocables.	3. en razón de defectos constitutivos.

#### 13. ANÁLISIS DEL PUNTO PRIMERO DE LA DEFINICIÓN DESCRIPTIVA.

##### A) La nulidad como ineficacia

Según se ha visto anteriormente, la ineficacia consiste en la no producción del efecto querido por el otorgante.

No obsta a ello el que el acto pueda producir otros efectos no queridos, tal como ocurre en el supuesto del artículo 1056, pues bajo ese aspecto el acto no está funcionando como acto jurídico sino como acto ilícito, respecto de los cuales no hay problema de nulidades tal como también hemos señalado.

Lo que interesa retener como idea principal es que el acto ineficaz no produce los efectos queridos, y con esto queda desarrollado como acto jurídico, pues éste, por definición, tienen por fin inmediato "...establecer entre las personas relaciones jurídicas..." (art. 944). Negarle la producción de efectos es negarle la función principal; es invalidarlo.

B) "...es la ineficacia de un acto jurídico..."

Ya hemos visto que la nulidad siempre es accidente de los actos jurídicos y sólo de los actos jurídicos. No hay nulidad de actos ilícitos ni de simples hechos jurídicos (ver nº 5).

C) "...de un acto jurídico realmente otorgado por el sujeto a quien se atribuye..."

Incluimos en este punto dos requisitos: a) que el acto haya sido realmente otorgado. b) Que haya sido otorgado por el sujeto a quien se atribuye.

Ya en el capítulo primero hemos anticipado esta idea. Allí dijimos que la nulidad no opone al "acto" el "no acto" sino al "acto eficaz" el "acto no eficaz".

Ahora la ampliamos: un acto jurídico es tal en cuanto lo es de un sujeto determinado. Todo acto jurídico tiene uno o más protagonistas individualizados. No hay actos anónimos. No hay actos impersonales. Acto y sujeto son inseparables. Un acto jurídico no es simplemente acto jurídico, sino que es acto otorgado por el sujeto Juan, Pedro o Diego.

El planteo de nulidad debe tomarlo en esas condiciones, es decir como acto de un sujeto determinado.

Si a un sujeto se le exige el cumplimiento de un acto que él dice no haber otorgado, el planteo defensivo no debe ser una impugnación de nulidad sino un desconocimiento del acto.

Nulidad y desconocimiento de un acto son cosas distintas e incompatibles.

El caso se ve con más claridad refiriéndonos no directamente a los actos sino a los documentos que los instrumentan. Si a un sujeto se le demanda el cumplimiento de una obligación en virtud de un documento que aparece suscripto con una firma que falsamente se le atribuye, el demandado debe desconocer esa firma.

El desconocimiento de la firma estampada en el documento importará naturalmente desconocimiento del acto documentado.

Insistimos pues: lo que procede frente a un acto que no se ha otorgado no es un planteo de nulidad sino un planteo de desconocimiento del acto o en su caso del documento que lo instrumenta.

El planteo de nulidad sólo puede funcionar con relación a actos realmente otorgados por aquel al que se exige el cumplimiento. Y en el ejemplo que planteamos no ha habido acto jurídico otorgado por ese sujeto, aún cuando haya podido haber un acto ilícito del que falsificó la firma. Pero esto último es cosa distinta: al sujeto Juan no se le pueden exigir obligaciones en razón del acto ilícito del falsificación de firma cometido por el sujeto Pedro. La circunstancia de que haya un acto ilícito que castigar no puede derivar en la afirmación de que queda un acto jurídico por anular.

La distinción entre ambos supuestos es de importancia práctica. Si una persona anula una venta, debe restituir el precio recibido; si una persona demuestra que se falsificó su firma en una venta puede recuperar la cosa sin restituir nada. Nada debe restituir porque una vez aclaradas las cosas resultará que nada recibió.

Otra aclaración: el punto que venimos considerando no se confunde con una cuestión clásica en materia de nulidades: la de la llamada teoría de la inexistencia como situación jurídica distinta a la nulidad. Hay alguna conexión mental entre ambos casos, pero uno y otro son diferentes. Sin perjuicio de lo que en la parte correspondiente se dirá queremos ahora señalar cuál es la diferencia entre ese problema y el que ahora consideramos.

*Problema de que el acto pertenezca al sujeto a quien se le atribuye*

Este problema queda formulado así:

- a) para que pueda haber planteo de nulidad de un acto jurídico es menester que se trate de un acto determinado;
- b) ese acto determinado debe pertenecer al sujeto a quien se le atribuye;
- c) si el sujeto a quien se le atribuye sostiene que no otorgó el acto, hay un planteo de desconocimiento y no de nulidad.

*Problema que enfrenta la llamada teoría de la inexistencia.*

- a) Aún en el caso de que un sujeto haya otorgado "de hecho" o "físicamente" un acto,
- b) si a ese acto físicamente otorgado por él le faltan requisitos esenciales de configuración,
- c) ese acto no tendría "existencia jurídica". Sería "inexistente" jurídicamente aunque hubiera sucedido de hecho. Como se ve, se trata de problemas distintos.

#### 14. ANÁLISIS DEL SEGUNDO PUNTO DE LA DEPENDENCIA "INEFICACIA DISPUESTA POR LA LEY"

La nulidad es un caso de ineficacia dispuesta por la ley. Esto se refiere al carácter legal de la institución; las causas de nulidad deben provenir de la ley y sólo de la ley.

El análisis de este punto podemos hacerlo bajo varios enfoques:

- A) Fundamento del carácter legal.
- B) Consagración por nuestro código.
- C) Forma de los textos legales que consagran nulidades: el problema de nulidades implícitas.

### *A) Fundamento de carácter legal*

Conforme a la idea según la cual la teoría de la nulidad es la faz negativa de la teoría de los elementos esenciales del acto jurídico, el carácter legal de la institución surge manifiesto.

Si es la ley la que dispone los requisitos que debe cumplir el acto para ser consagrado, de la misma ley debe surgir cuando la falta de esos requisitos determina invalidez.

### *B) Consagración por nuestro código*

Nuestro código ha consagrado el principio del carácter legal considerando la materia desde uno de los ángulos que ofrece: "Los jueces no pueden declarar otras nulidades de "los actos jurídicos que las que en este código se establecen" (art. 1037).

### *C) Forma de los textos legales que consagran la nulidad.*

#### *El problema de las nulidades implícitas*

El texto que disponga la nulidad debe emanar de la ley.

El hecho de que deba ser legal nada dice por sí solo acerca de cómo debe estar formulado.

De todo cuanto hasta ahora vimos surge que puede estarlo bajo dos formas: a) una directa estableciendo concretamente que tal acto será válido. b) Otra indirecta, estableciendo que para que un acto sea válido deben concurrir necesariamente tales o cuales requisitos.

No cabe dar reglas generales de interpretación para dejar establecido en términos generales si un texto que exige un requisito lo exige o no bajo pena de nulidad. En cada caso hay que dar solución singular teniendo en cuenta todas las circunstancias que pueden conducir a dar a ese texto un sentido u otro.

El hecho de que las nulidades deban ser consagradas por la ley no impide que puedan serlo en forma indirecta, o en forma implícita. La consecuencia implícita —por definición— queda involucrada en el texto del cual surge como consecuencia.

No se requieren para consagrar nulidades fórmulas sacramentales. El código utiliza muchas: "acto nulo"... "acto inválido".

### **15. ANÁLISIS DEL PUNTO TERCERO DE LA DEFINICIÓN DESARROLLADA: "INEFICACIA DETERMINADA... POR DEFECTOS ESENCIALES, CONSTITUTIVOS E INVOCABLES."**

Entramos en el campo de las causas de la nulidad. Elemento esencial para definirla y caracterizarlo.

La nulidad es una ineficacia determinada por defectos del acto.

La relación defecto-nulidad es una relación de causa a efecto. No es una relación directa porque según veremos más adelante, el acto defectuoso no es automáticamente nulo, sino que hay un proceso que va del defecto a la impugnabilidad, de ésta a la impugnación y de la impugnación a la declaración que da estado a la nulidad, pero lo que interesa ahora es fijarnos en los dos extremos del proceso: por un lado el defecto y por el otro la nulidad.

Con relación a esta materia podemos estudiar varios puntos:

- A) La ineficacia-nulidad o ineficacia por defectos y otros tipos de ineficacia.
- B) Qué queremos significar con la expresión defectos constitutivos, esenciales e invocables.
- C) Cuáles son los defectos constitutivos, esenciales e invocables.
- D) Clasificación de estos defectos e incidencia de esa clasificación en la existencia de distintos tipos de nulidad.

#### A) La ineficacia por nulidad y otros tipos de ineficacia

Junto a la nulidad y como formas distintas a ella hay otros tipos de ineficacia.

La doctrina habla de "acto estéril", "acto inútil", etc. (ver capítulo VII, nota 3).

En cada caso estas ineficacias responden a causas distintas y tienen diferente régimen.

Al pasar mencionaremos algunas:

a) Ineficacia por resolución: es la que sobreviene cuando se cumple una condición resolutoria prevista en el título o cuando sobreviene con posterioridad un hecho resolutorio. Esta ineficacia resulta de un hecho sobreviniente previsto o no en el título, a diferencia de la ineficacia-nulidad que proviene de defectos constitutivos.

b) Ineficacia por incompleta formación: el acto bajo condición suspensiva no llega a tener eficacia si la condición no se cumple. Es también caso distinto al de nulidad.

c) Ineficacia por imposibilidad sobreviniente: si el cumplimiento de la relación generada por el acto se hace imposible en tiempo posterior al otorgamiento, también el acto se hará ineficaz a partir de entonces.

Estos casos se mencionan sólo a título de ejemplo para dejar aclarado que si bien la nulidad comporta ineficacia no toda ineficacia comporta nulidad. La nulidad es especie dentro del género. Es la especie de ineficacia que resulta determinada por defectos constitutivos en el acto generador de la relación.

**B) Caracteres del defecto causante de la ineficacia o nulidad:  
debe ser constitutivo, esencial e invocable.**

I. Vamos ahora a referirnos a los caracteres de los defectos que generan nulidades.

Tres requisitos deben cumplirse en ellos:

- a) En cuanto al tiempo: corresponden al momento de otorgarse el acto. Son defectos constitutivos.
- b) En cuanto a la gravedad: representan la falla de requisitos indispensables. Son defectos esenciales.
- c) En cuanto a la posibilidad de actuación: se trata de fallas que la ley permite invocar.

II. Estos tres requisitos deben cumplirse acumulativamente para que proceda la nulidad.

Si el defecto no corresponde al tiempo del otorgamiento del acto (por ej. relación jurídica cuyo objeto es prohibido por la ley con posterioridad), cabrá una extinción de la relación y del vínculo, pero no se tratará de una nulidad. No se operarán efectos retroactivos que sólo la nulidad produce.

Si el defecto no es esencial el acto subsistirá. Es lo que ocurre por ej. cuando se incurre en error sobre calidades accidentales de la cosa (art. 928), o cuando una parte actúa con dolo incidental (art. 934), o cuando se ejerce frente a uno de los otorgantes una presión que no llega a configurar intimidación sino mero temor reverencial (art. 840). En todos estos casos hay defectos no esenciales. En estos casos, sin embargo, se anula el acto.

Otras veces hay defectos esenciales que no se pueden invocar. La ley no lo permite por causas que pueden ser varias. Ocurre ello: a) cuando el agente incurrió en error esencial, por no haber puesto debido cuidado ("negligencia culpable"). La ley lo castiga impidiéndole invocar el error (art. 929). b) Lo mismo cuando los dos contratantes actúan con dolo (art. 932, inc. 4ª). Aunque los vicios sean esenciales no son invocables. No se configura entonces nulidad porque ésta como todo resultado jurídico se produce en la forma y casos que la ley dispone.

**C) Enumeración de defectos constitutivos esenciales**

Los defectos según hemos visto repetidas veces son la falta de elementos.

Si en el acto jurídico los elementos esenciales conforme a la definición del art. 914 son la voluntad y la licitud, surgirá de esto que los defectos pueden ser: a) defectos de la voluntad; b) defectos de licitud.

Ordenadamente los enunciaremos tal como surgen de textos diversos del código. Mencionaremos entre paréntesis los artículos del código que corresponden a cada caso.

a) Defectos en la voluntad o querer:

1) En el sujeto del querer:

- + Falta de discernimiento (art. 921)
- + Falta de intención (art. 922)
  - Casos: error esencial invocable (arts. 929 a 939); (art. 934); (art. 1045). Dolo grave, principal y perjudicial (arts. 931 y siguientes); (934).
- + Falta de libertad
  - Casos: fuerza o intimidación (art. 923); (arts. 936 y sgs.); (art. 1045).
- + Falta de concordancia entre voluntad y declaración:
  - Casos: simulación (art. 955 y sgs.); (art. 954); (art. 1044 y 1045).
- + Falta de capacidad: arts. 1040 a 1045.

2) En el objeto del querer:

- + Nulidad por falta de requisitos: (art. 953); (art. 1044, 1045).

3) En la causa del querer:

- + Nulidad por falta o error en causa: (arts. 498, 926).

4) En la forma del querer:

- + Nulidad por defectos de forma: (arts. 975 y sgs.); (1044 y 1045).

b) Defectos en la licitud del querer:

- + Intención de defraudar (fraude): (art. 954); (art. 961 y sgs.); (arts. 1044, 1045).
- + Nulidad por causa ilícita: (art. 902).
- + Nulidad por objeto ilícito del querer: (art. 953); (arts. 1044, 1045).

De lo que precede surge una observación que anticipamos en este punto y sobre la cual hemos de volver.

Que hay nulidades por falta o falta de voluntad y nulidades por Falta o falta de licitud.

Voluntad y licitud componen la materia del acto jurídico. No la componen como elementos independientes, sino que la licitud es calificación de la voluntad.

Las fallas o defectos —repetimos— pueden estar en la substancia (voluntad) o en la calificación (licitud).

Con lo expuesto ha quedado desarrollada la definición descriptiva anticipada en el N° 12.

## CAPÍTULO III

### NULIDAD E INEXISTENCIA

#### 16. PLANTEO.

Definida la esencia de la nulidad pasamos a referirnos a sus tipos, a sus variaciones.

De alguna de ellas cabe preguntarse previamente si es en realidad forma de nulidad o si es algo distinto. Es lo que ocurre con la calificación de "inexistencia".

La correlación entre las nociones de inexistencia y nulidad constituye un tema predilecto del derecho contemporáneo.

El estudio de su planteo integral en la doctrina y en la jurisprudencia lo haremos en el capítulo VII al referirnos a los antecedentes y desarrollos de la teoría. Ahora tan sólo apuntaremos las ideas indispensables para estar en condiciones de enfocar el problema.

Por otra parte, como en capítulos anteriores nos hemos referido al problema de la necesaria "existencia de hecho" del acto como requisito para la declaración de nulidad, a este nuevo problema —para diferenciarlo de aquél— lo llamaremos de "existencia jurídica"; esa designación facilitará la explicación, porque las cuestiones que en su torno se plantean son relativas a la "existencia jurídica" del acto impugnado.

En tal forma en este capítulo trataremos dos temas diferentes y sucesivos:

Primero: El problema comparativo entre la llamada "inexistencia" o inexistencia jurídica y la nulidad.

Segundo: Los distintos tipos de nulidad consagrados por nuestro código.

#### 17. EL PROBLEMA DE LA INEXISTENCIA JURÍDICA Y LA NULIDAD.

Ya hemos anticipado de qué se trata esta cuestión. Pasamos ahora a considerarla brevemente.

##### A.) Antecedentes

Se ve con claridad el problema si se recuerda el antecedente. Los autores franceses lo relatan: cuando en el seno de la comisión redactora del código francés se discutía la materia de nulidad de matrimonio, Napoleón opinó que no se debería dar el mismo tratamiento jurídico al caso en que la mujer hubiera dicho "no" ante el oficial del estado civil, y al caso en que hubiera dicho "sí" después de haber sido objeto de violencia. En el primer supuesto,

acertuvo el primer cónsul, no hay en absoluto matrimonio; en el segundo hay un matrimonio nulo.

Por la puerta del matrimonio entró al derecho la teoría de la inexistencia.

### B) Derecho comparado

Los autores franceses —en su gran mayoría— aceptaron la distinción.

De la teoría del matrimonio se la pasó a la teoría general de los contratos y actos jurídicos.

Del derecho francés pasó a otros derechos. Tomó carta de ciudadanía universal.

### C) Esos

En los actos jurídicos habría:

a) Elementos de existencia (diremos existencia jurídica).

b) Requisitos de validez.

c) Requisitos complementarios.

Faltando los primeros no habría acto jurídico (caso de inexistencia jurídica); faltando los segundos habría acto jurídico inválido (nulidad); la falta de los terceros no comprometería la eficacia.

### D) Mérito de la solución

No se puede negar que la diferenciación entre existencia y validez comporta una sutil e inteligente distinción. Esa distinción está en la naturaleza de las cosas.

La teoría de la inexistencia tiene sin duda una base racional.

Y no sólo tiene base racional sino que su aplicación según sus defensores conduce a hacer más fino, más sutil y más justo el derecho en algunas de sus aplicaciones particulares.

La invalidación de una relación por vía de nulidad puede provenir de diversas causas y por consiguiente puede operarse con distintos regímenes de consecuencias.

Se da al derecho más plasticidad y más elasticidad cuando se le abren más formas de aplicación.

La nulidad es materia tan amplia que merece varios caminos. Y uno de ellos consistiría en abrir las puertas a una nulidad más severa, más radical, y esa sería la inexistencia que en cuanto a idea teórica, estaría basada en la razón de una distinción sutil y, en cuanto a idea práctica conduciría a la solución de justicia que se realiza mejor cuando se diferencian los efectos que corresponden a causas distintas.

Si dos personas llegan a un acuerdo sobre la compra y la

venta de un campo, y concluyen en ese sentido un contrato, pero luego advierten que medió un equívoco sobre la manera de calcular el precio, no hay duda que hubo por una y otra parte una inicial voluntad de comprar y vender la que sin embargo debe quedar sin efecto porque el error sobre el precio es error sobre algo esencial. Pero —en cambio— si dos personas entran en tratativas con relación a un campo y en tanto que una habla de venderlo la otra piensa en alquilarlo, y por error del telégrafo que transmite las respectivas posiciones el contrato se c'erra con reciprocas conformidades telegráficas, no obstante esa diferencia esencial, cuando llegue el momento de invalidar la convención habrá que reconocer que nunca hubo acuerdo de voluntades, que no hubo nunca consentimiento, que no hubo nunca acto jurídico ni de compra ni de alquiler porque el propietario nunca pensó en lo segundo ni el ofertante pensó en lo primero. En este supuesto —se dice— el Juez no tendrá simplemente que anular el acto; tendrá que decir que nunca hubo acto jurídico que hubo "inexistencia" de acto.

#### E) La opinión negativa

Se considera por otros que la distinción entre "existencia jurídica" y "validez jurídica" es excesivamente sutil. Que no es práctica.

Para fundamentar esta última conclusión se señala que a través de todos los años que la doctrina y la jurisprudencia han desarrollado la teoría, no se ha llegado a fórmulas más o menos concordantes ni a aplicaciones coincidentes.

Se arguye que entre los elementos del acto jurídico no se pueden diferenciar elementos de "hecho" que hagan a la existencia y elementos "legales" que hagan a la validez, porque los mismos elementos de hecho (como pueda serlo la voluntad) aparecen configurados convencionalmente por la ley; lo que se llama "voluntad" no es la pura voluntad psicológica sino un ingrediente mixto de psicología y legalidad que da lugar a la "voluntad jurídica".

Estas y parecidas razones mueven a muchos a desear la teoría, sea por negar la base de arvo que la sustenta racionalmente, sea por considerar insuperables los inconvenientes que su aplicación acarrea.

Se dice que el derecho debe construirse con ideas claras; que los sistemas complicados no se avienen a las exigencias de certeza jurídica que la ley debe satisfacer.

Expuestas las bases del debate en términos generales señalaremos con relación a nuestro derecho que si bien el código no consagra la distinción entre inexistencia y nulidad, tampoco hay nada en él que la rechace. Que dentro de ese cuadro caben cualquiera de las dos opiniones. En obras de aliento corresponde de-

fender una u otra tesis en materia tan indecisa. Valeremos sobre el punto en el capítulo VI.

#### CAPÍTULO IV

##### TIPOS DE NULIDAD: CLASIFICACIONES DEL CODIGO

###### 18. PLANTEO.

Con referencia al tema de clasificaciones de nulidad corresponden algunas aclaraciones previas:

a) Es un punto que en derecho argentino debe estudiarse sobre el código argentino. Sus clasificaciones en alguna medida se fundan en criterios tomados de derecho comparado pero su terminología es propia y peculiar.

b) Que la materia tiene importancia práctica, porque a cada tipo de nulidad corresponden efectos distintos.

c) Que si bien el código menciona hasta cuatro clasificaciones sólo dos de ellas interesan. Son la clasificación en nulidades manifiestas y no manifiestas (que coincide con la clasificación de actos nulos y anulables) y la clasificación en nulidades absolutas y relativas.

Con relación a estas clasificaciones estudiaremos sucesivamente: Estudio comparativo de la una y la otra, y estudio en detalle de cada una de ellas.

###### 19. ESTUDIO COMPARATIVO DE AMBAS CLASIFICACIONES.

I. Antes de entrar al estudio particular de cada clasificación daremos una idea de cómo se combinan.

Debemos comenzar por señalar el criterio que corresponde a cada una:

- a) La clasificación nulidad manifiesta-no manifiesta se refiere a la forma de presentarse el vicio.
- b) La clasificación nulidad absoluta-relativa se refiere al sentido y gravedad del defecto que sirve para calificar a la nulidad misma.

II. La forma como estas clasificaciones han sido combinadas en la doctrina del derecho francés, que ha sido en cierta medida fuente del nuestro, es muy imprecisa. Los diversos autores presentan fórmulas diferentes. Por eso el antecedente de derecho comparado, si bien debe ser tenido en cuenta ha de serlo con mucho cuidado. Trataremos el punto en el capítulo VII.

Por ahora señalaremos lo siguiente: en general la doctrina extranjera se ha inclinado por establecer una clasificación única, y luego subdividir en cada uno de los términos variantes diversas

que tomen razón de las distintas posibilidades: que el vicio requiera o no sentencia, que sea o no confirmable, etc.

Nuestro código en cambio ha consagrado dos clasificaciones independientes.

Tenemos, pues: Por una parte actos nulos o actos anulables según que la nulidad sea manifiesta o no manifiesta; y por otro lado actos de nulidad absoluta o nulidad relativa.

III. *Importancia práctica.* El hecho de que un acto esté o no comprendido en uno u otro tipo de nulidad tiene la siguiente importancia práctica:

Nulidad manifiesta: no requiere juzgamiento.

Nulidad no manifiesta: requiere juzgamiento.

Nulidad absoluta:

a) impugnación abierta a cualquier interesado;

b) acto no confirmable.

Nulidad relativa:

a) impugnación limitada.

b) acto confirmable.

Estas diferencias las iremos considerando al estudiar cada tipo en particular.

IV. *Sistema de nuestro código.* Nuestro código ha consagrado estas diferencias que venían afirmadas por la doctrina que fué su fuente.

Pero las ha consagrado con la apuntada particularidad de hacer dos clasificaciones allí donde había una sola.

De modo que el antecedente de derecho comparado sirve para determinados puntos (criterios) pero no sirve para otros (independencia de las clasificaciones).

En nuestro sistema un acto jurídico puede estar en cualquiera de estas cuatro situaciones:

a) ser nulo de nulidad absoluta;

b) ser nulo de nulidad relativa;

c) ser anulable de nulidad absoluta;

d) ser anulable de nulidad relativa.

El sistema es más complicado que el tradicional.

La mayor complicación responde a una mayor profundización en el sentido y fundamento de los criterios calificantes.

Por implicar una mayor profundización el sistema ha sido defendido como más exacto, más sutil, más justo.

Porque la profundización da lugar a más categorías el sistema ha sido criticado como demasiado complicado, poco práctico, más confuso.

Son ventajas e inconvenientes de toda sistematización.

#### **Ejemplos:**

##### **a) Nulo de nulidad absoluta.**

Dos personas realizan un contrato para practicar el contrabando (objeto o causa ilícita). Lo reconocen así en el convenio.

El defecto es: a) Manifiesto porque surge del contrato mismo; b) grave, porque afecta el interés general de legalidad. El acto es —correlativamente— nulo de nulidad absoluta.

##### **b) Nulo de nulidad relativa.**

Un menor adulto realiza con una persona capaz un contrato que no tiene otro defecto que el de la incapacidad del primer otorgante.

El defecto es: a) manifiesto porque surge de sólo verificar la edad de aquel otorgante; b) de exclusivo interés de ese contratante. El acto, consiguientemente, es nulo, de nulidad relativa.

##### **c) Anulable de nulidad absoluta.**

Las personas que realizan el contrato del punto "a" encubren su verdadero carácter, pero una investigación de hecho lo pone de manifiesto. El defecto es: a) no manifiesto pues requirió investigación; b) grave por violación de la ley. El acto jurídico consiguientemente es: anulable, de nulidad absoluta.

##### **d) Anulable de nulidad relativa.**

Una persona realiza un contrato por error esencial de hecho. El defecto no es manifiesto (hay que investigar el error) y se refiere sólo al interés de la persona que padeció el error. El acto es anulable de nulidad relativa.

V. *Sistema del Proyecto de 1936.* Incidentalmente señalaremos que el Proyecto de 1936 ha suprimido la doble clasificación.

Las nulidades son clasificadas (ver arts. 202 y siguientes) en dos tipos:

Actos nulos.

Actos anulables.

La clasificación de nulidades absolutas y relativas es en principio absorbida en la de nulos-anulables. Los actos nulos son en principio de nulidad absoluta, es decir, no confirmables; los actos anulables son en principio de nulidad relativa, es decir, confirmables.

Pero como la coincidencia acto nulo-nulidad absoluta no es total, y como tampoco lo es la de acto anulable-nulidad relativa, el mismo Proyecto abre excepciones y entonces su regla definitiva es: El acto nulo es no confirmable salvo tales casos... el acto anulable es confirmable salvo tales casos.

En definitiva, la solución es la misma del código, y lo único que varía es la forma técnica de presentarla.

En vez de presentar dos clasificaciones independientes y paralelas, se introduce a una de ellas dentro de la otra: Los actos

nulos se subdividen en no confirmables (nulidad absoluta) y confirmables (nulidad relativa); lo mismo se hace con los actos anulables.

En definitiva, y por otros caminos, se llega a los mismos cuatro grupos que el código consignaba.

En el Proyecto, la disposición de esos cuatro grupos es la siguiente:

Actos nulos	{	Nulos no confirmables (nulidad absoluta), que son la regla.
		Nulos confirmables (nulidad relativa), que son la excepción.
Actos anulables	{	Anulables confirmables (nulidad relativa), que son la regla.
		Anulables no confirmables (nulidad absoluta), que son la excepción.

## 20. LA CLASIFICACIÓN EN NULIDADES MANIFIESTAS (ACTOS NULOS) Y NO MANIFIESTAS (ACTOS ANULABLES).

Con relación a este punto estudiaremos tres cuestiones:

A) En qué se funda la distinción entre ambos tipos de nulidad.

B) Qué consecuencias prácticas tiene.

C) Qué casos comprende cada uno de los tipos.

A) *En qué se funda la distinción. Fórmula del art. 1038*

Según el artículo 1038, la distinción se fundaría en la fórmula empleada por la ley para consagrar la invalidez. La nulidad sería manifiesta "cuando la ley expresamente lo ha declarado nulo o le ha impuesto la pena de nulidad".

Según este texto, la diferencia sería:

Acto nulo: cuando la ley usa fórmula expresa de nulidad.

Acto anulable: cuando la ley usa fórmulas no expresas.

El estudio de las disposiciones del código no confirma que sea ese el criterio de distinción. Basta para ello con ver que el código usa fórmulas expresas tanto para disponer que son nulos los actos del artículo 1044, como para establecer que son anulables los del artículo 1045.

En definitiva: la diferencia no está en el tipo de fórmula que utiliza la ley, sino que está en el tipo de defecto al que la ley se refiere.

Esto es lo que surge de cotejar el artículo 1044 con el 1045: a través del primero resulta, por ejemplo, que es nulo el acto cuyo objeto fuese prohibido, pero a renglón seguido el segundo artículo aclara que si la prohibición de ese objeto requiriese alguna investigación de hecho el acto sería anulable.

La diferencia se advierte entonces con claridad. No se trata de que el defecto sea uno u otro, sino de la forma de presentarse ese defecto, y la prueba es que un mismo defecto (el objeto prohibido) puede alternativamente dar lugar a actos nulos si la prohibición aparece a primera vista o a actos anulables si requiere investigación.

Podemos entonces llegar a la siguiente fórmula:

Acto nulo... aquel cuyo defecto sólo requiere una comprobación de existencia.

Acto anulable... aquel cuyo defecto requiere una investigación más profunda.

Y esa investigación es más profunda porque no sólo consistirá en comprobar si el defecto existe o no existe, sino que importará apreciar la intensidad del defecto mismo.

#### B) Consecuencias prácticas de la distinción entre nulidades manifiestas y no manifiestas

Con acuerdo a lo que precede, el código consagra la siguiente consecuencia práctica de la distinción:

Si la nulidad es manifiesta no necesita juzgamiento (lo cual no impide que requiera comprobación).

Si no es manifiesta, necesita sentencia que la declare, previo juzgamiento y apreciación de las particularidades del caso.

La conclusión es lógica y se funda en lo ya visto. Si defecto manifiesto es aquel que se presenta sin lugar a dudas, si es aquel sobre el cual no cabe discusión, es lógico que la nulidad del acto no esté sometida a juzgamiento.

Para declarar esa nulidad bastará con que el Juez compruebe la existencia del defecto.

La comprobación es una operación casi automática. Podríamos decir una mera verificación.

Por ejemplo, si se impugna un acto sosteniendo que el otorgante es menor de edad, el defecto es manifiesto porque bastará consultar la partida de nacimiento.

Y una vez comprobada la edad no hay lugar ni necesidad de otras apreciaciones. Porque o se es mayor o se es menor, pero no se puede ser más o menos mayor, o más o menos menor.

Por el contrario, en los casos de nulidades no manifiestas, el Juez no podrá determinar la invalidez en base a una mera comprobación. Deberá hacer investigaciones y apreciaciones. Si se impugna un acto por intimidación (por ejemplo) tendrá que apreciar si la presión moral fue grave, si fue injusta, si pudo impresionar al agente teniendo en cuenta sus condiciones personales.

Todo esto indica que deberá haber juzgamiento, a diferencia

de lo que según el art. 1038 ocurre en los casos de nulidades manifiestas.

Queda, pues, establecida la importancia práctica de la distinción y la racionalidad de la solución legal:

Si el defecto es manifiesto, y es fijo, basta su comprobación.

Si no es manifiesto y es variable, se requiere jurgamiento.

Esta diferencia se proyecta en otra que hemos de ver más adelante: la de fijar desde cuándo se tiene por producida la nulidad. Veremos el punto en el capítulo siguiente al tratar los efectos de la nulidad.

### C) Casos de actos nulos y anulables

Ordenando los casos previstos por el código en un cuadro a dos columnas tenemos:

Defectos en:	Es nulo:	Es anulable:
El sujeto .....	Acto de incapaz absoluto (art. 1041).	Agente que obra con incapacidad accidental (art. 1045).
Defectos o vicios de la voluntad .....	Idem del incapaz relativo (art. 1042).	Incapacidad imputable por ley que no fuere conculada (art. 1045).
Defectos en el objeto .	Idem acto prohibido al sujeto (incap. de derecho) (art. 1043).	Vicios de error, violencia, fraude, simulación (art. 1045).
Defectos en la causa ..	Simulación o fraude presumidos por ley (artículo 1044).	Prohibición del objeto que requiere investigación (art. 1045).
Defectos de forma ...	Objeto prohibido (artículo 1044) (Unmoral, contrario a libertad, etc, art. 903).	Causa ilícita no manifiesta (argum. art. 1045).
	Causa ilícita manifiesta (argum. art. 903).	Anulabilidad del instrumento que es forma esencial (art. 1045).
	Falta o nulidad de la forma esencial (art. 1044).	

## 21. NULIDADES ABSOLUTAS Y RELATIVAS.

### A) Criterio

La de nulidades absolutas y relativas es la segunda de las clasificaciones a que hemos aludido.

Parte de una distinción que se funda en la mayor severidad de la ineficacia: las absolutas son nulidades más severas, más intensas, más graves; las relativas menos severas, intensas y graves.

Y dentro del encadenamiento de ideas que da estructura a toda construcción, esa mayor severidad se conecta con las razones

que le sirven de causa y con las consecuencias que la siguen como efecto. Los problemas concretos son pues: ¿en qué consiste esa mayor severidad?; ¿en qué se funda esa mayor severidad?

Pasamos a considerarlos siguiendo los textos del código y supliendo sus vacíos que no son pocos.

*Primera manifestación de la mayor severidad:  
impugnación abierta*

El artículo 1047 establece que la declaración de nulidad absoluta puede ser pedida por cualquier interesado, y que inclusive en ciertos casos el juez puede declararla de oficio.

Se consagra en tal forma un régimen de impugnación abierto y amplio, a diferencia de lo que ocurre con la nulidad relativa que sólo puede ser invocada por aquellos en cuyo beneficio la han establecido las leyes (art. 1048).

Es decir: la ineficacia implicada en la nulidad absoluta comienza a ser más severa por el hecho de estar más abiertos los caminos que llevan a su declaración.

*Segunda manifestación: invalidez definitiva (acto no confirmable)*

La segunda manifestación de la mayor severidad característica de la nulidad absoluta surge del párrafo final del artículo 1047: "La nulidad absoluta no es susceptible de confirmación". Paralelamente se dispone lo contrario para la nulidad relativa que "puede ser cubierta por confirmación del acto" (art. 1038).

El rasgo de la no confirmabilidad define la esencia de la nulidad absoluta, así como el de la confirmabilidad define la de la nulidad relativa.

En uno y otro caso se trata de consecuencias que reflejan las características del defecto que provoca uno y otro tipo de nulidad. El problema nos lleva pues al del fundamento de cada una.

*El fundamento de la mayor severidad: defecto substancial y permanente*

Toda nulidad, por definición, supone según hemos visto defectos esenciales (supra N° 15).

Pero dentro de los defectos esenciales caben clasificaciones y hay algunos que podríamos llamar esencialísimos o substanciales, que a su mayor gravedad agregan una segunda condición: su permanencia.

La nulidad absoluta surge de defectos arbitanciales que perduran, es decir, que no sólo se han manifestado al tiempo del otorgamiento.

gamiento del acto sino que se mantienen como obstáculo en el tiempo posterior en que se juzga la validez de la relación jurídica de él surgida.

#### *La noción de defecto substancial: sus dos posibles formas*

En un planteo doctrinario defecto substancial es aquél que implica falta de la substancia misma del acto jurídico.

En ese sentido, si la substancia del acto jurídico se compone de dos elementos (voluntad y licitud) habría defectos substanciales por falta total de voluntad y defectos substanciales por gravísima falta de licitud.

Habría pues dos formas de defectos substanciales de las cuales la primera (falta total de voluntad) coincidiría casi con aquella situación que otros autores llaman de "inexistencia" del acto por falta de voluntad (ver *supra* N° 16).

#### *El problema en nuestro derecho: soluciones divergentes*

Las normas del código que configuran la nulidad absoluta no contienen ninguna referencia al defecto substancial por falta total de voluntad; contienen si una referencia —si bien incidental— al defecto substancial por falta grave de licitud (ver art. 1047).

Esto ha dado lugar a dos posiciones en la doctrina.

Para unos el acto realizado sin voluntad (p. ej. acto del demente) es acto de nulidad absoluta. Así lo sostiene mirando al pasado del acto, al momento de su otorgamiento y comprobando que a ese acto le faltó el elemento de voluntad que es substancia del acto jurídico.

Para otros —en cambio— la nulidad absoluta debe ser fundamentalmente definida en función de futuro y no de pasado. Aunque al acto del demente le haya faltado originariamente voluntad, esa falta puede ser subsanada hacia el futuro. Nada impide —sostienen— que a ese acto se lo mantenga por vía de confirmación. Si la confirmación es posible la nulidad del acto del demente no habrá sido absoluta, pues ésta no consiente confirmación.

Estos distintos planteos doctrinarios los consideraremos al estudiar en el capítulo VII los aspectos externos de la teoría de la nulidad.

#### *El defecto substancial y permanente por falta de licitud*

Del artículo 1047 surge que la declaración de nulidad absoluta puede ser pedida "en el interés de la moral o de la ley".

Esto nos indica que hay actos jurídicos y relaciones jurídicas que adolecen de un defecto substancial de legalidad.

La diferencia entre defectos substanciales de legalidad y defectos simplemente esenciales, más que del defecto mismo, sur-

go de las leyes que aparecen violadas en razón de haberse otorgado el acto con ese defecto.

De la clasificación de los defectos y de la clasificación de las nulidades nos pasamos pues a una clasificación de las leyes.

La correlatividad sería la siguiente:

- A.) Normas que protegen intereses generales de la ley y de la moral: su violación implica nulidad absoluta.
- B.) Normas que por motivos de interés general protegen intereses particulares: su violación implica nulidad relativa.

De estas fórmulas surge que en ambos casos hay un interés general en juego (y de no haberlo no habría problema de nulidad) pero es distinto el papel que el interés general juega en uno y otro supuesto. En el primer caso el interés general es el objeto directo de la protección; en el segundo caso el interés general es el motivo por el cual se dispensa protección a un interés particular. Un ejemplo aclarará la idea: si pensamos en un contrato dirigido a organizar el contrabando, vemos que su otorgamiento y posterior ejecución ofenden a un interés de la comunidad que no es sólo un interés de orden económico sino también de orden moral. La nulidad de ese contrato sería absoluta. Ni las partes ni el juez podrían autorizar la subsistencia de ese contrato o de la relación jurídica por él generada. En cambio si pensamos en un contrato de venta de un inmueble otorgado por un menor adulto, advertimos: a) la ejecución del contrato no afectaría ningún interés general; b) podría si afectar un interés particular del menor si la venta hubiera sido inconveniente; c) ni siquiera afectaría ese interés si la venta fué conveniente; d) lo único que subsistiría como defecto del acto sería el hecho de haberlo otorgado sin la protección que significaba la intervención de su representante. Tenemos por tanto un vicio del pasado que puede no proyectarse hacia el futuro: un vicio resultante de haberse violado una medida dispuesta por motivos de interés general para la protección de un interés particular. Este interés particular podría verse suficientemente protegido si el representante del menor analiza luego la conveniencia del acto y sobre tal base lo aprueba. El vicio anterior podría por tanto ser reparable, y la nulidad —por consecuencia— superada. Sería un caso de nulidad relativa.

Sobre la base del ejemplo que precede podríamos ir construyendo las figuras que nos interesan:

La nulidad absoluta supone:

- a.) que el acto otorgado importó violación de un interés general.
- b.) que el mantenimiento del acto importa renovar esa violación.

El vicio tiene pues dos condiciones: es substancial y es perdurable.

La nulidad relativa, en cambio, supone que al otorgarse el acto se violó una norma dictada por motivos de interés general, pero una norma dirigida a proteger intereses particulares. Por otra parte el mantenimiento del acto no importa renovar esa violación. El vicio, en otras palabras, no es absolutamente substancial y no es perdurable.

El desarrollo posterior de las ideas involucradas en el planteo nos va a conducir a extraer las distintas consecuencias que la ley consagra, y que en párrafos anteriores anticipábamos.

Por de pronto: así como hay una correlatividad entre la gravedad del defecto y su eventual permanencia, la misma correlatividad se da entre esa gravedad del defecto y la renunciabilidad o irrenunciabilidad de la protección de la ley que resultó infringida por el acto defectuoso. Es decir: LA NO CONFIRMABILIDAD VA A SER UNA CONSECUENCIA DE LA NULIDAD ABSOLUTA Y LA CONFIRMABILIDAD CONSECUENCIA DE LA NULIDAD RELATIVA. El defecto más grave de legalidad, es decir el que resulta de la violación de normas que protegen el interés general es un defecto que perdura, porque no interesa solamente cómo se otorgó el acto jurídico sino que el problema se plantea porque la subsistencia de la relación generada por el acto implica mantener viva la ofensa a ese interés general.

Como se trata de un interés general nadie puede renunciar a su defensa: ni las partes, ni el Ministerio Público, ni el Juez: "la renuncia general de las leyes no produce efecto alguno" (art. 19 del Código). Únicamente desaparecería el carácter de nulidad absoluta si se cambiara la ley que prohibía el acto, porque entonces el representante del interés general (el Parlamento) habría adoptado una disposición que vendría a suprimir el vicio.

Por el contrario si el defecto consistió en haber violado una ley que por motivo de interés general protegía un interés particular, el titular de este interés —una vez desaparecido el defecto— podrá renunciar la protección brindada a su interés, cosa permitida ya que son renunciables los derechos que miran al interés individual (art. 19 del código).

Se advierte una trasposición de las situaciones en razón del cambio que supone considerarlas al tiempo en que se las otorgó y al tiempo en que se juzga su validez: es de orden público la norma según la cual los menores adultos no tienen capacidad para otorgar actos jurídicos, y es de orden público que tengan una acción para impugnar los actos otorgados sin capacidad, pero no es de orden público "se ejerciten esa acción; es de orden público que sean anulables los actos otorgados con violación, pero no es de orden público que forzosamente se ejerciten las acciones en anulación de los actos. La razón que determinaba la invalidez no ha perdurado y el acto se puede confirmar sin afectar la legalidad.