

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

RÉGIMEN DE LAS NULIDADES EN EL CÓDIGO Y EN LA REFORMA

PATRICIO J. RAFFO BENEGAS

SUMARIO

I. Concepto y clasificación de las nulidades. - II. Efectos de las nulidades de los actos jurídicos antes de la reforma. - III. Efectos de la nulidad de los actos jurídicos en la ley 17711.

I. CONCEPTO Y CLASIFICACIÓN DE LAS NULIDADES

1. Concepto de nulidad. Para que nazcan a la vida del derecho, los actos jurídicos requieren la concurrencia de una serie de elementos esenciales, establecidos expresa o tácitamente por el legislador, pues una vez cumplidos, la ley les asigna ciertos efectos.

Cuando en la formación de los actos jurídicos falta alguno de sus elementos constitutivos exigidos por la norma de derecho imperativo, la ley sanciona esta imperfección del acto, privándolo de sus efectos propios.

Por ello se ha definido a la nulidad como una sanción legal que priva de sus efectos propios o normales a un acto jurídico, en virtud de una causa originaria, es decir, existente en el momento de la celebración⁽¹⁾(1002).

2. Diferencia con otras categorías jurídicas. Esta definición nos permite diferenciar la nulidad de otras categorías jurídicas, como el acto inoponible y el acto estéril o inútil.

a) Nulidad e inoponibilidad. Mientras que la sanción de nulidad priva al acto de sus efectos respecto de las partes y puede invocarse erga omnes, aunque en determinadas circunstancias suele producir algunos efectos, en la inoponibilidad el acto es válido entre las partes, pero no lo es respecto de "determinadas personas" que pueden ignorarlo y comportarse como si no existiera.

Por otra parte, la nulidad puede oponerse por vía de acción o de excepción (art. 1058 bis, Cód. Civ.), en tanto que la inoponibilidad generalmente sólo da origen a una excepción.

Son supuestos de inoponibilidad: 1) el acto celebrado en fraude de los acreedores; los derechos reales sobre inmuebles no registrados (artículos 2505 Cód. Civ. y 2º de la ley 17801); 3) el efecto retroactivo de

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

la confirmación no es oponible a terceros que hubiesen adquirido derechos con anterioridad (art. 1065, Cód. Civ.); 4) los instrumentos privados que carecen de fecha cierta (art. 1034, Cód. Civ.); 5) los actos del comerciante fallido sobre bienes que correspondan a la masa del concurso (art. 1160, Cód. Civ.); 6) los contradocumentos que dejan sin efecto un acto simulado (art. 960, Cód. Civ.).

b) Nulidad y acto inútil o estéril. En la nulidad la ineficacia del acto resulta de la propia ley; en cambio los actos estériles son ineficaces por la misma naturaleza de las cosas (p. ej., arts. 578, 584, 1173, Cód. Civ.).

3. Clasificación de las nulidades. La variedad casi infinita de hipótesis que nos presenta la vida jurídica, hace imposible que la ley pueda comprender en una sola categoría las distintas formas en que se presenta la nulidad(2)(1003).

Si bien nuestro Código Civil clasifica las nulidades desde distintos puntos de vista, nos ocuparemos únicamente de aquellas que revisten mayor trascendencia.

4. Actos nulos y anulables. Pese a que Vélez Sársfield no sentó un criterio general para distinguir estas especies del análisis de los distintos supuestos enumerados en los arts. 1041 al 1045 y de lo dispuesto en los arts. 1038 y 1046, es posible precisar los conceptos de actos nulos y anulables.

Ante la presencia de un acto jurídico prohibido por la ley, ésta - como dice Llambías - puede encontrarse en dos situaciones: "En una primera situación, la ley puede por sí misma, y sin la cooperación de otro órgano o poder, aniquilar el acto vedado, lo que ocurre cuando la imperfección de éste es taxativa, rígida, determinada, insusceptible de más o de menos, cuando existe en la misma dosis en todos los actos de la misma especie. En la segunda situación, la ley por sí misma es impotente para aniquilar el acto, cuando la imperfección de éste es, por su propia índole, variable en los actos de la misma especie, indefinida, susceptible de más o de menos, ligada a las circunstancias concretas que condicionan efectivamente la realización del acto. En esta segunda situación, la ley no puede sino establecer un principio de sanción, que será desenvuelto, definido y regulado por el juez en función de las circunstancias particulares que el caso presente, avaloradas de acuerdo a su criterio: es una nulidad intrínsecamente dependiente de la apreciación judicial"(3)(1004).

Por ello es que en la primera situación la ley directamente puede declarar la nulidad del acto, mientras que en la segunda hipótesis sólo puede establecer un principio de sanción: el acto es anulable, es decir, que en algún momento puede ser anulado por una sentencia que establezca el vicio.

En nuestro Código Civil esta diferencia surge de los arts. 1038 y 1046. Cuando un acto es nulo la ley lo reputa tal "aunque su nulidad no haya sido juzgada" (art. 1038); en cambio cuando son anulables "se reputan

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

válidos mientras no sean anulados; y sólo se tendrán por nulos desde el día de la sentencia que los anulase" (art. 1046).

Esta clasificación era de capital importancia en el problema de los efectos de la nulidad respecto de terceros.

5. Nulidades manifiestas y no manifiestas. En el primer caso, el vicio se presenta ostensible, patente y por lo tanto el juez se limita a comprobar su existencia. En el otro caso, el vicio está oculto, pues a simple vista el acto se presenta como válido; entonces es necesario escudriñar en las entrañas del acto, haciendo averiguaciones, produciendo pruebas, pues el defecto está latente, indefinido y es necesario su juzgamiento. Esta clasificación coincide sustancialmente con la de actos nulos y anulables.

6. Nulidad absoluta y relativa. Es independiente de la clasificación de actos nulos y anulables, y se refiere a la forma de actuar la sanción de invalidez. Es una manera de calificar las nulidades.

La nulidad absoluta es establecida para proteger el orden social, las buenas costumbres, o de un modo más general, cuando se afecta el orden público. De ello se deduce que la nulidad absoluta debe ser declarada de oficio cuando aparece manifiesta en el acto; puede pedirla el Ministerio Público en el interés de la moral y de la ley; y el acto no es susceptible de confirmación (art. 1047, Cód. Civ.). Asimismo, el vicio de nulidad absoluta es imprescriptible, pues aquello que es inmoral no puede transformarse en moral por el solo transcurso del tiempo.

La nulidad es relativa cuando sólo afecta un interés privado; es una nulidad de protección, razón por la cual únicamente puede ejercerla la parte a cuyo favor se ha establecido; el acto es confirmable y la acción prescriptible.

Esta clasificación es independiente de la distinción de los actos en nulos y anulables, pues tanto en los casos en que el vicio aparece manifiesto como cuando está oculto, la sociedad o el orden público pueden verse afectados y entonces la nulidad será absoluta, no importando que el acto sea nulo o anulable. Y a la inversa, aun cuando el vicio aparezca manifiesto, si sólo afecta un interés particular, la nulidad será relativa.

Se concluye, entonces, que pueden haber actos nulos o anulables de nulidad absoluta y actos nulos o anulables de nulidad relativa(4)(1005).

Sin embargo, algunos autores consideran que los actos nulos son de nulidad absoluta y los anulables de nulidad relativa(5)(1006). Pero esta opinión no es la que ha prevalecido, sino la antes expuesta, defendida por la mayoría de nuestros autores(6)(1007).

II. EFECTOS DE LA NULIDAD DE LOS ACTOS JURÍDICOS ANTES DE LA REFORMA

7. Criterio general. Para regular los efectos de la nulidad de los actos

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

jurídicos, es necesario - como se ha hecho en el capítulo anterior - tener en cuenta la clasificación de dichas nulidades, pues según sea el criterio que se adopte, distintos serán dichos efectos.

De las clasificaciones antes expuestas, la de mayor importancia es aquella que distingue entre actos nulos y anulables. Quienes no dan importancia a esta distinción han equiparado el tratamiento de las consecuencias de la nulidad y anulación de los actos jurídicos. Para aquellos otros que han dado un tratamiento diferente a los actos - nulos y anulables, lógicamente son distintos los efectos que producen.

Para la primera posición, en que se encuentran enrolados la mayoría de los autores nacionales, la regulación de la sentencia de anulación que hacen los arts. 1050 y siguientes del Código Civil es de una comprensión amplia, pues abarca tanto a los actos nulos como a los anulables. Pero cuando abordan los efectos respecto de terceros admiten distinciones y excepciones por considerar injustas las consecuencias que producen; y ello es así por el sistema inflexible que han seguido.

La segunda posición - que compartimos - entiende que los efectos de la nulidad de los actos jurídicos son distintos según se trate de actos nulos o anulables.

En efecto, del examen de los actos nulos y anulables surge que tienen un régimen diferente. Si se mira la falla en sí misma, en los actos nulos "es taxativa, rígida, determinada, insusceptible de más o de menos, invariable en todos los actos de la misma especie, regulada y dosificada directamente por la ley. En cambio, la falla de los actos anulables es, por su propia índole, o se presenta como tal, variable, indefinida, fluida, susceptible de más o de menos"(7)(1008). Así, la sanción legal de invalidez juega de distinta manera: en los actos nulos la ley por sí misma decreta su ineficacia sin necesidad de una sentencia y desde el origen del acto; en los actos anulables la ley sólo puede decretar un principio de sanción de invalidez que será precisada por el juez en la sentencia.

Tal distinción está claramente precisada en el Código Civil. Cuando habla de actos nulos establece que "se reputan nulos aunque su nulidad no haya sido juzgada" (art. 1038, in fine). Al referirse a los actos anulables, expresa que "se reputan válidos mientras no sean anulados; y sólo se tendrán por nulos desde el día de la sentencia que los anulase" (art. 1046).

Por ello, en los actos nulos, en rigor, no es necesaria la sentencia; y si en la mayoría de los casos se recurre a ella es para que dé certeza jurídica en cuanto a la existencia de la falla que adolecía el acto. En cambio, los actos anulables "son aniquilados por la sentencia que los juzga, la cual, apoyada a su vez en la ley, define y pronuncia el vicio del acto que arrastra su invalidez"(8)(1009). Esto ha llevado a Chiovenda(9)(1010) a caracterizar la sentencia que determina la invalidez del acto anulable como constitutiva, y estimar declarativa la sentencia que verifica la nulidad propiamente dicha.

Couture también le asigna el carácter de sentencia constitutiva a la que extingue el acto anulable, pues "depara efectos jurídicos de tal índole

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

que no podrían lograrse sino con la colaboración de los órganos jurisdiccionales"(10)(1011).

Sólo en los actos anulables la sentencia del juez tiene substancia propia. En el caso de los actos nulos, la sentencia, si la hay, se limita a verificar una nulidad predeterminada por el legislador, de la cual el juez no puede apartarse.

Entrando a considerar específicamente los efectos de la nulidad de los actos jurídicos y atento los criterios expuestos, corresponde tratarlos diferenciando si se refiere a actos nulos o anulables; y haciendo una subdivisión en cuanto a los efectos entre las partes y respecto de terceros.

8. A) Actos nulos. La mayoría de los autores nacionales asigna a los arts. 1050 y siguientes del Código Civil un margen de aplicación amplio, comprendiendo sus disposiciones tanto a los actos nulos como a los anulables.

En cambio, Llambías sostiene que las disposiciones de los arts. 1050 a 1055 se refieren únicamente a los actos anulables, argumentando que las nulidades pronunciadas por los jueces a que alude el art. 1050 corresponden a los actos anulables, lo cual es corroborado por los artículos siguientes(11)(1012).

Hecha esta aclaración, hay que distinguir la situación de las partes que celebraron el acto y la situación respecto de terceros.

9. a) Efecto entre las partes. Si no se ha ejecutado el acto y se reclama su cumplimiento, el demandado dispone de una excepción que paralizará la pretensión articulada. Es la excepción de nulidad que provocará la certificación judicial de que el acto celebrado es nulo y en consecuencia carente de efectos.

Si las partes han ejecutado el acto, como el aniquilamiento de las consecuencias materiales del acto nulo no debe imputarse a la sentencia, que sólo es declarativa (conf. art. 1038), sino a la ley misma, están obligadas a restituirse lo recibido en función del título que cada una pueda alegar sobre las cosas entregadas, pues el acto nulo no da derecho a retenerlas. Los derechos de las partes se rigen por los principios generales, según se trate de poseedor de buena o mala fe.

Con este criterio se pone de relieve que no son de aplicación al caso los arts. 1050 al 1055, pues se refieren al supuesto de anulación de actos anulables.

Quienes no aceptan este razonamiento, aplican a la restitución de los frutos los arts. 1053 y 1054, en vez de los principios que el Código Civil establece en el capítulo "De las obligaciones y derechos del poseedor de buena fe"; pero cuando se les presentan situaciones que a todas luces son injustas, manifiestan que sería preferible que la restitución de frutos se rigiera por los arts. 2422 y siguientes del Cód. Civil(12)(1013).

10. b) Efectos respecto de terceros. Los terceros que contrataron en

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

virtud de un acto nulo están obligados a restituir todo lo que hubieren recibido, porque el acto nulo carece de idoneidad para operar la transmisión de los derechos, pues su ineficacia está dispuesta ab - initio por la ley, atento lo dispuesto en el art. 1038. Esto es aplicación del principio de que "nadie puede transmitir a otro sobre un objeto, un derecho mejor o más extenso que el que gozaba; y recíprocamente, nadie puede adquirir sobre un objeto un derecho mejor y más extenso que el que tenía aquel de quien lo adquiere" (art. 3270).

A este respecto no cabe hacer la distinción entre la buena o mala fe de los terceros. Parecería una solución bastante severa, sobre todo tratándose de terceros de buena fe, pero ello es así en virtud de que la sola buena fe no es título suficiente como para ser acreedor de una protección, ya que se otorgaría en perjuicio de otras personas que también son de buena fe.

Como veremos más adelante, esta regulación ha venido a quedar sustancialmente alterada por las reformas introducidas por la ley 17711.

11. B) Actos anulables. EL principio general que los rige es el establecido en el art. 1046 del Cód. Civil, que dice: "Los actos anulables se reputan válidos mientras no sean anulados; y sólo se tendrán por nulos desde el día de la sentencia que los anulase". Ello significa que los actos anulables gozan de una presunción juris tantum de validez; presunción que sólo puede ser desvanecida en virtud de una sentencia judicial que por su fuerza aniquile los efectos que normalmente producen tales actos. Por eso es que a estas sentencias se las denomina "constitutivas".

12. a) Efectos entre las partes. Como una consecuencia del principio establecido en el art. 1046, el art. 1050 determina las consecuencias que produce el acto anulado, diciendo que "la nulidad pronunciada por los jueces vuelve las cosas al mismo o igual estado en que se hallaban antes del acto anulado". Es decir que la sentencia tiene efecto retroactivo entre las partes, y ello se justifica porque "desvanecido por obra de la sentencia el título constituido mediante el acto anulable, el derecho respectivo queda desprovisto de causa legítima, lo cual explica la restitución de las partes al statu - quo - ante"(13)(1014).

Completando el art. 1050, establece el art. 1052 que "la anulación del acto obliga a las partes a restituirse mutuamente lo que han recibido o percibido en virtud o por consecuencia del acto anulado". Esta obligación no rige cuando el deudor puede invocar para retener lo recibido un título distinto del acto anulable, ya que no resulta afectado por la anulación de dicho acto.

En los artículos siguientes se establecen los principios que gobiernan la restitución de los frutos que producen las cosas entregadas y la de cosas consumibles (arts. 1053 a 1055).

13. b) Efectos respecto de terceros. Sobre este punto cabe hacer la

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

distinción según que la adquisición efectuada por el tercero haya sido anterior o posterior a la sentencia de anulación.

14. 1) Adquisición posterior a la sentencia de anulación. En este caso el tercero no puede sostener la validez de la adquisición que ha efectuado porque una vez anulado, el acto anulable queda equiparado al acto nulo, como lo dispone el art. 1046 en su parte final: ". . .se tendrán por nulos desde el día de la sentencia que los anulase".

Ocurre que desde el momento en que el acto ha sido anulado, el transmitente ningún derecho tiene para disponer a favor del tercero.

Este es el sentido que debe darse al art. 1051, pues habla del "acto anulado", de modo tal que se está refiriendo a transferencias realizadas por quien ha obtenido la propiedad del inmueble en virtud de un título ya anulado por sentencia judicial; así guarda armonía con el art. 1046, que protege al tercero de buena fe que ha contratado sobre la base de un acto "anulable" que la propia disposición legal reputa válido. Si así no fuera "habría que imputarle, por así decirlo, felonía a la ley, que descargaría en el tercero las consecuencias de la confianza que éste debió depositar, y depositó, en la propia creencia o fe de ella"(14)(1015).

15. 2) Adquisición anterior a la sentencia de anulación. La cuestión adquiere una importancia primordial en los casos en que un tercero adquiere un inmueble cuyo título antecedente es anulable, pues se discute si una vez anulado el acto por sentencia, esta actúa retroactivamente con respecto a las adquisiciones realizadas por terceros.

El tema está íntimamente ligado con el de los límites de la acción reivindicatoria, porque ésta, en la generalidad de los casos, es la vía a seguir para ejercer la acción de nulidad con relación a los terceros(15)(1016).

La doctrina se halla dividida en dos tendencias: una consagra la retroactividad de la sentencia de anulación respecto de terceros, haciendo aplicación del principio *nemo dat quod non habet*; la otra establece la irretroactividad de la sentencia de anulación respecto de terceros, no admitiendo la acción reivindicatoria contra los terceros adquirentes de buena fe y a título oneroso.

16. Doctrina de la retroactividad de la sentencia de anulación. Esta posición, que puede denominarse clásica, llega a la conclusión de que la sentencia de anulación actúa retroactivamente tanto respecto a las partes del acto anulable, como de los terceros que han adquirido derechos en base a dicho acto, porque considera que esa era la verdadera interpretación del sistema de Vélez que, sin embargo, se criticaba como injusto.

Quizás su expositor más convincente haya sido Alsina Atienza quien con su habitual profundidad y erudición desarrolla, entre otros, los siguientes argumentos:

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

"El art. 1046 mira al acto anulable antes de producida su anulación, en tanto que el art. 1050 y siguientes lo contemplan una vez anulado. Uno y otro juegan en sus órbitas o etapas propias y se complementan, integrando un conjunto perfectamente claro y armónico. En cuanto al final del art. 1046, se ha limitado a seguir la doctrina dominante, al determinar que sólo con la sentencia se desvanece la presunción de validez del acto anulable; pero no prejuzga acerca de cómo se desvanece, porque esto último lo resuelve la ley en detalle en los arts. 1050 y siguientes, los cuales lejos de contradecir al art. 1046, lo explican y complementan, aclarando - fieles a la doctrina secular - que la anulación despliega sus efectos retroactivamente"(16)(1017).

Aunque el art. 1046 establece que los actos anulables se reputan válidos, esta doctrina hace del mismo una interpretación gramatical señalando que el artículo no dice que los actos son válidos sino que se reputan válidos, con lo que el codificador ha querido significar que sólo se establece una presunción juris tantum, que se desvanece por la nulidad ulterior y desaparece cual si jamás hubiere existido, de acuerdo con los artículos 1050 y sigs.

Estos conceptos son aplicación del principio nemo dat quod non habet sentado en el art. 3270, que a su vez se complementa con el art. 3277: "La violencia, el error, el dolo y las irregularidades de que adolezcan el título del que trasmite un derecho pueden igualmente ser invocados contra el sucesor".

Serían consecuencia del mismo principio los arts. 1469, 1474, 1487, 2664, 3045 y 3125.

Por último, y analizando el Proyecto de Freitas, señala Alsina Atienza que el jurista brasileño había equiparado en esta materia los efectos de los actos nulos con los de los anulables y que los arts. 793 y 794 del Esboço habían sido la fuente de nuestro art. 1056(17)(1018).

Por su parte, Molinario(18)(1019)adhirió a esta posición señalando, entre otros argumentos, que el art. 599, Cód. Civil, permite que el acreedor reclame la entrega de la cosa inmueble "...contra terceros que sobre ella hubiesen aparentemente adquirido derechos reales, o que la tuvieran en su posesión por cualquier contrato hecho por el deudor", y que el art. 787 a su vez permite al acreedor reivindicar la cosa inmueble aun cuando quien la recibió en pago de buena fe, la hubiese enajenado a un tercero, a título oneroso o gratuito.

También López Olaciregui compartió la interpretación clásica. Anotando a Salvat, con quien coincide, señala que esta tesis "es la que corresponde a la esencia de la nulidad, tal como está incorporada al sistema de la ley, y al sistema de pensamiento y legislación universal. En la entraña dialéctica de la nulidad (frustración por defecto) está la consecuencia de afirmar que no hubo acto jurídico válido por razón del defecto; esto ubica necesariamente la consecuencia de invalidez en el momento del defecto. La nulidad por esencia es retroactiva. Aunque haya dos formas de llegar a la situación de nulidad en función de los modos de presentarse el defecto (actos nulos y anulables); una vez que

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

se ha llegado al resultado no hay dos formas de nulidad sino una sola. Los actos son nulos o anulables antes de que se declare su invalidez, después ya no existe la diferenciación"(19)(1020).

17. Doctrina de la irretroactividad de la sentencia de anulación. Como el régimen de la anulabilidad de los actos jurídicos y el de la acción reivindicatoria son instituciones interdependientes, ya que esta última supone en la mayoría de los casos el aniquilamiento del título que pueda invocar el poseedor reivindicado, los autores enrolados en esta teoría han partido de la base de lograr una coordinada y congruente interpretación de las normas del régimen de la anulabilidad con las de la reivindicación.

Su principal expositor ha sido Llambías, cuyo trabajo Efectos de la nulidad y de la anulación de los actos jurídicos, editado en 1953, ha ejercido una decisiva influencia en la doctrina y la jurisprudencia.

Esta concepción está centrada en la interpretación del art. 1046 que, para sus sostenedores, establece el principio de la irretroactividad, de acuerdo con los siguientes argumentos.

La obra de Solón(20)(1021), fuente mediata del artículo, destaca que la anulación de un acto por una causal no manifiesta no puede afectar a los terceros que contrataron de buena fe, por cuanto así lo exige la justicia, el orden público y la necesidad de inspirar confianza en las convenciones y darles seguridad.

De no aceptarse esta interpretación, resulta inexplicable el diverso régimen del Código en cuanto a los actos nulos, que se reputan tales aunque su nulidad no haya sido declarada (art. 1038), y los anulables que no se tienen por nulos sino desde el día de la sentencia de nulidad (art. 1046).

La persona que contrata con quien ha obtenido su derecho de un acto anulable, se funda en un título que en ese preciso momento es válido y sería inicuo que pudiera perjudicarle la posterior anulación, "desde que es la sociedad misma y la ley en su nombre quien comienza por creer y juzgar como él. Su buena fe individual coincide con la creencia de la colectividad"(21)(1022).

No existe contradicción entre los arts. 1046 y 1051. Este último cuando dice: "...en virtud del acto anulado...", se refiere a la adquisición del tercero que ha tenido lugar después de la anulación del derecho del transmitente. Por lo tanto, en este caso la sentencia de anulación no está produciendo un efecto retroactivo; sino que está funcionando hacia el futuro.

El art. 1057 se refiere a "...los casos en que no fuese posible demandar contra terceros los efectos de la nulidad...". Ello significa que para Vélez la disposición del art. 1052 no es absoluta, puesto que existen casos en que la nulidad no afecta a terceros adquirentes. Tales casos deben buscarse no sólo en el art. 1046 sino también en los arts. 2777 y 2778, apoyados por los dos siguientes, y que, concordando con el art. 1057, admiten la existencia de supuestos en que la acción persecutoria se

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

detiene en homenaje a la buena fe y al título oneroso del adquirente.

El principio del art. 3270 se encuentra limitado por numerosas e importantes excepciones. En primer lugar, no se aplica a las cosas muebles (art. 3271). Además, en varias hipótesis también cesa la aplicación de ese principio: arts. 124 (ahora art. 32, ley 14394), 732, 968, 970, 996, 2130, 3430, etc., en los cuales se protege al tercero que ha contratado bajo la fe de una apariencia, sin que nada pueda reprochársele.

Con respecto al alcance de los arts. 2777 y 2778, ha dicho Fornieles que "...si resolvemos que la reivindicación procede siempre, cualquiera sea la buena o mala fe de ambos contratantes y cualquiera sea la naturaleza del título, los dos artículos están de más, con lo cual no se los interpreta, sino que se los suprime. Puesto que la ley, valiéndose de una doble distinción, ha cuidado de especificar los casos en que la acción reivindicatoria queda expedita, es natural suponer que sólo se refiere a esos casos, porque si abarcara a todos, huelgan las distinciones"(22)(1023).

Sin perjuicio de la argumentación basada en la interpretación del articulado del Código y de sus fuentes, esta doctrina de la irretroactividad se apoya en una razón axiológica. En efecto, si un precepto o un conjunto de preceptos son susceptibles de dos interpretaciones opuestas, una de ellas perjudicial al bien común y otra en cambio favorable al mismo, el intérprete debe optar necesariamente por esta última.

Esta es la tesis que terminó por prevalecer en la jurisprudencia anterior a la reforma, desde el leading case "Fornara c/Prieto" fallada en 1891(23)(1024), hasta el más reciente dictado por la Suprema Corte de Buenos Aires en los autos "Bidart Malbrán c/Martini", de diciembre de 1961, sentándose el principio de que el propietario desposeído como consecuencia de un acto posteriormente anulado, no tiene acción reivindicatoria contra terceros de buena fe que adquirieron el inmueble antes de la anulación, por título oneroso y de enajenantes también de buena fe(24)(1025).

III. EFECTOS DE LA NULIDAD DE LOS ACTOS JURÍDICOS EN LA LEY 17711

18. La reforma de mayor trascendencia introducida por la ley 17711 con respecto a los efectos de la nulidad, ha sido la modificación del artículo 1051. También es de importancia el agregado hecho al arte 473. Nos ocuparemos de ellos y de la repercusión que ha significado sobre el régimen de las nulidades.

19. Sentido de la reforma: la seguridad jurídica y la protección de los terceros de buena fe. En el informe que la Comisión Reformadora elevó al Poder Ejecutivo junto con el Proyecto, se señaló que "uno de los aspectos importantes de la reforma proyectada es la protección de los

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

terceros titulares de derechos adquiridos de buena fe y a título oneroso, frente a los vicios no manifiestos que pudieren tener los antecedentes de tales relaciones".

En qué medida deben protegerse los derechos de terceros es cuestión de política legislativa, pues se produce aquí la habitual colisión entre la justicia y la seguridad.

La conciliación de ambos valores no es sólo el ejercicio de un criterio equitativo y pacificador, sino también una necesidad ontológica y ética del derecho.

Parece evidente que la solución ha de estar en un criterio de ponderación y prudencia. Sería imposible, en verdad, hacer prevalecer en forma total uno de los valores en conflicto.

Si bien es cierto que la finalidad del derecho es realizar la idea de justicia, no puede olvidarse que el derecho es un orden social justo⁽²⁵⁾(1026), pues tiende a hacer posible la vida del hombre junto a sus semejantes, lo cual significa que en determinadas circunstancias deban sacrificarse intereses individuales en el superior beneficio de la comunidad.

Como bien dice Legaz y Lacambra, "...la justicia no puede realizarse más que en el Derecho, y el Derecho es por naturaleza un orden; por eso el desorden no puede jamás contener justicia, y es preferible un orden establecido (que, como tal realiza un punto de vista sobre la justicia) aun cuando nos parezca injusto (comparado con un ideal superior de justicia). El Derecho, en efecto, es un punto de vista sobre la justicia sólo y en tanto que constituye un orden de la vida social y una seguridad de las condiciones mínimas que la hacen posible"⁽²⁶⁾(1027).

Sin embargo, como antes señalamos, el valor justicia es lo que más interesa al derecho. "Esto no es sólo una necesidad ontológica, sino una necesidad ética, pues si una sociedad estima injusto el orden que sobre ella pesa (que, sin embargo, realiza una determinada idea de justicia), ese orden no puede subsistir y corre el continuo peligro de ser derrocado por la fuerza, cuando sólo por la fuerza se mantiene". "La justicia, pues, no sólo es un valor más alto que el orden y la seguridad, sino que es un valor condicionante de estos valores, los cuales no pueden existir al margen de ella"⁽²⁷⁾(1028).

El problema radica entonces en saber cuándo es posible sacrificar la justicia en aras del valor seguridad. Pensamos que ello sólo podrá ocurrir cuándo los intereses en juego no comprometan los derechos fundamentales de la persona.

En este orden de ideas, cabe señalar que el régimen que gobierna los derechos subjetivos de la persona condena cualquier método o sistema que pretenda encadenar la justicia al principio de seguridad jurídica.

20. Protegiendo al tercero de buena fe se da seguridad al comercio jurídico en uno de sus aspectos. Sin embargo, se sacrifican los derechos del titular de la acción de nulidad.

En este sentido, la reforma aplica con una gran amplitud la doctrina de la

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

aparición. Esta consiste en "la ausencia oculta e imposible de conocer, de un derecho subjetivo o de una circunstancia que es condición esencial para que exista"; "es el estado objetivo, que se traduce subjetivamente, en buena fe y ésta, generalizada, en error común"(28)(1029). Es decir que el derecho aparente debe producir con respecto a los terceros, iguales efectos que el verdadero derecho.

El legislador ha preferido proteger los derechos del tercer adquirente de buena fe (seguridad dinámica) antes que los del dueño legítimo (seguridad estática), pues de lo contrario se paralizaría la circulación de los bienes.

Los requisitos exigidos para proteger al titular de un derecho aparente es que sea un adquirente de buena fe y a título oneroso.

En principio coincidimos en la necesidad de proteger la seguridad del tráfico jurídico, pero nos preocupa la amplitud de la nueva regla incorporada al Código Civil por la ley 17711.

Alsina Añiza ha señalado con mucha agudeza que al inclinarse tan firmemente hacia la "seguridad dinámica" se minan las bases de la "seguridad estática", porque puede dar por resultado que el tercero de buena fe esté protegido en el momento que efectúa la adquisición, pero quedar totalmente indefenso cuando es desposeído posteriormente(29)(1030).

21. El art. 1051, luego de la reforma, dice: "Todos los derechos reales o personales transmitidos a terceros sobre un inmueble por una persona que ha llegado a ser propietario en virtud del acto anulado, quedan en ningún valor y pueden ser reclamados directamente del poseedor actual, salvo los derechos de los terceros adquirentes de buena fe a título oneroso, sea el acto nulo o anulable".

No existe duda en cuanto al acierto de establecer en forma expresa que la nulidad no perjudica al tercero en el caso del acto anulable.

Pero la ley 17711 ha ido más allá porque deja a salvo los derechos del tercer adquirente de buena fe y a título oneroso cuando el acto es nulo, acerca de lo cual ya había coincidencia de criterio en considerar que tratándose de actos nulos, tenían efecto retroactivo respecto de las partes y de los terceros, sin hacer distinción entre la buena o mala fe de estos últimos (ver Nos. 9 y 10).

En principio, no es lógico que del acto nulo puedan derivarse efectos a favor de terceros, ya que lo que es nulo, según reza el viejo aforismo, no produce efectos.

Desde luego que el legislador puede atemperar las consecuencias de una deducción puramente lógica en obsequio de la seguridad jurídica; la medida en que lo haga es una cuestión de política legislativa. No interesa que la norma sea exacta desde el punto de vista de una lógica matemática, de suyo ajena a un orden social justo, sino de valorar sus resultados.

Desde este punto de vista, el acierto de proteger al tercero en el caso del acto nulo aparece en ciertos casos como dudoso.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

En primer lugar, cabe señalar que tratándose de actos nulos, en muchos casos el vicio será manifiesto, por lo que el tercero no podrá alegar su buena fe, extremo que indispensablemente requiere la norma en cuestión.

Claro está que pueden presentarse ciertos casos en que aun tratándose de actos nulos, el vicio no aparece manifiesto. Aquí surgiría la necesidad de proteger al tercer adquirente de buena fe que ha confiado en el título aparente de su antecesor.

No obstante ello, no parece acertado que siempre se haga prevalecer el interés del tercer adquirente de buena fe y a título oneroso en aras de la seguridad del tráfico jurídico.

En efecto, la protección del tercero puede traducirse en el total desamparo de los incapaces. Los arts. 1041 y 1042 del Cód. Civil declaran nulos los actos otorgados por incapaces de hecho y no existe ninguna duda de que esta sanción de nulidad tiene como fin específico proteger al incapaz. A éste se lo protege no sólo designándole una persona que lo represente o asista, sino que también se complementa su protección negándole validez a los actos otorgados por el incapaz.

La ley no suele validar los actos de los incapaces "porque ello implicaría dejar anulada prácticamente la protección que la ley quiso establecer con la incapacidad, lo que entrañaría riesgos más graves aún que la inestabilidad - muy relativa - de los negocios"(30)(1031).

Muy sencillo le resultará a quien contrate con un incapaz escapar a las consecuencias de la acción de nulidad, enajenando los bienes a un tercero de buena fe. Desde luego, podrá decirse que al incapaz le queda la acción de daños y perjuicios que le reconoce el art. 1057, pero esta acción muchas veces resultará ilusoria.

Estas razones nos hacen pensar que la reforma introducida respecto de los actos nulos debió estructurarse de modo tal que la protección de los terceros no perjudicase al titular de la acción de nulidad.

Principalmente, creemos que el nuevo sistema debió ser complementado con un apropiado régimen de publicidad de las incapacidades.

Si bien es cierto que todos los actos y hechos que den origen, alteren o modifiquen la capacidad de las personas, deben inscribirse en los correspondientes Registros de las provincias y de la Nación (arts. 1º y 76, decreto - ley 8204/63), y sólo producen efectos contra terceros desde la fecha de su inscripción (art. 77, decreto - ley 8204/63), todo ello no basta para la adecuada protección de los incapaces. Es necesario la centralización del Registro de Incapacidades a fin de que la publicidad de sus inscripciones pueda hacerse valer en todo el territorio del país. Además, urge que las leyes de fondo exijan también la inscripción de toda sentencia que afecte la capacidad de las personas en el Registro de la Propiedad, tal como lo prevé la ley 17801 (arts. 30 y 32).

Poniendo como ejemplo el caso de que un demente declarado enajenase un inmueble en un intervalo lúcido, en el cual no se sospechase la existencia de su enfermedad, se presentaría una situación

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

compleja y difícil de solucionar con verdadera justicia.

Si la sentencia está inscrita en el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas y el acto de disposición del demente se realiza dentro de la jurisdicción territorial del Registro, parece claro que la nulidad del acto puede ser opuesta a un tercer adquirente a título oneroso, porque así lo dispone la ley (arts. 76, inc. "a" y 77, decreto - ley 8204/63), y porque no tendría sentido hablar de buena fe frente a una inscripción que ha dado publicidad a la inscripción.

Se dirá que no es costumbre cuando se prepara una escritura traslativa de dominio requerir informes del Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas - lo cual nos parece una mala costumbre -, pero si se admite que en este caso la nulidad no puede invocarse contra un tercer adquirente a título oneroso que no ha tenido conocimiento real de la incapacidad, se borra del Código Civil todo el sistema de protección de los incapaces.

Si el acto se otorga en un lugar que se encuentra fuera de la jurisdicción del Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas, la solución justa del problema se hace aún más difícil. ¿La publicidad de la sentencia de interdicción podrá extenderse fuera de la jurisdicción del Registro?

A Borda le parece justo que la nulidad no pueda invocarse contra el tercer adquirente que no ha tenido los medios de enterarse de la incapacidad, y señala que para solucionar esos casos, precisamente, se ha reformado el art. 1051(31)(1032).

Sin embargo, desde el punto de vista de la justicia parece muy dudoso poner a cargo del incapaz las consecuencias de que nuestro sistema de Registro sea deficiente y carente de centralización.

22. Desde otro punto de vista, es interesante señalar que el régimen de los actos jurídicos ha sido organizado en nuestro Código Civil, haciendo prevalecer la voluntad real de las partes (conf. arts. 897, 900, 1197, 1198 y todos aquellos que se refieren a los vicios de la voluntad).

Este régimen no es congruente con el principio tan amplio sentado en el art. 1051. En efecto, la teoría del derecho aparente funciona adecuadamente en aquellos sistemas que hacen predominar la voluntad declarada sobre la voluntad real, como el Código Civil alemán, en el cual para transmitir el dominio de un inmueble es suficiente el "acuerdo de carácter abstracto" sobre la producción de la modificación jurídica y su "inscripción" en el Registro (art. 873); y luego de esta inscripción la declaración no se hace ineficaz por la circunstancia de que el titular resulte limitado en su poder de disposición (art. 878). Con respecto a los terceros de buena fe, el contenido del Registro vale como exacto - es lo que frecuentemente llamamos "fe pública registral" -, razón por la cual los vicios que pueda contener el título no pueden perjudicarlos (art. 892). Como puede advertirse, la protección del tercero de buena fe no está supeditada a que la adquisición haya sido a título oneroso.

La regla sentada en el art. 1051, por su amplitud, se acerca bastante al

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

sistema alemán. Sin embargo, dicha regla pierde fuerza y en gran medida es contradicha por la ley 17801 en cuanto dispone que "la inscripción no convalida el título nulo ni subsana los defectos que adoleciera según las leyes" (art. 4º).

Esto demuestra los inconvenientes de una reforma parcial, ya que al introducir una idea ajena a la del Código, se ha olvidado de establecer por lo menos un "razonable" respeto a los derechos del titular.

En la legislación comparada, en cambio, se advierte un justo equilibrio entre los derechos del titular y los de terceros de buena fe.

En el Código Civil mejicano, la inscripción no convalida los actos o contratos que sean nulos con arreglo a las leyes (art. 3006); no obstante ello, "los actos o contratos que se otorguen o celebren por personas que en el Registro aparezcan con derecho para ello no se invalidarán, en cuanto a terceros de buena fe, una vez inscriptos, aunque después se anule o resuelva el derecho del otorgante en virtud de título anterior no inscripto o de causas que no resulten claramente del mismo registro. Lo dispuesto en este artículo no se aplicará a los contratos gratuitos, ni a los actos o contratos que se ejecuten u otorguen violando una ley prohibitiva o de interés público" (art. 3007).

Esta salvedad no es contemplada en el art. 1051, que se aplica indiscriminadamente tanto a las nulidades relativas como a las absolutas.

En el Código Civil italiano de 1942, "la anulación que no dependa de una incapacidad legal no perjudica los derechos adquiridos a título oneroso por los terceros de buena fe, salvo los efectos de la transcripción de la demanda de anulación" (art. 1445). Como puede advertirse, este sistema es más restringido que el contenido en el art. 1051, ya que expresamente excluye las incapacidades de hecho.

Asimismo, y con respecto a la última parte del mencionado art. 1445, "...si la demanda se transcribe después de cinco años a contar de la fecha de la transcripción del acto impugnado, la sentencia que la acoge no perjudica los derechos adquiridos a cualquier título por los terceros de buena fe a base de un acto transcrito o inscripto con anterioridad a la transcripción de la demanda. Pero si la demanda está dirigida a hacer pronunciar la anulación por una causa diversa de la incapacidad legal, la sentencia que la acoge no perjudica los derechos adquiridos por los terceros de buena fe a base de un acto transcrito o inscripto con anterioridad a la transcripción de la demanda, aun cuando ésta haya sido transcripta cinco años desde la fecha de la transcripción del acto impugnado, siempre que en este caso los terceros hayan adquirido a título oneroso" (art. 2652, inc. 6).

En cuanto a los actos realizados por incapaces, el art. 2667 del Código Civil italiano dispone que "los representantes de personas incapaces y aquellos que han prestado asistencia a las mismas deben cuidar de que se realice la transcripción de los actos, de las sentencias, y de las demandas judiciales que estén sujetos a transcripción y respecto de los cuales ellos hayan ejecutado su oficio. La falta de la transcripción puede

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

también oponerse a los menores, a los sujetos a interdicción y a cualquier otro incapaz, salvo a los mismos la repetición contra los tutores, los administradores o los curadores que tenían la obligación de la transcripción. La falta de la transcripción no puede oponerse por las personas que tenían la obligación de realizarla, por los propios representantes o administradores, ni por sus herederos".

Por último, el Código Civil portugués de 1967 establece en su artículo 291: "1. La declaración de nulidad o la anulación de un negocio jurídico con respecto a bienes inmuebles, o a muebles sujetos a registro, no perjudica los derechos adquiridos sobre los mismos bienes, a título oneroso, por terceros de buena fe, si el registro de la adquisición fuere anterior al registro de la acción de nulidad o anulación o al registro del acuerdo entre las partes acerca de la invalidez del negocio. 2. Los derechos del tercero no son, todavía, reconocidos, si la acción fuere propuesta y registrada dentro de los tres años posteriores a la conclusión del negocio. 3. Es considerado de buena fe el tercer adquirente que en el momento de la adquisición desconocía, sin culpa, el vicio del negocio nulo o anulable".

23. El requisito de la buena fe. Teniendo en cuenta todo lo expuesto precedentemente, pensamos que la protección del tercer adquirente sólo puede merecer amparo cuando la buena fe que invoca no merezca la más mínima duda, en razón de que "la apariencia sólo justifica la protección de los terceros en la medida en que produce su error excusable"(32)(1033).

Como regla general la buena fe se presume (arts. 2362 y 4008, Código Civil), pero la presunción admite, desde luego, la prueba en contrario.

En este orden de ideas, la buena fe del tercer adquirente exige de su parte una conducta diligente, obrando con cuidado y previsión, de acuerdo a la naturaleza del acto que celebra y que corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar (conf. arts. 512, 902 y 1198, Cód. Civil). Asimismo, toda persona que celebre un negocio jurídico tiene el deber de asegurarse acerca de la capacidad de quien con él contrata.

La sola enunciación de estos principios nos persuade de la esencial importancia que tiene el estudio de los antecedentes del título. En efecto, si los defectos del título son fáciles de notar luego de un cuidadoso estudio, es evidente que el adquirente no podrá invocar a su favor la buena fe porque su conducta ha sido negligente.

Lo mismo puede decirse respecto de la capacidad del transmitente. Si bien es cierto que la regla es la capacidad (arts. 52 y 53, Cód. Civil), ello no significa que el adquirente pueda conformarse con presumirla, pues debiendo obrar con cuidado y previsión (art. 1198, Cód. Civil), es posible cerciorarse de lo contrario, más aún cuando "el error sobre la capacidad no es invencible sino a título excepcional"(33)(1034).

Pensamos que los escribanos deben dar una preferente atención a esta materia. En efecto, si cuando se prepara una escritura se requieren

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

informes al Registro de la Propiedad para determinar las condiciones de dominio del inmueble a transmitir - lo cual hace al objeto del acto -, análogos informes deben solicitarse al Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas - lo que hace al sujeto del acto -, sobre todo cuando el escribano interviniente luego afirma: "todos los comparecientes hábiles (es decir capaces), personas de mi conocimiento de que doy fe".

Este recaudo, que actualmente resulta dificultoso, no lo sería de existir un Registro Nacional de Capacidad y se impusiera la obligación de inscribir toda sentencia de incapacidad.

24. Los siguientes ejemplos nos demuestran las dificultades que pueden presentarse en la vida diaria: actos de disposición de un menor de 18 años que trabaja o menor que ejerce una profesión, respecto de los bienes que adquiere con el producto de su trabajo (art. 128, Cód. Civil); actos de disposición de los menores emancipados (art. 135, Cód. Civil).

En el primer caso se trata de sujetos incapaces (art. 55, Cód. Civil) que sólo tienen capacidad para realizar determinados actos (art. 128).

En el segundo caso, son personas básicamente capaces que pueden celebrar toda clase de actos, salvo los expresamente prohibidos por la ley (arts. 134 y 135, Cód. Civil).

¿Qué requisitos deberá exigir el escribano en uno y otro caso? Respecto de los menores deberá acompañarse un certificado de trabajo del empleador o la exhibición del título habilitante para el ejercicio de la profesión. Pero ¿deberá demostrarse también que la remuneración que percibe el menor guarda proporción con la inversión que va a realizar, o basta la sola mención de que adquiere el bien con el producto de su trabajo? Creemos que para poder invocar la buena fe, el tercero tiene que obrar con cuidado y previsión e investigar, en la medida de lo razonable, que ese patrimonio especial integrado con los fondos provenientes del trabajo, es suficiente para efectuar la operación, pues no puedo ignorar que tales menores son sujetos básicamente incapaces. De cualquier modo, será indispensable consignar en la escritura que el dinero invertido por el menor proviene de su trabajo personal, con indicación precisa de los datos respectivos⁽³⁴⁾(1035).

En cuanto a los menores emancipados, deberán acompañar la partida de matrimonio o el certificado del Registro de Estado Civil sobre la habilitación. En cambio, pensamos que será suficiente la manifestación de que hacen la operación con dinero adquirido a título oneroso, por tratarse de personas capaces.

25. Actos celebrados por dementes. El agregado al art. 473, Código Civil, introducido por la ley 17711, suscita problemas interesantes en cuanto a la validez de los actos entre vivos otorgados por dementes en relación a las personas que han contratado con ellos. La repercusión de la nulidad respecto de terceros se encuentra regulada por el art. 1051.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

26. Actos anteriores a la declaración de demencia. El texto originario del art. 473 dispone que los actos anteriores a la declaración de incapacidad podrán ser anulados, si la causa de interdicción declarada por el juez, existía públicamente en la época en que los actos fueron ejecutados.

Según una interpretación, los actos anteriores a la interdicción sólo podían anularse si la demencia era pública o notoria, pues la finalidad del precepto era la protección de los contratantes de buena fe, para afianzar la seguridad jurídica, por encima de los intereses del incapaz(35)(1036).

Claro está que si la demencia no era pública pero sí conocida por quien contrató con el demente, dicho requisito debía tenerse por cumplido a los efectos de la anulación del acto.

Por otro lado se ha dicho, a nuestro juicio con razón, que la disposición del art. 473 solamente tiende a facilitar la prueba, en razón de que "...la ley crea retrospectivamente un período sospechoso, en atención a que la insania comprobada en el juicio ha debido, lógicamente, venir de un tiempo atrás, no sólo anterior a la sentencia - lo que es evidente - sino, también, anterior a la iniciación del juicio"(36)(1037), pero que ello no impide negar la posibilidad de probar, de acuerdo con los principios generales, que el acto fue obrado sin discernimiento (arts. 897, 900, 921 y 1045, Cód. Civil).

Ello debe ser así porque siendo el acto jurídico un acto voluntario (art. 944, Cód. Civil), requiere necesariamente que haya sido obrado con discernimiento, intención y libertad (art. 900, Cód. Civil), y la falta de cualquiera de estos elementos es causa de anulación del acto (art. 104.5, Cód. Civil).

Es decir que aun no pudiendo probarse los requisitos exigidos por el art. 473, era posible anular los actos celebrados por el demente con anterioridad a la sentencia de interdicción, demostrando que el agente carecía de discernimiento en el momento mismo del acto.

Ahora bien, la ley 17711 agregó el siguiente párrafo al art. 473: "Si la demencia no era notoria, la nulidad no puede hacerse valer, haya habido o no sentencia de incapacidad, contra contratantes de buena fe y a título oneroso".

Ello significa que si la demencia no era notoria, ya no es posible impugnar los actos anteriores a la sentencia de interdicción, ni siquiera demostrando que al momento de otorgarlo el agente carecía de discernimiento.

El criterio adoptado por la reforma no nos parece acertado, pues dada la situación prevista en la norma, siempre prevalece el interés del contratante de buena fe y a título oneroso, en aras de la seguridad del tráfico jurídico.

En el conflicto de intereses en juego el legislador dio preferencia al valor seguridad sobre el valor justicia. En efecto, la protección que se brinda al contratante de buena fe se traduce en el total desamparo de los dementes y, lo que es más importante, distorsiona todo el régimen elaborado por el código respecto de los actos obrados sin

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

discernimiento.

Sabido es que los actos ejecutados sin discernimiento, intención o libertad, no producen por sí obligación alguna (art. 900, Cód. Civil), y que la sanción de nulidad tiene como fin específico proteger a las personas que han obrado involuntariamente (arts. 1045 y 1048, Cód. Civil). No obstante ello, el agregado introducido al art. 473 perjudica injustamente al titular de la acción de nulidad, que se verá impedido de ejercerla cuando la demencia no fuere notoria y la otra parte sea de buena fe y el acto a título oneroso.

A fin de que la protección de quienes han actuado involuntariamente no desaparezca totalmente de nuestro Código Civil, será necesario que los jueces exijan una demostración que no deje la más mínima duda acerca de la buena fe y la onerosidad del acto.

27. Actos celebrados por dementes no interdictos. Los dementes, mientras no sean declarados tales por una sentencia judicial, gozan de plena capacidad (arg. arts. 52 y 140, Cód. Civil). Sin embargo, esta situación de capacidad no impide que ellos puedan demandar la anulación de los actos que hubieren celebrado, demostrando que carecían de discernimiento (conf. arts. 900 y 1045, Cód. Civil). Pero en estos casos debe probarse que en el momento mismo de celebrarse el acto, se hallaban privados de razón(37)(1038).

Este régimen, que consiste en la sola aplicación de los principios generales sobre los actos voluntarios, ha quedado desquiciado con el agregado introducido al art. 473. En efecto, ahora haya habido o no sentencia judicial, cuando la demencia no es notoria no puede demandarse la anulación del acto contra contratantes de buena fe y a título oneroso.

Además de las razones expuestas en el N° 26 para demostrar la inconveniencia de esta reforma, existe otra que, a nuestro parecer, revela su injusticia y la desigualdad de tratamiento con respecto a situaciones similares.

Pensamos que aquellas personas que han celebrado un acto involuntariamente, en razón de estar dementes en el momento de suscribirlo, se encuentran en peores condiciones que quienes también han otorgado un acto involuntariamente, pero no son dementes.

En efecto, un sujeto que celebra un acto en virtud de hallarse privado de su razón por cualquier causa (por ej.: por los efectos de una droga; por ebriedad; por haber sido hipnotizado; por los efectos de una intoxicación; etc.); o por error; o por el dolo proveniente de un tercero; o por la fuerza o intimidación ejercida por un tercero, siempre puede demandar la anulación del acto, aunque el otro contratante sea de buena fe y a título oneroso (conf. arts. 921, 924 y sigs., 935, 941 y 1045, Código Civil).

Como puede advertirse, en todos estos supuestos hay vicios de la voluntad que inciden en la validez de los actos jurídicos.

En cambio, un sujeto que carece de discernimiento por insanidad mental, cuando ésta no es notoria, no tiene acción para demandar la

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

nulidad del acto contra contratantes de buena fe y a título oneroso, y aquí también estamos ante un vicio de la voluntad.

Este diferente tratamiento resulta a todas luces irritante y nos hace pensar en la posibilidad de que el agregado introducido al art. 473 Código Civil, viole la garantía constitucional de la igualdad ante la ley (art. 16, Constitución Nacional).

Por último; no es posible dejar de señalar que esta reforma implica dar injustificada preferencia a la apariencia sobre la realidad subyacente: la persona(38)(1039).

28. Conclusión. Aunque el propósito de la reforma es elogiable en cuanto tiende a la protección del tráfico jurídico - terceros titulares de derechos adquiridos de buena fe y a título oneroso -, se ha olvidado que ello se consigue a expensas del verdadero titular (generalmente un incapaz), que ahora debe soportar todos los riesgos. En esta situación de conflicto de intereses era necesario que el Estado previniera "la apariencia por todos los medios a su alcance, pues de lo contrario, la culpa de la apariencia sería suya y nada más injusto que atribuirse a al titular legítimo"(39)(1040), más aún cuando "la sola buena fe no basta en el derecho; no es un desideratum que permita suplir todo otro recaudo, ni hacer nacer un derecho ahí donde nada había"(40)(1041). Era pues imprescindible que la reforma fuera acompañada con un adecuado régimen de publicidad, que principalmente protegiese a los incapaces. De lo contrario, "se desviste a un santo para vestir a otro. Lo que se otorga a terceros ha sido arrancado a los incapaces..."(41)(1042).