



INEFICACIA Y NULIDAD DE LOS ACTOS JURÍDICOS

Por Gabriel B. Ventura*

SUMARIO: Introducción 1) Ineficacia Estructural - Nulidad. 2) Nulidad Expresa o implícita. 3) Actos Nulos y Anulables. 4) Nulidad sustancial y nulidad instrumental – Importancia de esta clasificación en el ámbito notarial. 5) Nulidad absoluta y relativa. Importancia de esta clasificación en el ámbito notarial. 6) Enumeración de las nulidades instrumentales – Arts. 290, 291, 294 y 305 del CCC. 7) El concepto de “parte instrumental”. 8) La conversión como saneamiento – Formal y Material (arts. 294 y 384 del CCC). 9) Ineficacia Funcional. 10) La inoponibilidad.

INTRODUCCIÓN

Respecto del tema de las nulidades de los actos jurídicos se ha producido en la doctrina una importante evolución. En efecto, los autores clásicos argentinos, como Salvat o Buteler Cáceres, entre otros¹, consideraban solo la nulidad como causa de privación de los efectos jurídicos de un acto. Una doctrina más moderna, en cambio, comienza por agrupar la nulidad como una especie más dentro de una serie de situaciones que privan a los actos jurídicos de su función o de sus efectos.

El Código Civil y Comercial, haciéndose eco de estos avances tiene estructurado el capítulo 9 del título 4 del libro 1. Comienza titulado el capítulo “Inefica-

* Académico de Número de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y de la Academia Nacional del Notariado. Profesor Titular de Derechos Reales de la Universidad Nacional de Córdoba. Profesor Titular de Derecho Notarial de la Universidad Nacional de Córdoba, y de la Universidad Católica de Córdoba.



cia de los actos jurídicos” y en el art. 382 alude a dos categorías: 1) Nulidad y 2) inoponibilidad.

Así se acude a la expresión mucho más genérica de “ineficacia”, y con ella refiere a todos los casos en que un acto, *ab initio* no produce efectos jurídicos, o deja de producirlos por alguna circunstancia posterior ajena al acto mismo. Con este criterio estas causales se agrupan sistemáticamente en dos especies de ineffectuicias:

a) **Ineficacia estructural**; así llamada porque en la celebración del acto, congénitamente a su nacimiento, hay un defecto que lo invalida; es por ello que se pregona de ella que la falencia o patología está en estructura misma de su formación o de su constitución;

b) **Ineficacia funcional**, en cambio, ocurre por una posterior circunstancia que priva al acto de sus efectos ejecutivos o su funcionalidad; pero sin que esto necesariamente le quite validez.

La inoponibilidad es bien diferente, pues sin que el acto sea nulo, resultará no ejecutable respecto de ciertas personas. Los terceros de buena fe pueden ignorar lisa y llanamente el contenido del acto; a su respecto pues, el acto no ha sido otorgado. La figura aparece como extraña frente a la alteración de la lógica ¿cómo puede ser que algo exista para uno mas no para otros? Sin dudas resulta vulnerado de manera manifiesta el principio enunciado como de “no contradicción” (Nada puede ser y no ser al mismo tiempo).

En el presente estudio analizaremos las nulidades o ineffectuicias con todas sus subespecies, para luego afrontar el tema de las inoponibilidades.

1) INEFICACIA ESTRUCTURAL – NULIDAD

La ineffectuicia estructural responde totalmente al concepto clásico y universalmente aceptado de nulidad. Por ello diremos que la nulidad es la sanción de

¹ SALVAT, Raymundo M. “Tratado de Derecho Civil Argentino – Parte General” 10º Ed. TEA, Bs.As. 1958, pág. 701. BUTELER CÁCERES, José A.; “Manual de Derecho Civil – Parte General”, Ed. Advocatus, Córdoba, 2001, pág. 311.



invalidez de los actos jurídicos que los priva de los efectos normales, por presentar algún defecto estructural, constitutivo y congénito².

Como puede advertirse de su concepto, las expresiones “nulidad”, “invalidez” e “ineficacia estructural”, resultan perfectamente equivalentes. Esto permite que el legislador pueda referirse a esta sanción expresando que el “acto será nulo...”, “el acto será inválido...”, o “no tendrá validez el acto...”, y cuantas más combinaciones puedan efectuarse con estas palabras. Es muy importante tener presente el vocabulario técnico legal, para una correcta hermenéutica, y sobre todo para determinar si estamos en presencia de una nulidad expresa o implícita, según veremos en los puntos siguientes.

La palabra “nulo” proviene del latín “nullus”, que significa “no alguno” o “ninguno”. En definitiva, acercándonos a un vocabulario técnico, la palabra está expresando: “que no produce ningún efecto”; de allí el proloquio que reza “*quod nullum est, nullum effectum producit*” (“lo que es nulo no produce ningún efecto”); sin embargo en algunas situaciones este pronunciamiento latino resulta demasiado drástico, por lo que el legislador morigeró sus consecuencias. En efecto, respecto de algunos casos, a pesar de que en su momento constitutivo el acto adoleció de algún recaudo que el legislador consideró vital, no se lo priva totalmente de efectos, sino que se le hacen producir unos otros resultados. En definitiva el legislador, con un tratamiento balsámico, si se nos permite la expresión, en vez de aniquilar directamente el acto negándole por completo todo valor, prefiere conservarlo en alguna medida, y hacerle generar un otro efecto, diferente al originario y supuestamente pretendido por las partes, o al menos preferido frente a la alternativa de la aniquilación total. Esta es la llamada “conversión”, instituto del que nos ocuparemos más adelante.

2- NULIDAD EXPRESA O IMPLÍCITA

² SALVAT, Raymundo M.; id. nota anterior. BORDA, Guillermo; “Tratado de Derecho Civil – Parte General”, 6ta. Ed. Abeledo Perrot, Bs.As. 1976, Tomo II, pág. N° 1244. BUTELER CÁCERES, José A. id. nota anterior. CIFUENTES, Santos; “Negocio Jurídico”, Ed. Astrea, Bs.As. 1986, pág. 609.



En general en el Código Civil y Comercial las normas que prevén la nulidad de los actos jurídicos lo hacen de manera categórica e indubitada con expresiones como “Es nulo el acto cuando...”, “Son de ningún valor los actos cuando...” o palabras equivalentes. Pero por mucho que apreciemos el vocabulario técnico que tanto ayuda a una correcta hermenéutica, es frecuente que el legislador no use términos tan precisos, y el mandato legal solo aparezca como recaudo de validez, sin que concluya asignándole una consecuencia jurídica directa. Pero debemos tener presente que el vocablo antinómico de validez, jurídicamente hablando, es nulidad; en consecuencia no es demasiado el esfuerzo interpretativo que hay que hacer para concluir que ante la falta de validez, estaremos ante la nulidad. Si la ley exige para su validez el cumplimiento de ciertos recaudos o prohíbe alguna acción, y tales imperativos no se cumplen, a no dudarlo, la consecuencia será la nulidad.

Pues bien, esta diferenciación normativa es la que permite distinguir las nulidades expresas de las implícitas. Como ejemplo de la primera es muy apropiado el art. 291 CCC, que comienza diciendo “*Es de ningún valor el instrumento autorizado por un funcionario público en asunto en que él, su cónyuge, su conviviente, o un pariente suyo dentro del cuarto grado o segundo de afinidad, sean personalmente interesados*”. Se trata de una norma que directamente niega todo valor al instrumento que transgreda el mandato que en definitiva establece que no deben estar involucrados en el acto intereses, ni del funcionario, ni de sus allegados. La “*ratio legis*” es pues, la objetividad del autor del instrumento; que no se sienta conmovido o presionado por el afecto o interés alguno en el momento de relatar los hechos o consignar los elementos del contrato contenidos en el acto. Es por ello que si nos encontráramos en este supuesto, el acto sería de nulidad expresa.

Por el contrario, si la norma no se manifiesta sobre su validez o no, pero obliga a observar ciertos recaudos la nulidad estará implícitamente determinada. Ejemplo ilustrativo es lo dispuesto en el art. 302 del CCC que exige que el instrumento público sea redactado en el idioma nacional, pero no condiciona su cumplimiento a sanción alguna. Si tuviéramos una escritura pública, por ejemplo, redactada en francés, ésta sería irremisiblemente nula. Sin embargo, debemos observar que, en este caso, la patología no está expresada contundentemente en la



norma, sino que surge implícita frente al incumplimiento de un recaudo exigido por la ley. Como puede advertirse la cuestión puede volverse opinable frente a falencias menores, puesto que a su respecto aparece la sanción de nulidad como demasiado gravosa. Imaginemos que una escritura pública, aunque se hubiere cumplido en los hechos, no diga que se leyó, tal como lo exige el art. 305 inc. d). Esta patología generará posturas encontradas tanto en jurisprudencia como en doctrina. Es muy probable que, frente a la teoría de la conservación del acto, que hoy tiene sanción legislativa en el art. 1066 del CCC referido a los contratos, algunos lleguen a opinar que el acto es válido aunque el instrumentador merezca una sanción. Sobre todo si puede probarse que en los hechos el notario en verdad había leído la escritura a las partes.

En el Código de Vélez las nulidades implícitas aparecían en el art. 18, que establecía que *“Los actos prohibidos por las leyes son de ningún valor, si la ley no designa otro efecto para el caso de contravención”*. El nuevo CCC no contiene norma equivalente, lo que no autoriza a negar este lógico efecto. Si el acto está prohibido por la ley, sea por su forma, por su contenido, por el carácter de las partes, o por cualquier otro elemento formal o material, la nulidad es la sanción implícita que surge evidente ante el incumplimiento del mandato³.

3- ACTOS NULOS Y ACTOS ANULABLES

En materia de nulidades el Código derogado partía de considerar un doble juego clasificatorio: el acto podía ser nulo o anulable, y cada una de éstas patologías, a su vez, admitía dos subcategorías: absoluta o relativa. Por otra parte, si la

³ Corresponde hacer alguna aclaración sobre las nulidades implícitas, virtuales o tácitas, pues históricamente la expresión se utilizaba para referirse a la nulidad que no estaba establecida en la ley, sino que surgía de una interpretación jurisprudencial. Vélez Sarsfield en el art. 1037 se negó terminantemente a admitir la potestad judicial para generar situaciones de nulidad por parte de los jueces. No obstante alguna doctrina sostuvo que el art. 18 del Código Civil de Vélez, preveía en verdad las nulidades implícitas o virtuales. La norma del viejo art. 1037 decía: *“Los jueces no pueden declarar otras nulidades de los actos jurídicos que las que en este Código se establecen”*. El Maestro Buteler Cáceres expresamente formula aclaración al respecto, pues sostiene que *“... esta distinción, no tiene vigencia en el derecho argentino, ... Tengamos presente que si decimos que no hay en el derecho argentino más nulidades que las expresas, de ninguna manera se debe entender otra cosa que no sea ésta: la nulidad en cuanto sanción, debe dimanar de la ley de modo in-*



patología era del acto o sustancial hablábamos de nulidad material; mientras que si solo afectara al instrumento y no al acto, estábamos en presencia de una nulidad instrumental.

Estas consideraciones, en cuanto a nulidades instrumentales o sustanciales, nulidades o anulabilidades, surgían con gran claridad de los arts. 1044 y 1045 del Código derogado, por lo que recomendamos su lectura para precisar ambos conceptos. En efecto, tanto la nulidad como la anulabilidad y sus manifestaciones sustanciales e instrumentales aparecen en estos dos dispositivos que, aunque hayan sido derogados por la ley 26994 que sancionó el Código Civil y Comercial en el año 2015, en nuestra opinión continúan en vigor al menos como expresión de doctrina, y con una actualidad didáctica indiscutible. Respecto de la nulidad o anulabilidad, corresponde tener presente que la citada ley subrogó el Código de Vélez, pero no pudo derogar el Diccionario de la Lengua que sigue pregonando que “anulable”, en su primera acepción, significa “*que se puede anular*”.

Así, podremos calificar de nulo el acto cuando la patología resulte manifiesta y no requiera investigación o comprobación alguna, porque surge patente del mismo instrumento que lo porta; en tanto que un acto será anulable cuando la falencia requiera necesariamente de una investigación judicial para poder determinarse. Ejemplo claro de nulidad lo constituiría el caso en que, de manera manifiesta, uno de los cónyuges, en el régimen de comunidad, donara al otro un inmueble determinado. Aquí no será menester efectuar investigación alguna para determinar su nulidad, ya que el art. 1002 del Código Civil y Comercial prevé el supuesto como una causal de inhabilidad. En cambio si el acto hubiere sido suscripto mediando dolo o violencia (art. 271 y 276 del CCC), estas circunstancias no surgirán patentes del instrumento, y será menester una investigación previa al pronunciamiento judicial de nulidad.

4- NULIDAD SUSTANCIAL Y NULIDAD INSTRUMENTAL

dubitable, sin que importe para nada cómo esté establecida... sin que interese que esté establecida de un modo directo o de un modo indirecto, pero indubitable”.



A su vez, como ya quedó dicho, tanto las nulidades como las anulabilidades podían resultar sustanciales, que son las que afectan el acto jurídico mismo, o formales, cuando lo afectado fuera el instrumento que lo contiene. Obviamente, si la forma era exigida con carácter absoluto, es decir cuando estábamos en presencia de una forma “*ad solemnitatem*” la nulidad del instrumento portante produciría inevitablemente también la del acto en él portado.

El instrumento es el continente y el acto es el contenido, por ello, sin el primero, el segundo no tiene sustento alguno y cae también frente a la nulidad de aquél. Solemos explicar esta conclusión expresando metafóricamente que, si una copa que contiene un buen vino se quiebra, el líquido se derrama e inevitablemente deja de existir por lo menos técnicamente, ya que, derramado, no habrá ningún *sommelier* dispuesto a tomarlo del piso. De lo dicho surge claramente que debemos resistir la tentación, poco técnica en este caso, de considerar más importante el contenido que el continente, pues cuando la forma es obligatoria se produce una suerte de simbiosis sistémica⁴ que hace que sin la forma el contenido no exista, y obviamente sin el contenido la forma nada aporte al mundo jurídico. Asignar más o menos importancia a uno u otro elemento constituye aquí, en el ámbito instrumental, un grueso error conceptual. Apuntar más al contenido que a la forma solo es dable cuando se evalúan ideas o conductas, mas en el ámbito instrumental no es correcto. En estos casos es posible y lógico, contrariamente a lo que ocurre en otras asignaturas, hablar de la forma por la forma misma.

Es frecuente al efectuar el distingo entre continente y contenido, utilizar las expresiones “Acto instrumental” para referirse a lo formal, es decir al continente que puede ser la sentencia o resolutive judicial, o la escritura pública o resolución administrativa; y “Acto instrumentado” para aludir concretamente al acto mismo en su sustancia⁵. En una compraventa inmobiliaria, por ejemplo, el acto instrumental

⁴ Con lo de “simbiosis” queremos expresar que ambos fenómenos están unidos íntimamente en su función y razón de ser; con la expresión “sistémica” apuntamos a que esa relación es tal que las contingencias de cualquiera de los elementos que lo integran (forma y contenido) repercute necesariamente en el otro.

⁵ SALVAT, Raymundo M.; “Tratado de Derecho Civil Argentino – Parte General”, Ed. TEA, Bs.As. 1964, Tomo II, pág. 322. MOISSET DE ESPANÉS, Luis; “Publicidad Registral”, 2º Ed. Advocatus, Córdoba, 1997, pág. 90.



es la escritura pública (art. 1017 CCC); y, en el mismo ejemplo, el acto instrumentado es el contrato de compraventa (art. 1123 del CCC). Tener en claro estos dos planos o dos puntos de vista dentro del mismo fenómeno, resulta de gran utilidad para comprender más acabadamente el tema de las nulidades instrumentales.

Nuestra legislación, con toda claridad, determina que el acto instrumental, es decir el instrumento mismo, con independencia del acto que contenga o instrumento, puede tener sus propias causales de invalidez, que serían completamente ajenas al acto mismo en su sustancia, si la ley no exigiera la forma instrumental que lo contiene. En efecto, a manera de ejemplo vemos que los artículos 290, 291, 292, 294, entre otros dispositivos del CCC, aluden directamente al instrumento, sin tener en consideración el acto material que se formaliza en él.

En cuanto al acto mismo, es decir el contenido al que aludíamos en párrafos precedentes, tiene sus propias patologías, pero ya no son consecuencia de falencias o incumplimientos respecto a la forma, sino que hunden sus motivos en el acto mismo, en su materia. El acto debe respetar las exigencias legales; los sujetos protagonistas del negocio deben tener una voluntad sana (art. 260 y ss. del CCC); capacidad suficiente (art. 24 y 25 del CCC); deben estar asistidos por sus apoyos en caso de ser ello necesario (arts. 32 y 43 CCC); no debe haber error, ni dolo, ni violencia, que son los vicios de la voluntad (arts. 265, 271 y 276 CCC), ni deben existir vicios de los actos jurídicos, como la simulación (art. 333 CCC), el fraude (338 CCC), o la lesión subjetiva (art. 332 CCC).

Como bien puede advertirse, solo las nulidades instrumentales son propiamente el tema de una rama jurídica dedicada a la instrumentación. Núñez Lagos, a propósito de esta reflexión, en el ámbito notarial, expresa que serían solo las cuestiones formales las que darían pie a un derecho notarial autónomo, o “puro”, usando sus expresiones; pues las demás exigencias y contingencias son temas del derecho civil⁶. Sin embargo, bien sabemos, que hay un consenso en dividir el derecho notarial en dos partes: Derecho Notarial Formal y Derecho Notarial Sus-

⁶ NÚÑEZ LAGOS, Rafael; “Esquemas conceptuales del instrumento público”, Ed. Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid. 1953, pág. 18, dice: *“Como el acto jurídico – contenido sustantivo -, pertenece al Derecho civil o comercial, este contenido no puede ser el objeto de un Derecho notarial puro, que de quedar circunscripto al aspecto formal. El Derecho notarial puro,*



tancial, o contractual, como lo denominan los autores españoles. Aunque en este último se analicen los actos y hechos que serán el contenido del instrumento, desde el punto de vista notarial, tienen una exigencia técnica y particularidades que en muchos casos sobrepasan los análisis del derecho civil y comercial, confiéndole una cierta particularidad. Por ello cada tema analizado por esta parte del derecho notarial, suele estar precedida de la expresión “Aspectos notariales de...”. Así hablaremos en su oportunidad de Aspectos notariales de la compra-venta inmobiliaria; Aspectos notariales de las convenciones matrimoniales; Aspectos notariales de la garantía hipotecaria, etc.

IMPORTANCIA DE ESTA CLASIFICACION EN EL ÁMBITO NOTARIAL

Como ha quedado manifiesto, el cumplimiento de todos los recaudos formales o las patologías que puedan aparecer en los documentos públicos, son atribución y responsabilidad exclusiva del instrumentador; sea el juez, la autoridad administrativa o el notario. Es por ello que cuando, en nuestras clases de derecho notarial, desarrollamos el tema de las nulidades instrumentales, solemos calificarlas de “las temidas nulidades instrumentales”, porque su producción es consecuencia inmediata de una mala praxis y, como tales, imputable solo al notario. La negligencia, la impericia, o la imprudencia serán, en el mejor de los casos, los factores de atribución de su responsabilidad a los que alude el art. 1724 del CCC. Obviamente el notario, en estos supuestos, deberá cumplir con el principio del hombre justo *alterum non laedere*, surgido del art. 1716 del CCC, y reparar el daño ocasionado⁷. En el peor de los casos, completando lo expresado, el factor de atribución será el dolo, según lo determina la misma norma del art. 1724; es decir cuando el notario, a sabiendas, ha realizado mal su gestión instrumentadora con una finalidad delictiva.

para ser algo, ha de perfilarse como un Derecho formal, independiente de todo contenido sustantivo.

⁷ Recordemos que para Ulpiano, uno de los cinco sabios jurisconsultos romanos que junto con Gayo, Papiniano, Paulo y Modestino, integraba la ley de citas (426 dc), los principios del derecho son: “*honeste vivere, alterum non laedere, summ cuique tribuere*”. El Código Civil y Comercial, con buen criterio a nuestro entender, fortaleciendo nuestra tradición romanista, alude directamente al brocardo en el art. 1716: “*La violación del deber de no dañar a otro...*”.



Por otra parte, la trascendencia de distinguir las nulidades instrumentales de las sustanciales radica en que frente a las primeras, el acto, además de padecer nulidad, dicha nulidad será absoluta, según veremos en el punto siguiente (art. 386 y 387 del CCC). Debe tenerse presente pues, que toda nulidad instrumental es siempre absoluta, y como tal, será también inconfirmable, imprescriptible y de pronunciamiento oficioso.

5- NULIDAD ABSOLUTA Y NULIDAD RELATIVA

A su vez, tanto los actos nulos como los anulables podrán ser de nulidad absoluta o relativa. El *fundamentum divitionis* de esta importante clasificación radica en considerar si están o no involucrados en el acto valores estandarizados que aparecen una y otra vez en nuestro ordenamiento: el orden público, la moral y las buenas costumbres⁸. Por ello expresa Aparicio que en esta clasificación “*No se tiene en cuenta el mecanismo de su producción, sino el círculo de interesados a los cuales afecta...*”⁹ La comunidad toda está comprometida con esos valores, por lo que en los casos de nulidad absoluta, de mantenerse vivo el acto, se lesionaría a todos sus miembros. Si la patología pues, afecta uno de esos valores la nulidad será absoluta; y la característica más saliente de esta anomalía es que resulta de pronunciamiento oficioso, inconfirmable e imprescriptible, según lo pregonan los arts. 386 y 387 del CCC.

Decimos que es de pronunciamiento oficioso porque el juez, detectada la anomalía que deviene en nulidad absoluta, debe sacarla a luz, aun cuando ninguna de las partes la haya invocado. A este respecto, advertimos un error en la redacción del art. 387 CCC, dado que dice que la nulidad absoluta “puede” declararse por el juez, y eso no es correcto; no es una mera facultad judicial el decla-

⁸ CIFUENTES, Santos; “Negocio Jurídico”, Ed. Astrea, Bs.As. 1986, pág. 630. MOISSET DE ESPANÉS, Luis; “La nulidad absoluta y su declaración de oficio” J.A. 1980, II, pág. 164. BUTELER CACERES, José A.; “Manual de Derecho Civil – Parte General”, Ed. Advocatus, Córdoba, 2001, pág. 328.

⁹ APARICIO; Juan M. “Contratos – Parte General”, Ed. Hammurabi, Bs.As. 2016, Tomo 2, pág. 186.



rarla una vez detectada, sino que el juez “debe” hacerlo¹⁰. Es pues, una obligación a éste impuesta por la ley.

A su vez, la nulidad absoluta es inconfirmable, porque esta patología no puede subsanarse, es irreversible y letal; indefectiblemente el acto cae sin remedio alguno.

Por último la nulidad absoluta es también imprescriptible; lo que resulta de toda lógica, ya que, si ni la voluntad de las partes pueden hacer revivir el acto con ella viciado, menos aún, *a fortiori*, podría hacerlo el mero transcurso del tiempo. Por otra parte, si pudiera sanearse una falencia de tamaña entidad por el simple devenir, como para superar el orden público, la moral o las buenas costumbres, estándares paradigmáticos, como hemos dicho, menudo favor haría la prescripción a la justicia y a la seguridad jurídica, valores supremos a los que necesariamente debe apuntar todo buen ordenamiento jurídico.

Es cierto que la regla general en materia de prescripción es que todos los derechos se encuentran afectados por ella. Lo sentaba Troplong anotando el art. 2262 del Código Civil Francés (obviamente antes de la reforma de los años 2016 y 2017) en una poética frase, transcrita por Vélez en la nota al art. 4015 del Código derogado: *“Nada puede escapar al imperio de la prescripción: ella excluye todo favor y todo privilegio, y se extiende sobre todos los derechos”*¹¹. Pero, como habíamos expresado, cuando se jaquean valores fundamentales del sistema, la excepción se impone. Ya lo hacía el propio Vélez en el art. 4019 de su Código, cuando, luego de sentar la mencionada regla, enumeraba pormenorizadamente, en seis incisos, las acciones y derechos imprescriptibles. Sin embargo, en dicha nómina brillaba por su ausencia la imprescriptibilidad de la acción de nulidad absoluta, que nos interesa aquí especialmente. Pero la doctrina unánimemente sos-

¹⁰ MOISSET DE ESPANÉS, Luis; “La nulidad absoluta y su declaración de oficio, en J.A. 1980-II-164.

¹¹ El artículo 2262 del Código Civil Francés, se refería en verdad a una prescripción general, para todas las acciones, tanto real como personal. En tal sentido no corresponde exactamente al texto del viejo artículo 4015 de Vélez. Ver al respecto: VENTURA, Gabriel B. y MOISSET DE ESPANÉS, Luis; “Prescripción de la Acción Reivindicatoria” en La Ley Córdoba, 1986, pág. 15-20. También en versión virtual en:

<http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/artprescripcionaccionreivindicatoria>



tenía dicha conclusión¹². El nuevo Código mejora grandemente la situación, ya que en la misma norma que prevé la nulidad absoluta (art. 387), establece la imprescriptibilidad de la acción que la impugna por dicha patología.

IMPORTANCIA DE ESTA CLASIFICACIÓN EN EL ÁMBITO NOTARIAL

En el ámbito notarial es muy importante detenerse a analizar si una patología genera nulidad absoluta o relativa, dado que si estamos en la primera, vano será todo intento de confirmación alguna para reflotar el acto. En efecto, como quedó dicho, la invalidez es en estos casos totalmente irreversible; ello al punto que suele decirse, con cierto eufemismo, que la solución a estos supuestos es la “reproducción del acto”. Aludimos a “eufemismo” porque expresar que hay que reproducir el acto significa, en definitiva, que el acto estuvo tan mal celebrado que hay que hacerlo nuevamente.

Sin embargo, en los casos de reproducción del acto hay ciertas cuestiones que mantienen su validez; un buen ejemplo de ello pueden ser las retenciones que se hubieren practicado con motivo de su celebración viciada. Así tanto el impuesto a los sellos, o a la instrumentación como le denominan algunos tributaristas; las retenciones por impuesto a las ganancias o a la transferencia de inmuebles, podrían llegar a considerarse ya cumplidas frente a la necesidad de la reproducción del acto. Es por ello que, en general, en la doctrina se le da cierta entidad a esta institución bajo la expresión “reproducción del acto”, cuando en verdad, no es sino la total invalidez del instrumento que obliga a otorgarlo nuevamente.

6- ENUMERACIÓN DE LAS NULIDADES INSTRUMENTALES

Solo haremos aquí una enumeración de las normas que las prevén, brindando una brevísima explicación.

¹² BUTELER CÁCERES, José A. “Manual de Derecho Civil – Parte General”, Ed. Advocatus, Córdoba, 2001, pág. 329.



Así, tenemos en primer lugar el art. 290 del CCC, que exige la competencia material y territorial del funcionario autorizante. Si no se cumple con este recaudo, el instrumento pues será nulo, y dicha patología constituirá una nulidad absoluta; inconfirmable, imprescriptible y de pronunciamiento oficioso, según ya vimos (art. 387 CCC).

De la misma norma del art. 290 surge la necesidad de que el acto se encuentre firmado por el oficial público, las partes o sus representantes. Declarándose expresamente que la falta de firma de una de las partes anulará el acto para todas, aun para quienes lo hubieren suscripto. Volveremos sobre esta cuestión en el punto siguiente para un mayor desarrollo.

Igualmente, cuando en el contenido del instrumento apareciera interesado el propio autorizante o sus parientes dentro del cuarto grado por consanguinidad, o segundo por afinidad, estaremos en presencia de otra nulidad instrumental (art. 291 del CCC).

También el acto presentará nulidad instrumental cuando se encuentra alterado, por cualquier medio y sin salvar al final, tal como lo prevé el art. 294. A este respecto creemos que la sanción resulta demasiado gravosa frente a una realidad que no lo merece. Bien podría el funcionario instrumentador haber omitido de buena fe efectuar el salvado. Por eso creemos que era más prudente el pronunciamiento de Vélez en su norma equivalente (art. 989 del CC) que determinaba la anulabilidad del acto en esos casos. Es decir se permitía que, abierto a prueba el cuestionamiento, citado el notario o el funcionario autorizante, éste pudiese declarar que simplemente olvidó efectuar el salvado. Ello atendiendo a que la *ratio legis* es evitar dar validez a la agregación o alteración por un tercero ajeno al instrumento con una finalidad dolosa.

Finalmente, el artículo 305, referido ya expresamente a la escritura pública, complementando lo dispuesto en el art. 301, se determinan, en técnicas de acción y documental, los recaudos exigidos para una escritura pública válida.

7- CONCEPTO DE PARTE INSTRUMENTAL



Este concepto no ha sido trabajado por la doctrina, que una y otra vez aluden a las partes, sin efectuar un importante distingo entre parte en sentido sustancial y en sentido instrumental o formal. Es lo que nos proponemos exponer en este punto.

Como hemos venido viendo, en todo instrumento, sea público o privado, aparecen diferenciados nítidamente dos planos: uno puramente documental o formal, y otro que se relaciona con el acto mismo en su sustancia. Es común que los legos confundan uno y otro concepto. Así cuando indagamos sobre el título de su dominio a un propietario determinado, es probable que éste diga: “mi título es la escritura número... labrada por el escribano...”. Como puede apreciarse en esa respuesta se vincula al título solo con su forma en sentido técnico. Quizás un interlocutor más relacionado a lo jurídico acierte a expresar: “el título de mi propiedad inmueble es la compraventa que le hice al señor Martínez...”, con lo que ya se está aludiendo al acto mismo, al título en sentido material o sustancial. En verdad ambas respuestas son correctas, pero cada una se refiere a un plano distinto del mismo fenómeno, según expresáramos.

A ese respecto habíamos distinguido entre el acto instrumental (el documento) y el acto instrumentado (el contenido o el acto propiamente dicho). Pues bien, esta distinción nos obliga, para una correcta interpretación de las normas involucradas, a adaptar también las expresiones legales según a qué acto este dirigida la norma. Así, cuando una norma regula aspectos formales debe interpretarse conforme a los aspectos también formales o instrumentales; mientras que si la norma determina exigencias materiales o sustanciales la interpretación debe armonizarse con los elementos del acto y no del instrumento.

Estas disquisiciones son fundamentales para interpretar que cuando el legislador se refiere a “las partes” en el art. 290, inciso b, también lo hace diferenciando la regulación de los aspectos formales, de las que apuntan a la sustancia misma del acto.

Así, diremos que “parte” en sentido sustancial evoca a los titulares del contrato acuerdo o solicitud de que se trate, tal como enumera el art. 1023 del CCC en materia de contratos. Comprador, vendedor, co permutantes, acreedor hipotecario, donante, donatario, etc. son ejemplos indiscutidos de parte en sentido mate-



rial o sustancial. Estos sujetos con los que hemos ejemplificado son partes de un negocio; a su respecto se aplicarán los recaudos y exigencias sustanciales: las normas sobre la capacidad negocial (art. 24, 25 y ss. CCC); igualmente el acto estará sometido a todas las exigencias sustanciales que regulan la figura, por ejemplo en la compraventa (art. 1123 del CCC) habrá de exigirse la determinación de los sujetos, del objeto, el precio, etc.

Cuando es una norma formal la que regula aspectos de las partes, estimamos que debe adecuarse también a lo instrumental. Así, cuando el art. 290 del CCC, inciso b) determina como recaudo de validez de los instrumentos públicos la firma de las partes, justamente por tratarse de una exigencia formal no apunta al acto instrumentado (la previsión del art. 1023 ya citado), sino al acto instrumental; es decir a lo puramente formal. Obviamente en estos casos la norma no se está refiriendo a comprador o vendedor, ni a co permutantes, ni a donante o donatario. Se está refiriendo pues a parte en sentido formal que va a ser, en nuestra opinión, todo el que aparezca mencionado como presente en el instrumento.

Un ejemplo muy clarificador en el que un sujeto es parte instrumental y no parte negocial o sustancial lo constituye el cónyuge asintiente. Nos referimos al asentimiento exigido por el art. 470 CCC en los actos de disposición de bienes gananciales, o inmuebles propios que son vivienda familiar. El cónyuge asintiente no es parte del negocio. Justamente criticábamos la norma anterior del Código derogado (modificado por ley 17711) cuando exigía el consentimiento, pues el cónyuge no consiente, sino que solo asiente con el acto celebrado por el otro esposo, que sí es parte del acto. El asentimiento no transforma en parte sustancial al cónyuge que lo presta; pero constituye parte en el sentido instrumental.

Así, si falta el asentimiento conyugal en un acto instrumentado que lo exige, conforme a lo sentado en el art. 470 CCC, desde el punto de vista formal ese acto no presenta patología alguna porque el cónyuge no es parte del negocio, más allá de que será nulo en lo sustancial por la remisión que efectúa esta norma al dispositivo del art. 456 CCC que así lo sanciona. Esa nulidad es sustancial y será susceptible de ser subsanada por un acto complementario en la que se produzca el asentimiento.



Si en cambio, el cónyuge concurrió a la audiencia notarial, el escribano dejó sentada su presencia, y dice que suscribió el acto, pero no aparece su firma en él, el acto será nulo por aplicación del artículo 290, inciso b, y art. 305, inc. f, ambos del CCC. Ello es así porque todo asistente a la audiencia que resulte mencionado en el acto y que el notario haga suscribir, es parte formal o instrumental. Se tratará pues, de una nulidad instrumental y, como tal, resultará absoluta, inconfirmable, imprescriptible y de pronunciamiento oficioso. Obvio que esta patología debe surgir de su matriz, no de su testimonio.

Otro ejemplo que podríamos brindar se presenta cuando el padre dona a uno de sus hijos y el notario aconseja la presencia de los hermanos de éste para que expresen su conformidad. Más allá de las reflexiones que nos merezcan la participación de estos otros sujetos, la irrenunciabilidad de las legítimas por el orden público imperante en esta institución (art. 1010 y 2449 del CCC), es indudable que quienes vienen a expresar esa conformidad no son parte del acto en sentido negocial. Pero si el notario anuncia su presencia, dice que suscriben el acto, mas no aparecen sus firmas estampadas en el documento, ese instrumento será irremediamente nulo. Los hermanos, en el ejemplo expresado, constituyen pues parte en sentido instrumental.

Sabemos que esta posición, que consideramos la correcta, sufrirá la crítica de ensalzar la nulidad por la nulidad misma, pero en los actos con forma escritura pública ésta debe cumplir con todos los recaudos de validez, tanto formales como sustanciales; y la falta de firma de uno de los comparecientes es un tema que no puede analizarse someramente. Para más la norma del art. 305, inc. f, (norma refleja del 290, inc. b) apunta a la patología de manera más correcta, pues no habla en verdad de “partes” sino de “otorgantes” lo que lo ubica en un marco de mayor amplitud. También es menester hacer hincapié en la sentencia que pronuncia el art 290 inc. b, que explica detalladamente que ante la falta de firma de una de las partes “... *el instrumento carece de validez para todos*”¹³. Resaltamos igualmente de este último dispositivo, amén de la contundente condena, el hecho de

¹³ Lo mismo ocurría en el Código de Vélez en el art. 988 referido a instrumentos públicos en general. Decía el Codificador allí: “*Si alguno o algunos... no lo firmasen, el acto sería de ningún valor*”



que no habla de acto, sino de instrumento, lo que refuerza nuestra teoría. En nuestra opinión, las normas que regulan esta situación hacen claramente el distinción entre parte instrumental y parte sustancial.

8- LA CONVERSIÓN COMO SANEAMIENTO

Ya habíamos referido muy brevemente a la conversión al comienzo de este trabajo. En algunos supuestos el legislador prefiere, antes que aniquilar por completo el acto que no cumple con las exigencias legales o las transgrede directamente, darle un valor diferente, obviamente un tanto menoscabado, de lo contrario se estaría premiando un incumplimiento o una transgresión. Es así como aparece la llamada “conversión”.

La conversión puede operar su efecto saneatorio tanto en lo sustancial, como en lo formal, pero siempre respecto de cuestiones en las que no estén en juego los estándares que llevan a la nulidad absoluta; nos referimos a lo dispuesto en el art. 386 CCC: el orden público, la moral y las buenas costumbres.

Varios son los fundamentos que nos permiten ver con cierta simpatía esta figura. Para empezar solo funciona respecto de las patologías que generarían nulidades relativas, como ya expresáramos, no afectará jamás el orden público. También aporta lo suyo para defender la conversión, el principio “*nemo alteri stipulare potest*” (art. 1021 CCC) que hace que los contratos solo tengan efecto relativo y no puedan obligar ni perjudicar a terceros. La prohibición de volver sobre sus propios actos “*venire contra factum proprium nulli conceditur*” también ayuda a obligarse recíprocamente los co contratantes a aceptar pacíficamente el efecto de la conversión. Este efecto, emergente de la teoría de los propios actos que tanto ha hecho decir a la doctrina, tiene hoy recepción en el art. 1067 del CCC, y consideramos muy positiva esa admisión.

Otro aspecto que estimamos brinda un fundamento sólido a la conversión es la actitud, casi obsesiva, por mantener con vida las relaciones jurídicas. Sin dudas está en juego aquí la libertad como valor jurídico. Hoy, esta cualidad se

para todos los que lo hubiesen firmado”. ¿Se atreverán también a decir que Vélez apreciaba la



pone legalmente de manifiesto en el llamado “principio de conservación del acto” que, si bien hunde sus raíces en el derecho administrativo, ha llegado también al plano civil, en el ámbito contractual, en el art. 1066 del CCC. En efecto, el dispositivo referido dice: *“Si hay duda sobre la eficacia del contrato, o de alguna de sus cláusulas, debe interpretarse en el sentido de darles efecto. Si esto resulta de varias interpretaciones posibles, corresponde entenderlo con el alcance más adecuado al objeto del contrato”*.

CONVERSIÓN FORMAL Y MATERIAL

Conforme a lo expuesto, respecto de los dos planos que pueden vislumbrarse claramente en un documento, el acto instrumental y el acto instrumentado (continente y contenido), podemos distinguir una conversión que apunta a la forma, la conversión formal, y otra que apunta al contenido negocial del acto, en cuyo caso se hablará de conversión material o sustancial. La primera, ante un incumplimiento formal que generaría nulidad, evita aniquilar completamente el instrumento y lo transforma en otro de especie diversa; la segunda en cambio, procura mantener el acto nulo, en cuanto a su contenido, transformándolo en otro válido, con efectos similares.

Como ya habíamos adelantado, ni el instrumento ni el acto resultan saneados por la conversión, pero sí en cambio se atenúan sus adversos efectos, que aunque menoscabados, resultan de algún paliativo si se lo compara a la nulidad total.

La conversión formal es la que morigera los efectos aniquilatorios de una nulidad instrumental. Remarquemos que la forma está contenida en una norma básica y regida por el principio de la libertad. En el art. 284 CCC se prevé que si la forma no resulta específicamente exigida las partes pueden acudir a la que les parezca conveniente; pero si, en cambio, el legislador exige una en particular y las partes no acataran el mandato, el acto será nulo pero puede llegar a producir otro efecto.



Lo expresado surge de varias disposiciones, comenzando por el art. 285 CCC, que se refleja igualmente en los artículos 969 en materia de contratos, 1669 respecto del contrato de fideicomiso y en el art. 1018 en materia de la forma escritura pública exigida en el art. 1017 CCC. Esta aparente reiteración de principios, que no consideramos del todo mala, no es más que la consecuencia del fenómeno que hemos denominado “normas reflejas”. Cuando una institución se encuentra, como especie, dentro de otra más general, es común que el legislador reitere el principio rector que se da para todos los elementos del género. Por ejemplo, los contratos son actos jurídicos, por ello advertimos normas reflejas en ambos institutos: en los actos jurídicos el art. 285 CCC y en los contratos en el art. 969.

El ejemplo más característico de conversión formal, se da cuando por exigencia legal el acto debe otorgarse en escritura pública, por ejemplo una compraventa de inmueble (art. 1017 del CCC). Si no se cumple con esta solemnidad estaremos en presencia del llamado “boleto de compraventa”, aunque las partes no lo hubieran nominado así, y que, conforme a las normas ya citadas (285, 969, 1018 del CCC), no generará los efectos propios que serían transferir el dominio de la cosa al comprador, lo que fue intención de las partes; pero sí, en cambio, brindará acción suficiente a ambos contratantes, para obligarse al cumplimiento de la forma exigida¹⁴.

Otro ejemplo valedero de conversión formal podría darse en el caso de los contratos verbales. Sabemos que el CCC expresa que los contratos que, por los usos y costumbres sea necesario instrumentar por escrito (instrumento público, privado o particular, arts. 286 y 287 CCC), no pueden probarse por testigos. Es lo que surge del art. 1019, *in fine*, del CCC, y aunque la norma no lo diga expresamente, nacen de ese dispositivo los llamados “contratos verbales”. Pues bien, en nuestra opinión, si un contrato verbal pudiera probarse, esa acreditación generaría la acción para exigir la forma escrita, conforme al dispositivo general del art. 285 CCC.

¹⁴ VENTURA, Gabriel B.; “El Boleto de Compraventa”, En Abledo Perrot, Córdoba, Mayo 2009, Doctrina, pág. 477. “El Boleto de Compraventa frente al embargo del vendedor”, en Jurisprudencia



En el Código de Vélez la situación apuntada estaba expresamente consagrada en su art. 1188, que expresaba: “Los contratos que debiendo ser hechos por instrumento público o particular, fuesen hechos verbalmente, también quedarán concluidos para el efecto designado en el artículo anterior”. Para completar el pronunciamiento recordemos que el “artículo anterior” al que se refiere el dispositivo era el que convertía el contrato en generador de la obligación de escriturar, conforme lo sostiene hoy el art. 1018 del CCC. A pesar de no tener consagración legislativa expresa en el CCC, estimamos que, conforme lo decimos en el párrafo precedente, la prueba del contrato verbal, generaría la de hacerlo por escrito cuando ello fuera de costumbre, de acuerdo a lo normado en el citado art. 1019.

Otro tipo de conversión formal, de efectos mucho más audaces, si se nos permite la expresión, se da cuando un instrumento público no cumple con las exigencias formales de esta especie. A diferencia del supuesto anterior, en este caso se cumple con la escritura pública, el resolutive judicial o el instrumento administrativo, pero a estos documentos se le reprocha un incumplimiento formal que lo aniquila. Ya la conversión puede no generar la obligación de formalizar una escritura, sino que directamente el acto va a valer como instrumento privado. El legislador, como varias veces hemos expresado, considera demasiado gravoso dejar sin ningún efecto lo actuado y, frente a la patología que impide un instrumento público válido, prefiere darle el valor de instrumento privado.

Es el artículo 294 CCC, al que ya nos hemos referido criticando su contundente pronunciamiento de nulidad cuando el documento se encuentre alterado y sin salvar al final por el instrumentador. Esta norma pues, en su párrafo final, agrega: “*El instrumento que no tenga la forma debida vale como instrumento privado si está firmado por las partes*”. Ya Vélez, en el art. 987 de su Código, dictaba algo similar; pero quizás con más liviandad aún, ya que expresaba que ese efecto tendría “... *aunque no tenga las condiciones y formalidades requeridas para los actos extendidos bajo formas privadas*”.

Puesto que se trata de una conversión formal, el artículo 294 *in fine* exige que cumpla todos los recaudos sustanciales. La falta de firma impediría que pu-



diéramos tan siquiera referirnos a documento privado; puesto que, como surge del art. 287, primer párrafo, para serlo exige imprescindiblemente ese requisito. Si no estuviese firmado será un instrumento particular, según regula la norma citada, y por ello tendrá un ínfimo valor probatorio que depende casi en su totalidad de su entorno (art. 319 CCC).

Nos preguntamos ahora si podría plantearse la conversión del instrumento público en instrumento particular, cuando no estuviese firmado por las partes. Puesto que esa especie documental existe en nuestro derecho y se presenta cuando se trata de un instrumento privado no suscripto por las partes, bien podría pensarse que se convierte en tal, ante la falta de firmas. Entendemos que ello no ocurre dado que lo expresado en el 294 es un supuesto de excepción y, como tal, la norma que lo prevé debe interpretarse en sentido estricto; si el legislador hubiese querido que así fuere, lo hubiese consignado expresamente en la norma.

La conversión sustancial o material, es decir cuando se apunta estrictamente al contenido del acto, se da cuando por una causa de fondo el acto no puede tener validez; por lo que el legislador, atendiendo a los principios que ya hemos esbozado, sobre todo el de la conservación del acto (art. 1066 CCC), procura al acto nulo darle otro efecto sustancial. Sin dudas hay aquí una gran dosis de intromisión del legislador en la voluntad de las partes, y ello, en nuestra opinión, torna su pronunciamiento muy conflictivo.

Es el art. 384 del CCC el que prevé la conversión sustancial. Dice el precepto que “El acto nulo puede convertirse en otro diferente válido cuyos requisitos esenciales satisfaga, si el fin práctico perseguido por las partes permite suponer que ellas lo habrían querido si hubiesen previsto la nulidad”. La redacción en hipotético del artículo transcrito nos libera de fundar la intromisión a la que nos referíamos. El legislador se da el lujo de suponer, en algunas circunstancias, que las partes hubieran preferido la validez de otro acto con unos otros efectos, antes que la nulidad.

Advertimos en esta norma que no alude solo a cuestiones sustanciales, pero las deja entrever al no hacer el *distingo* (“*ubi lex non distinguit, nec nos distin-*



guere debemus”), sería dable hacerla aplicable tanto a las falencias formales como a las materiales.

Como ejemplo de este tipo de conversión, de dudosa aplicación según ya opináramos, podría darse en el caso de constitución de un derecho real de uso o de habitación. Como sabemos estos derechos reales solo pueden ser constituidos a favor de persona humana (arts. 2154 y 2158 CCC); pero imaginemos que, por impericia el las partes e inadvertencia del instrumentador, lo hacen a favor de una persona jurídica. Bien podría, en estos casos, transformarse (convertirse) en una locación por el tiempo previsto en el título para el derecho real, o para el máximo legal de la locación (veinte o cincuenta años, conforme al art. 1197 del CCC). Ahora bien, ya se advierte la conflictividad a la que habíamos aludido en este ejemplo; porque no es lo mismo ser locador que nudo propietario, ni locatario que usufructuario. Adviértase, entre otras diferencias, que el locador garantiza el uso y goce de la cosa locada (art. 1201 y 1203 del CCC), mientras que no pesa dicha garantía para el nudo propietario. Por eso no creemos que la norma pueda imponerse sin un previo acuerdo saneatorio¹⁵.

9- INEFICACIA FUNCIONAL

Habíamos adelantado que la doctrina moderna parte de las ineficacias, dentro de cuya generalidad se encuentra la nulidad (ineficacia estructural) que acabamos de desarrollar en los puntos precedentes. Pues bien, ahora nos ocuparemos de las ineficacias funcionales, que deben su nombre a que en verdad no se invalida el acto, sino que solo se enerva su función o ejecución. La característica más diferenciadora de la ineficacia funcional, con respecto a la nulidad, radica en que en aquella el motivo o causa de la pérdida de valor ejecutivo deviene con

¹⁵ En el ejemplo dado es de aplicación el art. 1884 CCC que prohíbe la configuración de un derecho real modificando la estructura legal. En el Código de Vélez el pronunciamiento equivalente era más didáctico. En efecto, en el art. 2504 de su Código, Vélez determinaba que *“Los derechos reales solo pueden ser creados por la ley. Todo contrato o disposición de última voluntad que constituyese otros derechos reales, o modificase los que por este Código se reconocen, valdrá solo como constitución de derechos personales, si como tal pudiese valer”*.



posterioridad al nacimiento del acto ineficaz¹⁶. Es decir, el acto nace plenamente válido y con el poder suficiente para legitimar las acciones o derechos que motivaron su generación; pero por una circunstancia posterior pierde su ejecutividad. En la nulidad, en cambio, la causa es congénita y afecta su estructura¹⁷.

A estos efectos conviene tener presente que no todas las ineficacias funcionales son patológicas; algunas, que hemos calificado de “agotamiento”, son, por el contrario, resultado de la plena realización de sus motivos; tal es el caso en que un mandato pierde ejecutividad futura por haber cumplido fiel y plenamente con sus fines. Un sujeto confiere poder a otro para ejecutar en su nombre un acto; cuando dicho cometido se cumple, el instrumento y el acto pierden ejecutividad por agotamiento. A este respecto, nos agrada que el nuevo CCC en su art. 380 inciso a), a diferencia del de Vélez, prevea expresamente que el poder se extingue “... por el cumplimiento del o de los actos encomendados por el apoderamiento...”. Como puede advertirse el acto no solo nació válido, sino que seguirá siéndolo, a diferencia de la nulidad que exige una causa congénita. Pero, al mismo tiempo, adviértase que no ha perdido totalmente todo su valor funcional; lo mantiene para sostener la habilitación del acto otorgado; por ello el art. 307 del CCC, en el ámbito notarial, exige la agregación al protocolo de los documentos habilitantes; para que cuando un futuro intérprete acuda a dicha causa, pueda verificar también, merced a la agregación, que el otorgante (vendedor, comprador, donante o donatario), estaba perfectamente habilitado para protagonizar el acto jurídico.

Lo que acabamos de expresar nos permite advertir que hay una funcionalidad activa, cuando el instrumento exige ser ejercido en el acto, y una funcionalidad o ejecutividad pasiva, que se pone de manifiesto al sostener o integrar la habilitación de la causa que originó. Se advierte que esta última es una eficacia ya ejecutada, pero que persiste infinitamente en el tiempo para sostener la plena validez del acto otorgado.

¹⁶ Tanto es así que algunos autores efectúan la distinción entre ineficacia estructural e ineficacia funcional aludiendo a “ineficacia inicial o sobrevenida”; ver APARICIO, Juan M. “Contratos – Parte General”, Ed. Hammurabi, Bs.As. 2016, Tomo 2, pág. 186.

¹⁷ ZANNONI, Eduardo A.; “Ineficacia y Nulidad de los Actos Jurídicos”, Ed. Astrea, Bs. As. 2000, pág. 125 y 126.



La misma situación se plantea cuando un propietario transfiere su dominio. Una vez operada la transferencia su título pierde toda eficacia ejecutiva, pero no su validez, que se mantendrá *sine die* a los fines de sostener el encadenamiento del tracto sucesivo. Para ello es menester recordar una vez más que estamos inmersos en un sistema causal, en el que los títulos no se desprenden jamás del derecho que han hecho nacer y reflejarán, tanto en lo sustancial, como en lo registral un perfecto encadenamiento o tracto sucesivo. (arts. 281, 282, 726 y 1013 del CCC y art. 15 y 16 de la ley 17.801).

En materia de títulos notariales el agotamiento se logra, en lo gráfico, cuando el notario inserta la nota marginal respectiva en el título que acreditaba el dominio transferido, según exigencia de la ley Orgánica Notarial 4183, art. 66 (Ley Orgánica del Notariado de Córdoba). Esa nota determina con precisión el agotamiento de dicho título¹⁸.

Con estas aclaraciones previas, podemos distinguir distintas causas de ineficacias funcionales:

ESTERILIDAD: Esta causal de ineficacia se da cuando, en un contrato traslativo, por caso fortuito o fuerza mayor, se pierde la cosa cierta objeto de la prestación (art. 955 del CCC); cuando el objeto legado deja de estar en el patrimonio del testador (art. 2516 del CCC); cuando se trata de una obligación sometida a condición suspensiva que no se cumple o a una condición resolutoria que acaece (arts. 348 y 349 del CCC). En los casos de condición suspensiva incumplida o resolutoria cumplida, alguna doctrina utiliza la expresión “eficacia o inefica-

¹⁸ Es importante tener presente el efecto práctico de este marginal. Con el correr del tiempo hemos notado una cierta flexibilización a la hora de interpretar esta obligación; sobre todo en las generaciones más jóvenes. El incumplimiento de la norma, no solo respecto a la nota de transferencia, sino también de las que correspondan a gravámenes o afectaciones producidas en el derecho instrumentado, pueden generar daño y, por ende, responsabilidades al notario incumplidor. El efecto del agotamiento logrado mediante la nota marginal en el título que circula impide que el anterior titular pueda hacer valer su derecho ya inexistente, como acreditación de solvencia o sustento de transferencias posteriores, aprovechando un error registral, por ejemplo. La oportuna nota formará parte de la llamada “publicidad cartular”, que es complementaria de la información registral (art. 23 ley 17.801) y evitará en gran medida el engaño a terceras personas.



cia pendiente”, tomada de la doctrina alemana; puesto que en ambos casos el acto subordina su eficacia a un acontecimiento futuro e incierto¹⁹.

RESCISIÓN BILATERAL: Cuando la extinción de los efectos del acto jurídico se hace por acuerdo de partes hablamos de rescisión bilateral, también llamada “distracto” (art. 1076 del CCC). Para explicar esta figura extintiva, López de Zavalía expresa: “*Lo que el consensus puede hacer, el contrario consensus puede destruir*”. La más elemental lógica acude a fundar su posibilidad. Si las partes pudieron contratar, igualmente podrán distractar.

En verdad no sería dable hablar de rescisión cuando la decide una sola de las partes, ni de revocación cuando la misma ha sido pactada, según veremos. Por eso Zannoni, criticaba el art. 1200 del Código de Vélez que expresaba que las partes podían “... *por mutuo consentimiento, revocar los contratos, por las causas que la ley autoriza*”²⁰

EFFECTO “EX NUNC”: Esta forma de extinción no puede alterar los derechos de los terceros de buena fe; y, salvo pacto en contrario, solo producirá efectos “*ex nunc*”, es decir para lo futuro, a diferencia de la revocación, rescisión unilateral y la resolución, que tienen efecto retroactivo (“*ex tunc*”).

REVOCACIÓN: Se habla de revocación cuando en los actos unilaterales el otorgante decide extinguir sus efectos. A diferencia de la rescisión o distracto, en la revocación no hay acuerdo de parte, puesto que el nacimiento mismo del acto tampoco lo requirió; fue unilateral. Son ejemplos típicos de esta causal de ineficacia un testamento o un apoderamiento; sea por distanciamiento afectivo con el beneficiario del testamento, sea por la pérdida de confianza en el apoderado, el otorgante del acto decide voluntariamente revocarlo (arts. 2511 y 380 inciso c del CCC). Adviértase que hemos expresado “apoderamiento” justamente para sacar la revocación del ámbito de los mandatos, puesto que, como sabemos, el mandato es un contrato (art. 1319 CCC) y, como tal, exigiría acuerdo de partes para dejarlo sin efecto. Sabemos también que es común confundir el poder con el manda-

¹⁹ ZANNONI, Eduardo A.; “Ineficacia y Nulidad de los Actos Jurídicos”, Ed. Astrea, Bs. As. 2000, pág. 130. APARICIO, Juan M.; “Contratos – Parte General”, Ed. Hammurabi, Bs.As. 2016, Tomo 2, pág. 187.

²⁰ ZANNONI, Eduardo A.; “Ineficacia y Nulidad de los Actos Jurídicos”, Ed. Astrea, Bs.As. 2000, pág. 128.



to, por eso nuestra aclaración. Si bien en la generalidad de los casos el mandato suele conferir poder de representación, en cuyo caso se aplican las normas relativas a ésta (art. 1320 CCC *in fine*) no siempre es así. El poder de representación podrá revocarse, (art. 380 inc. c) mas no el contrato mismo que seguirá vinculando a las partes hasta su extinción (art. 959 CCC). Hasta podría darse el caso en que el mandatario quisiera ejecutar el contrato a los fines de obligar al mandante a restituir gastos o saldar honorarios con motivo del mismo.

RESCISIÓN UNILATERAL: A pesar de la contundencia con que nos hemos expresado en los precedentes párrafos, cabe aclarar que bien pudieron las partes haber previsto en el contrato la posibilidad de que una sola de ellas decida la revocación; con lo cual ya no sería dable hablar de falta de acuerdo. Es respecto de estos supuestos que la doctrina suele referir a “Rescisión Unilateral”, que, sin dudas, es el supuesto al que acude el legislador cuando en el art. 1077 CCC, bajo el título de “*Extinción por declaración de una de las partes*”, se determina que “*El contrato puede ser extinguido total o parcialmente por la declaración de una de las partes, mediante rescisión unilateral..., en los casos en que el mismo contrato, o la ley, le atribuyen esa facultad*”.

RESOLUCIÓN: Esta causal de extinción, también funciona solo en los actos bilaterales, y su característica más saliente es que opera con efectos retroactivos, en caso de incumplimiento de una de las partes, salvo los derechos de los terceros que no podrán verse perjudicados.

Los casos más típicos son los pactos comisorios, sea el expreso previsto en el art. 1086 CCC, es decir cuando hay previsión en el mismo acto respecto a que si una de las partes no cumple la otra podrá resolverlo, o sea el pacto comisorio tácito o implícito, como le denomina el art. 1087 CCC.

EFFECTOS “EX TUNC”: Como quedó dicho el efecto típico de la resolución es que elimina la eficacia del acto con efecto retroactivo, como si nunca hubiese existido, por lo que las partes deberán restituirse lo que se hubieren entregado con motivo de las prestaciones comprometidas y cumplidas, conforme a lo prescripto en el art. 1079, inc. b) y 1080 del CCC. Siempre quedan a salvo los derechos de los terceros, según también ya habíamos expresado.



10- LA INOPONIBILIDAD

Para referirnos a la inoponibilidad tenemos que comenzar por aceptar una cierta alteración de la lógica. En efecto habíamos adelantado que la figura de la inoponibilidad parecía alterar algunos principios de dicha disciplina, pues el acto aparece existiendo para ciertas personas, pero no para otras (es y no es al mismo tiempo).

En forma genérica el Código Civil y Comercial alude a la inoponibilidad en el art. 396 que expresa que “*El acto inoponible no tiene efectos con respecto a terceros, excepto en los casos previstos por la ley*”.

ESTIPULACIÓN POR TERCERO: Una de las causales de inoponibilidad se da por aplicación del principio “*Stipulare alteris nemo potest*” (Nadie puede estipular por otro) establecido en el art. 1021 del CCC. Este principio quita todo efecto jurídico a una cláusula que lo transgreda; pero solo respecto del estipulado, ya que las partes pueden quedar vinculadas con dicha convención. Puede ocurrir que la parte se haya comprometido a convencer o interesar al tercero para que acepte la obligación que él no consintió originariamente; pero si ha garantizado que el tercero aceptaría, queda obligado a obtener la prestación del tercero o a responder personalmente en caso de que éste no acepte, según el art. 1026 del CCC. Pero, tal como anunciamos, lo convenido entre las partes es inoponible al tercero. Para éste el contrato que pretende vincularlo es una “*res inter alios acta*” (Cosa realizada entre otros, o entre ajenos) que, para sí, no existe.

Obviamente, como es dable suponer, se aplica esta causal de inoponibilidad cuando una de las partes invoca una representación voluntaria inexistente por parte del tercero, o cuando existiendo un mandato, el mandatario se excede en sus atribuciones y utiliza el instrumento para realizar un acto que no está autorizado. Veremos en el apartado siguiente que tal situación de ineficacia se subsana mediante la ratificación (art. 369 y 1025 *in fine* del CCC).

ACTOS EJECUTADOS EN FRAUDE: Nos referimos al sentido técnico de la expresión, al fraude pauliano; que está previsto en el art. 338 del CCC; es decir cuando el deudor, con la finalidad de evadir el pago a su acreedor, transfiere sus derechos a un tercero, o renuncia a las prerrogativas que hubieran mejorado su



situación patrimonial. Obviamente, tal como estaba previsto también en el Código de Vélez, se exige que la causa del crédito sea anterior al acto fraudulento, que haya connivencia entre el deudor y el tercer adquirente (*“concilium fraudis”*) y que, mediante la celebración del acto, se haya colocado realmente en insolvencia el deudor (*“eventus damni”*), art. 338 CCC. Pues bien, en estos casos el acreedor queda legitimado para iniciar la acción revocatoria de fraude o *“pauliana”*²¹. Pero, ante el triunfo de esta acción, el acto no se anula respecto de todos (*“erga omnes”*), sino solo atendiendo al crédito del actor; tendrá efecto reducido solo para el triunfante (*“erga aliquis”*). El acto agredido por el acreedor subsiste, sin embargo, para el resto de la comunidad ajena a la acción. Ello es así porque la finalidad de este procedimiento es justamente que el acreedor pueda cobrarse por vía compulsiva el crédito no saldado, ello en aplicación del art. 724 y 730 CCC, entre las normas que perfilan nuestro ordenamiento dentro de la llamada responsabilidad patrimonial. Para el actor la venta o la renuncia de derechos pergeñados en fraude por el mal deudor, serán totalmente inoponibles, por lo que el actor triunfante podrá ejecutar la cosa como si el deudor siguiera siendo el dueño o el titular de los derechos que fueren.

ACTOS DOCUMENTADOS SIN FECHA CIERTA: Otro supuesto de inoponibilidad se produce cuando el documento que procura ejecutarse en contra de un sujeto no tiene fecha cierta; obvio es que nos referimos al caso en que la fecha fuera crucial para legitimar alguna acción o excepción. Corresponde remarcar que la expresión “fecha cierta” tiene en el mundo del derecho una connotación diferente a la que podría deducirse de su sola expresión. El término se ha apocopado para referir a la fecha que puede enfrentarse a alguna pretensión de un tercero ajeno al acto mismo. Porque entre las partes, el documento tiene la fecha que aparezca en él. Hasta podríamos admitir las expresiones “fecha cierta entre las partes” o “fecha cierta respecto de todos”. Recordemos que el efecto jurídico de la firma (art. 288 CCC) es que, una vez reconocida por su autor, o dada por

²¹ El nombre *“Acción Pauliana”* obedece a que fue perfilada por el sabio jurisconsulto romano Paulo Julius Paulus Prudentissimus, uno de los cinco autores mencionados en la constitución de Teodosio II y Valentiniano III, publicada en 426 y conocida como Ley de Citas. (PETIT, Eugene, “Tratado Elemental de Derecho Romano”, Ed. Araujo, Bs.As. Traducción de la 9ª Edición francesa por Manuel Rodríguez Carrasco, pág. 47, 48.



reconocida por éste, vuelca su efecto de no repudio sobre todo el contenido documental; en razón de lo cual no podría el suscriptor aducir fecha diferente a la aparece en el instrumento.

Diferente es lo que ocurre respecto de los terceros ajenos a la celebración del acto; para éstos una fecha consignada en un acto privado resulta totalmente inoponible, ya que puede no ser cierta. Sin embargo cuando estemos en alguno de los supuestos que, en forma genérica, prevé el art. 317 del CCC el acto será perfectamente oponible pues habría adquirido fecha cierta en los términos que hemos expresado.

Los casos en que se hace aplicable esta inoponibilidad se dan cuando el tiempo de celebración resulta de trascendencia para hacer valer los derechos. Por ejemplo, la afectación a vivienda (art. 249 CCC); el boleto de compraventa frente a acreedores que hayan trabado cautelares sobre el inmueble comprometido (art. 1170 CCC, en especial el inc. c); etc.

ACTO REGISTRABLE NO INSCRIPTO: Si el sistema jurídico exige que ciertos derechos sobre ciertos bienes deba ser inscripto, la consecuencia de su omisión será la inoponibilidad. Tal ocurre en el Registro Inmobiliario, según lo sienta expresamente el art. 1893 del CCC, que expresa: *“La adquisición o transmisión de derechos reales constituidos de conformidad a las disposiciones de este Código no son oponibles a terceros interesados y de buena fe mientras no tengan publicidad suficiente...”*. El Código genera, como una verdadera expresión técnica, el concepto de “publicidad suficiente”, que respecto de la dinámica constitutiva de los derechos reales, se agrega al de “título suficiente” y “modo suficiente”, que apunta a dar a conocer, o a hacer cognoscible por los terceros, determinados derechos. En el caso de los derechos reales, con su típica oponibilidad *“erga omnes”*, ello será de rigor para la plenitud de su ejercicio²². Dicha publicidad suficiente exige la posesión para las cosas muebles no registrables y la inscripción para los inmuebles o para las cosas muebles registrables (arts. 1890 y 1893, 2do. párrafo del CCC). Siempre resultará oponible el derecho, aún sin publicidad, para quienes por cualquier circunstancia conocieren la situación; ello por imperio



del principio de buena fe, que el CCC exige en forma general en su art. 9, y particularizadamente para estos supuestos en el mismo artículo 1893 ya citado, que alude a terceros interesados de buena fe.

En conclusión, volviendo a nuestro tema: la inoponibilidad, un derecho no registrado será inoponible para los terceros de buena fe²³.

INOPONIBILIDAD DE DONACIÓN INOFICIOSA: Esta causal de inoponibilidad se produce cuando un heredero preterido acciona por reducción; si el causante hubiere donado alguno de sus bienes, hiriendo con dicho acto su porción legítima, consideramos que correspondería referirse, en esta situación, a la inoponibilidad de dicho acto para el lesionado, según lo establecido en el art. 2386 del CCC. Es más, si el donatario, a su vez, hubiese constituido derechos reales sobre la cosa: transferencia de dominio, usufructo, hipoteca, prenda, etc., tales derechos serán también inoponibles al heredero lesionado en su porción legítima. Es por ello que el art. 2457 del CCC determina la extinción automática de tales derechos a favor del legitimario agredido. Dice la norma citada que *“La reducción extingue, con relación al legitimario, los derechos reales constituidos por el donatario o por sus sucesores”*.

Lo importante a destacar en estas situaciones, muy reprochable por cierto, es que el legislador no ha tenido en cuenta para generar tan contundente efecto la buena o mala fe del tercer adquirente. No estamos de acuerdo con el pronunciamiento legal, que hasta genera un efecto reipersecutorio aun respecto del adquirente a título oneroso, sin atender a la buena fe de dicho tercero. Tampoco creemos que haya mala fe por el solo hecho de conocer éste que, entre los antecedentes de la cosa adquirida, hubo un título gratuito, donación u otra liberalidad²⁴.

²² VENTURA, Gabriel B.; “Ley 17.801. Registro de la Propiedad Inmueble. Comentada. Anotada”, Ed. Hammurabi, Bs.As. 2009, pág. 340, 341.

²³ El texto del art. 1893 del CCC mejora considerablemente el art. 20 de la ley 17801 que solo alude a las partes, el instrumentador y los testigos del acto. MOISSET DE ESPANÉS, Luis; en su “Dominio de Automotores y Publicidad Registral”, Ed. Hammurabi, Bs.As. 1981, pag. 205, a propósito de esta falencia el Maestro Cordobés expresaba: *“Nos podemos preguntar si no sería extensiva esta oponibilidad, pese a la falta de registración, contra todos los terceros que tienen conocimiento efectivo del acto, aunque no hayan intervenido en él, basándonos en el principio de la buena fe, que debe inspirar a todo ordenamiento jurídico”*.

²⁴ Ver sobre el tema nuestro “Donaciones - Necesidad de modificar el art. 2458 del Código Civil y Comercial”, en Revista Notarial de Córdoba, N° 94, pág. 205.