

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

FORMAS, NULIDADES Y CALIFICACIÓN REGISTRAL

MARCELO N. FALBO

SUMARIO:

Parte I: LAS FORMAS DEL NEGOCIO JURÍDICO

1) El derecho y los fenómenos sociales. 2) El fenómeno social en el mundo del derecho. 3) La valoración del fenómeno social. 4) El negocio: Fenómeno social legalmente calificado. 5) Requisitos de este fenómeno social legalmente calificado. 6) Modelo normativo del fenómeno social. Conceptuación del negocio. 7) Elementos del negocio dados por la doctrina. 8) Definiciones de las formas como elementos del negocio jurídico. 9) Cuestionamiento de las definiciones. 10) Concepto de forma. 11) Los objetos inmateriales y la forma. 12) La forma del objeto inmaterial y su relación con la materia. 13) La forma del negocio como objeto inmaterial. 14) Requisitos de la forma del negocio. 15) La forma de exteriorizar el negocio y la forma del negocio. 16) ¿Por qué la doctrina llama forma del negocio a la forma de su exteriorización? 17) Recepción

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

de este concepto en el Código. 18) Compatibilización: Forma intrínseca y extrínseca. 19) Régimen distintivo: Causa y condición de los efectos del negocio jurídico. 20) ¿Por qué se condicionan los efectos a la verificación de la forma extrínseca? 21) El instrumento escrito como forma extrínseca. 22) El instrumento público como forma extrínseca. 23) Valores del instrumento público. 24) Trascendencia del negocio, de la forma extrínseca y de los efectos que condiciona: Su graduación legal. 25) Los efectos que condiciona la escritura pública: Forma extrínseca de valer y de ser. 26) Recepción positiva de los conceptos expresados. 27) Autonomía e independencia de la forma intrínseca y extrínseca.

Parte II: LA ESCRITURA PÚBLICA

28) La escritura pública como modelo normativo de forma extrínseca. 29) Objeto de la escritura: Reproducción de la conducta como hecho material. 30) Función de la escritura: Asignación de efectos. 31) Configuración de la conducta de acuerdo al modelo normativo. 32) Necesidad de seleccionar la conducta que se configurará de acuerdo al modelo. 33) La conducta parcialmente configurada de acuerdo al modelo. 34) Otras aplicaciones del principio. 35) Requisitos de validez del modelo normativo de la escritura pública. 36) Enumeración de los requisitos. 37) Incumplimiento de los requisitos: Nulidad formal. 38) Exclusión de otro tipo de requisitos del modelo normativo de la escritura. 39) Un supuesto: Los títulos habilitantes. 40) Otro supuesto: La fe de conocimiento. 41) Otros requisitos menores. 42) Naturaleza jurídica de las nulidades formales. 43) Razón política del establecimiento de las nulidades formales. 44) Sujeto activo de la acción de nulidad formal. 45) Subsanción de las nulidades formales (Unidad del acto). 46) Naturaleza jurídica de las nulidades formales: Nulidad absoluta. 47) Racconto.

Parte III: CALIFICACIÓN DEL TÍTULO EN SEDE REGISTRAL

48) Inscripción registral del título. 49) Calificación registral. 50) Requisitos del título calificado. 51) Diferencia entre requisitos para la inscripción y requisitos para la validez y eficacia del negocio. 52) ¿La validez del título es un requisito para su inscripción? 53) La ley 17801 y las formas del negocio: La posición del notariado. 54) Desestimación de la distinción entre formas intrínsecas y extrínsecas en cuanto a la calificación registral. 55) Inquietud final de esta tercera parte.

Parte IV: TEORÍA DE LAS NULIDADES

56) Nulidades: Introito. 57) Definición clásica. 58) El concepto y sus impurezas. 59) La nulidad como el negocio viciado. 60) La nulidad y los efectos. 61) La nulidad como sanción. 62) La voluntad y su "opus". 63) Teoría de las nulidades: Un tema anárquico. 64) Concepción amplia de nulidad. 65) Nulidades manifiestas y no manifiestas. 66) Actos nulos y

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

anulables. 67) Analogía y diferencias con las nulidades manifiestas y ocultas. 68) Anulabilidades manifiestas y nulidades no manifiestas. Casos. 69) Desestimación de estas categorías. 70) Revisión: Presupuestos fácticos de las nulidades manifiestas y ocultas. 71) Su funcionamiento dentro del orden jurídico. 72) Revisión. Presupuestos fácticos de los actos nulos y anulables. 73) Un ejemplo. 74) Una inquietud al margen. 75) Su funcionamiento dentro del orden jurídico. 76) Dependencia de la declaración judicial como característica propia: Crítica. 77) Sentencia constitutiva: Crítica. 78) La reputación de validez como característica propia: Crítica. 79) El art. 1046 y la validez del acto anulable: Una disposición hueca. 80) Nulidades absolutas y relativas: Introducción. 81) Concepto. 82) Su funcionamiento en el orden jurídico. 83) Mecanismos del ejercicio de la acción. 84) Consecuencias del distinto mecanismo de la acción en la nulidad relativa. 85) Consecuencias del distinto mecanismo de la acción en las nulidades absolutas. 86) Conclusiones. 87) Ampliación de las conclusiones. 88) Profundización del análisis: Eficacia y validez. 89) La eficacia y la realidad social. 90) Validez: Eficacia en el mundo jurídico. 91) El acto nulo de nulidad relativa y su provisional eficacia en el mundo jurídico. 92) Inquietud final de la parte IV.

Parte V: CONCLUSIÓN DEL TRABAJO

93) Conclusión. 34) Compatibilización con la ley 17801. 95) Inquietud final.

PARTE I: LAS FORMAS DEL NEGOCIO JURÍDICO

1) El derecho y los fenómenos sociales

Parece razonable que todo análisis científico no debe perder nunca de vista los principios del objeto que maneja. Manteniendo a éstos como guía es más probable arribar a un resultado valedero.

No intentaremos formular aquí los principios generales del derecho, pero sí nos proponemos meditar alrededor de su ser.

La ley, el derecho, se genera en las consideraciones axiológicas del medio social.

El legislador, fundado en esas valoraciones, imputa efectos favorables o desfavorables a determinados fenómenos de ese medio social.

Es inherente al derecho los conceptos de valoración, conducta (como fenómeno social) y norma como expresión conceptual que aglutina a ambos elementos(1)(338).

Ello determina que, cronológica y lógicamente, cualquier fenómeno social fue anterior al derecho. A la postre éste vino para encauzarlo y ordenarlo, asignándole un valor positivo o negativo por medio de la norma.

Existió el homicidio como fenómeno social antes que el delito. Existió la

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

convivencia de la pareja antes que el matrimonio, y aun una herramienta tan técnica como el testamento, tuvo que tener su germen en un fenómeno social precedente que justifique su inclusión en la estimativa jurídica.

2) El fenómeno social en el mundo del derecho

Pero es también cierto que el derecho no toma ese fenómeno social en forma virgen, sino que lo traduce con su lenguaje técnico, en normas de extensión lógica, genérica y universal. El fenómeno así descrito (que por considerarse valioso o nocivo se le asigna consecuencias) se estratifica como "fenómeno modelo" transformándose sus cualidades específicas estatuidas, en requisitos de un tipo legal. Cualquier hecho social que se verifique puede coincidir con el "modelo" normado, receptando así esa aptitud de producir consecuencias amparadas o provocadas por la autoridad pública (de acuerdo a la valoración que ésta haya dado).

El homicidio, como fenómeno social, puede estar calificado para incluirse en uno u otro modelo normativo, y de ello resultará o no un delito. La declaración negocial de una persona de 20 a 21 años puede establecer el límite entre el acto jurídico o un mero acto de escasa relevancia legal.

La razón que interviene en el establecimiento de los requisitos del "fenómeno modelo" normado, y su distingo de otros fenómenos no juridizados, está motivada en la escala axiológica que sustente el órgano productor del derecho.

Dichas valoraciones son inherentes al campo de la política legislativa.

3) La valoración del fenómeno social

Como un mero racconto histórico, y con el fin de comprender más el objeto que estudiamos, recordemos las fluctuaciones que han tenido las directivas generales de la política legislativa en el mundo.

Si bien el mecanismo del derecho es objetivamente el mismo (en cuanto valoración de fenómenos sociales), hace algunos siglos, el órgano productor del derecho estaba encarnado por uno o por pocos individuos que tenían en lo alto de su escala axiológica su propio ser.

La ley se presentaba entonces como herramienta de sojuzgación del hombre común, atribuyéndole sólo obligaciones y excepcionalmente derechos.

Frente a esto el cristianismo exalta la valoración de las virtudes espirituales del individuo sin distinción de clases.

Pero es a partir del siglo XIX que se positiviza en algunos sectores de Occidente el sentimiento de reacción contra aquella realidad. Con la democracia, el Estado (productor del derecho) se revierte como súbdito de los componentes del grupo social. Se encarna, con el germen del contrato social, la convicción de que el hombre individual debe ser el

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

principal receptor de los beneficios del derecho.

Vélez Sársfield, imbuido en la escuela individualista, redacta nuestro Código Civil que, en lo sustancial, se mantiene hasta hoy. Él buscó que esas normas fuesen un instrumento para que el hombre se desarrolle hacia la satisfacción de sus fines individuales. Plasmó así un instituto que positiviza el principio fundamental de esta corriente: el principio de "La autonomía de la voluntad". Dicho instituto es el negocio (acto) jurídico. En su virtud los sujetos pueden administrar y disponer sus derechos de conformidad a los dictados de su voluntad individual.

Y se repite aquí el proceso antes referido: se presenta un fenómeno social, en este caso la voluntad del hombre, al que la ley considera de trascendencia social, por lo que le asigna una consecuencia favorable. Se ven los tres elementos del derecho: el fenómeno social; su valoración y la vinculación de ese valor con el fenómeno, mediante su calificación por la norma.

4) El negocio: Fenómeno social legalmente calificado

Dijimos antes que el derecho no toma el fenómeno en forma virgen y llana. Ahora agregamos que el negocio jurídico recepta como fenómeno social un contenido volitivo es decir: la sustancia de lo que la ley califica como negocio jurídico es la voluntad. ¿En qué consiste esa calificación legal de la voluntad?. ¿Esa purificación?.

El diccionario de la Academia Española nos da como primera acepción de voluntad la "potencia anímica que mueve a hacer o no hacer una cosa"... "Deseo o gana de hacer algo".

Como ya dijéramos, ese fenómeno es lógico y cronológicamente anterior a la existencia de la ley. Basta pensar que esa "potencia anímica" o "querer" la ha tenido el hombre prehistórico, o un niño, y aun en un ebrio, independientemente y a pesar del derecho. ¿Y dónde está el límite entre el querer racional o el instinto irracional que mueve a hacer algo? ¿Hasta dónde el hombre prehistórico o el niño, o el ebrio dirigen su conducta por su voluntad, y hasta dónde por los meros mecanismos de sus necesidades biológicas? Estas y muchas más circunstancias son las que prevé y purifica la ley mediante la calificación genérica y universal que practica sobre el fenómeno.

Calificar es determinar las cualidades o circunstancias de una cosa. El diccionario antes citado explica que la cosa calificada es la que reúne todos los requisitos necesarios.

El derecho, al establecer los requisitos, cualidades y condiciones que debe cumplir la potencia anímica (voluntad), para llegar a constituir un negocio jurídico, estatuye un modelo normativo. Cuando esa potencia anímica coincide con el modelo normativo, está siendo calificada (por la ley) como negocio jurídico.

5) Requisitos de este fenómeno social legalmente calificado

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

¿Y cuáles son esos requisitos? ¿Cuáles son las cualidades y condiciones que deberán verificarse para que el fenómeno esté calificado?

Recordemos que ellos se establecen de acuerdo a la valoración que quiere positivar el legislador. En este caso ese valor es la exaltación del principio de la autonomía de la voluntad.

Siendo el fenómeno una potencia anímica, un querer, es por demás lógico que para que éste responda a la disposición pura y autónoma de La voluntad (y no a un mero impulso instintivo). debe producirse con discernimiento (entendiendo y valorando). intención (deseándolo) y libertad (eligiendo), amén de existir la capacidad para disponer de lo que se quiso (pudiendo) .

Ese entendimiento, elección y deseo (para trascender del plano puramente social al mundo del derecho) debe tener por fin inmediato establecer relaciones jurídicas entre las personas.

Y por último, esas relaciones jurídicas queridas (respondiendo a un principio implícito del ordenamiento), no deben contravenir la ley, deben ser lícitas.

Hemos enumerado las cualidades que debe poseer la voluntad, pero aún falta cumplirse una condición: dicho contenido volitivo debe exteriorizarse por medio de actos, y no permanecer encerrado en el plano intelectual, va que a diferencia de la ética y la moral, el derecho regula la relación intersubjetiva.

6) Modelo normativo del fenómeno social. Conceptuación del negocio

De lo que dejamos expuesto. de la manera más breve posible, surge claramente cuáles son los requisitos que establece la ley para calificar una potencia anímica (fenómeno social) como negocio jurídico.

Dichos requisitos configuran un modelo normativo de fenómeno social con relevancia jurídica que puede definirse con estas palabras: "...actos voluntarios lícitos que tengan por fin inmediato establecer entre las personas relaciones jurídicas..." (art. 944) .

En suma, cuando una conducta coincida con este modelo, será calificado por el derecho como acto o negocio jurídico.

7) Elementos del negocio dados por la doctrina

La doctrina, con fin analítico y didáctico, ha indicado, partiendo de esta conceptualización, los elementos del negocio jurídico.

El primero es el sujeto o sea la persona como único ser capaz de poder expresar voluntad jurídica.

El segundo es el objeto, conceptualizado como la relación jurídica entablada, que puede ser la constitución, transmisión, adquisición o modificación, conservación o pérdida de un derecho.

El tercero es la forma, considerada en su conceptualización más general, como la manera, el modo, o el medio, por la cual la voluntad se

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

exterioriza.

8) Definiciones de las formas como elementos del negocio jurídico

Recordemos algunas definiciones de la forma jurídica según el pensamiento de nuestros maestros.

Para De Gasperi es "...el molde en que la voluntad, sustancia del acto se vacía y se hace sensible"(2)(339).

Salvat, más apegado a la ley, dice que es "el conjunto de solemnidades que deben observarse en la celebración de los actos jurídicos"(3)(340).

Spota expresa que es el medio por el cual la exteriorización de la conducta adviene(4)(341).

De los Mozos dice que es el modo cómo es el negocio, cómo se presenta ante los demás en la vida de relación: su figura exterior(5)(342).

Couture habla del elemento sensible que envuelve exteriormente un negocio jurídico(6)(343).

Llambías la conceptúa como la manera como se exterioriza la voluntad del sujeto(7)(344).

Todas estas definiciones tienen en común que se refieren a la forma jurídica como a la configuración específica que trasunta la conducta del sujeto, como hecho material.

9) Cuestionamiento de las definiciones

Según lo antes visto, los requisitos que establece la ley para que el contenido volitivo sea calificado como negocio jurídico son: a) la existencia de una voluntad sana; b) referida a una circunstancia de relevancia jurídica; y c) todo lo cual debe exteriorizarse por medio de actos.

Hablamos de la exteriorización de la voluntad como una condición esencial para el nacimiento del negocio. Sin duda son actos materiales los que exteriorizan la voluntad. Pero debemos admitir que el acto material tiene una naturaleza y entidad tangencialmente distinta a la voluntad(8)(345)(sustancia del negocio). Entonces ¿en qué medida la forma de ese acto material (el modo, manera o medio de presentarse) puede equipararse a la forma del negocio? Y si ésta no es la forma del negocio ¿debemos suponer que éste no tiene forma?

Antes de responder a la pregunta procuraremos profundizar en el significado de la palabra "forma" y su relación con la sustancia.

En todo nuestro análisis hemos partido de lo general y abstracto para dirigirnos a lo particular y concreto. Dicho método debe acentuarse en este punto para alcanzar una mayor claridad en este espinoso terreno de la forma jurídica.

Para ello comenzaremos por procurar una noción del concepto de forma. Luego (en la idea de que el negocio jurídico es el resultado de la calificación que en tal sentido hace la ley de un fenómeno social que lo origina), proyectaremos el concepto de forma antes obtenido a ese

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

fenómeno social. Por último, obtenida la definición de forma según ese fenómeno social, lo trasladaremos al plano jurídico donde la ley no hace más que verificar la procedencia de cualidades (sus requisitos), en aquélla (el fenómeno), para calificarlo como negocio jurídico.

10) Concepto de forma

El diccionario de la Academia Española nos dice que la forma es la determinación exterior de la material, el molde en que se vacía y forma algo. Cabe agregar a esta gramatical definición que la forma es el principio distintivo que da una manera de ser a las cosas y comunica sus atributos, como expresara Aristóteles(9)(346). Bástenos tratar de imaginar a la materia pura, sin forma, y comprenderemos la relevancia de su función.

Esta definición coincide en lo principal con el concepto cotidiano que tenemos de la forma: la imagen, la figura que percibimos del objeto. Así se dice que la forma de una naranja es redonda, que la de un lápiz, cilíndrica. De ese mismo modo, si preguntamos a un neófito cuál es la forma de un contrato escrito, tal vez se sienta tentado a decir que es rectangular, aludiendo a la pieza de papel que lo contiene, y si el acto se hubiese celebrado verbalmente, quizás podría llegar a asegurar que no tiene forma alguna.

Alejándonos de este enfoque primitivo e ingenuo notaremos que lo expuesto no basta para conceptuar genéricamente a la forma. En efecto, nos hemos estado refiriendo exclusivamente a los objetos materiales. En el mundo sensorial y concreto en que vivimos, frente al sujeto cognoscente, se presenta una sucesión ininterrumpida de entes materiales. Cada hecho primario e irreductible de la experiencia encuentra su confín en otro hecho primario e irreductible, estableciéndose mediante estos límites un contorno, una imagen, una determinación exterior.

Tan aferrado está el hombre a su mundo concreto, que toda idea de forma parece privativa de las cosas materiales.

11) Los objetos inmateriales y la forma

¿Pero qué ocurre cuando nos referimos a objetos inmateriales (como podría ser un estado de ánimo, o un contenido espiritual)?

Como concepto intelectual, éste permanece inescrutable en la mente del sujeto, imposibilitando su percepción por otros sujetos. Fuera de la mente que lo contiene no puede existir. En una palabra: el objeto inmaterial no puede comunicarse a otros sujetos. sensorialmente.

Sin embargo, aunque no podamos evidenciar tal sustancia, sí podremos conocerla mediante la comprensión proceso que a diario realizamos.

El sujeto poseedor del estado de ánimo, único ser que percibe por su propia experiencia el objeto inmaterial puede emitir símbolos mediante los cuales connota el significado (le su concepto intelectual).

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Aclaremos que el símbolo(10)(347)consiste en cualquier noción, acontecimiento o hecho perceptible por los sentidos que se asocia por un proceso evocativo con un significado específico e inequívoco.

Va de suyo que siendo el sujeto poseedor del concepto intelectual el único que lo conoce por su propia experiencia, dicha noción, acontecimiento o hecho, necesariamente debe emitirse a través de su acción, ello es, por medio de su conducta.

Llega ahora a la experiencia del sujeto receptor un objeto material: el símbolo. Mediante este proceso se logra transmitir el concepto inmaterial. sustituyéndolo por un objeto material. que al ser recibido por el sujeto, vuelve a converger en su mente en objeto inmaterial. Así dicha sustancia inmaterial adquiere para el receptor una configuración concreta. Dicha sustancia está ahora determinada.

Podemos afirmar que aquel concepto intelectual tiene forma: una determinación que nos señala sus atributos ,y caracteres definitivos de otros objetos abstractos.

12) La forma del objeto inmaterial y su relación con la materia

Sin embargo esta forma obtenida esta determinación no puede equipararse con el contorno o la imagen exterior (le los objetos materiales. La sustancia del concepto intelectual continúa siendo inmaterial (jamás podrá dejar de serlo). Lo que tiene entidad tangible es el símbolo, pero éste no puede confundirse ni desplazar a la sustancia que evoca (sería como confundir la alegría con la risa). El es sólo el sustrato material que sirvió de soporte para connotar un cierto sentido espiritual, sin depender para ello de la realidad física que puede tener.

13) La forma del negocio como objeto inmaterial

Es evidente que el acto jurídico tiene como sustancia un objeto inmaterial: el contenido volitivo legalmente calificado.

De acuerdo a lo visto, la forma de esa sustancia nos es transmitida (única y necesariamente) mediante la conducta del sujeto poseedor de la voluntad.

Por ejemplo: en una calle, Juan se encuentra con un mendigo. Este extiende su mano y aquél deposita en ella una moneda. La conducta de Juan trasunta un significado inequívoco, su voluntad de efectuar una dádiva. He allí la determinación específica del contenido de su voluntad y en ella debemos buscar las cualidades requeridas por la ley para calificarlo como negocio jurídico.

En efecto, observemos la conducta (movimiento tempo - espacial voluntario de Juan y el mendigo) con el fin de aprehender su significación. Ella nos connota un querer consciente y espontáneo de dos sujetos, referidos a una liberalidad pecuniaria. Desechemos ahora ese sustrato material, que pudo haberse presentado de una u otra manera, y que sólo sirvió de soporte para trasuntar el significado.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Entonces con los ojos puesto en la voluntad determinada, verifiquemos si tiene los requisitos que la ley ha modelado.

Constataremos que hubo dos voluntades basadas en la libertad, discernimiento e intención imputable a sujetos que la ley considera capaces, sobre un objeto que la ley considera lícito.

14) Requisitos de la forma del negocio

En síntesis definiremos a la forma del negocio jurídico como la determinación concreta del contenido (estructura y componentes) de una voluntad legalmente calificada y connotada por la conducta que ella genera.

Por lo tanto, los requisitos formales que estatuye la ley son los que se refieren al contenido (estructura y componentes) determinado de la voluntad, requisitos tales como la existencia misma de una voluntad sin vicios; su presupuesto: la capacidad y su objeto lícito que puede tener más especificaciones en ciertos negocios determinados (como la referencia a una cosa fungible en el mutuo, o la existencia de un precio en la compraventa).

15) La forma de exteriorizar el negocio .y la forma del negocio

Hemos establecido cuál es la sustancia del negocio: un contenido volitivo.

Hemos establecido cuál es la forma de esa sustancia (del negocio) la estructura del contenido volitivo determinado.

Hemos establecido también el campo a que se circunscribe la calificación legal de la forma del negocio jurídico: el referente a los requisitos de la estructura del contenido volitivo determinado.

Por último excluimos de la sustancia del negocio, las modalidades, caracteres y medios de emisión de la conducta que evoca y determina el contenido volitivo.

Al decir entonces que los medios o modos de la declaración de voluntad no integran la sustancia, ni configuran elementos del negocio, afirmamos que no representan su forma.

Es que si la forma del contenido volitivo se trasunta a través de la conducta, ésta se presenta como un mero puente de comunicación, desprovisto de relevancia en cuanto a su propio ser. La calificación legal del negocio está referida a lo que el símbolo connota y no al símbolo en sí. Concluida su función, éste se desecha y aun antes se desecha cualquier circunstancia de la conducta que no connote la significación de un contenido volitivo. ¿Qué importancia distintiva tiene que el sujeto haya recurrido al lenguaje, a la escritura o simplemente al silencio para expresar su voluntad? ¿En que puede modificar el contenido de la voluntad el que la conducta sea presenciada por un oficial público, o por testigos, etc.? El símbolo (en este caso la conducta) puede presentarse de una u otra manera respondiendo en todos los casos a un accidente

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

convencional. Lo fundamental es que cualquiera sea el símbolo (la conducta) que se verifique, sólo importará el significado que alcance a connotar, con independencia del modo o medio que se haya usado.

Cualquier requisito o elemento que por disposición de la ley deba adherirse o acompañar al símbolo, por el hecho mismo de no evocar un significado de la voluntad, será ajeno al contenido del negocio y por lo tanto será lógica y cronológicamente posterior y accesorio de éste (aun la presencia de la firma - requisito legal en el escrito que reproduce el negocio - es un accesorio prescindible de la conducta. Antes de ella, cuando la voluntad está inequívocamente exteriorizada, ha nacido el negocio).

16) ¿Por qué la doctrina llama forma del negocio a la forma de su exteriorización?

¿Por qué entonces nuestra doctrina llama forma del negocio jurídico a los medios o modos de exteriorización de la voluntad? (léase medios o modos con que se presenta el símbolo).

Fácil sería ampararse diciendo que es así porque lo ha dispuesto la ley. Pero retrocedamos más. El Código no ha hecho sino plasmar positivamente las ideas que sobre este punto sustentaba la doctrina tradicional.

Pensamos que hay dos posibles causas que provocaron el malentendido.

Por una parte, el imponente Derecho Romano que, con singular intensidad. llega aún a nuestros días, tenía instituciones negociales profundamente imbuidas en el rito solemne. La mancipatio, la stipulatio, la in iure cessio y tantas otras. condicionaban la génesis del vínculo jurídico al estricto cumplimiento del ceremonial. El rito se equiparaba a la sustancia misma del negocio. La voluntad era secundaria, existiera o no ella; la solemnidad de la actuación era el fundamento de la relación jurídica. Parece lógico que en la configuración externa de dicho rito, como objeto constitutivo del negocio. se encontrara la forma del negocio (y los requisitos formales en las solemnidades de actuación establecidas).

La segunda causa del equívoco tal vez sea anterior o posterior a la primera, según cómo se vea. En todo caso parecería que ambas se influyeron mutuamente y que ambas nutren el pensamiento jurídico actual.

Antes dijimos que tan aferrado está el hombre al mundo tangible que toda idea de forma parece privativa de la materia. Siendo la voluntad intangible, ¿sobre qué materia el hombre podía distinguir la forma del negocio? El único substrato material y sensorialmente perceptible de éste es la conducta y hacia ella dirigió la doctrina su mirada. Si la forma es la determinación exterior de la materia (diccionario de la Academia Española), la determinación exterior de la conducta (literalmente materia del negocio) será la forma de éste. La determinación exterior de la

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

conducta es el modo y el medio y la manera como ella se verifica en el ámbito tiempo - espacial. Consecuencia lógica de ello: los requisitos formales serán entonces las solemnidades impuestas a ese modo, manera o medio de exteriorización de la voluntad.

17) Recepción de este concepto en el Código

Dijimos que Vélez Sársfield plasmó en la ley la teoría que sobre este punto sustentaba la doctrina tradicional. Veamos esa realidad positiva. El Código Civil en el Libro II, Sección II, Título II, Capítulo III, bajo la designación de "Las formas de los actos jurídicos", establece decididamente el concepto "material" de forma, en oposición al concepto dado en los números 11 a 15.

Comienza el art. 973 definiendo a la forma como al "...conjunto de prescripciones de la ley, respecto de las solemnidades que deben observarse al tiempo de la formación del acto jurídico .

Aunque no alteraremos el espíritu de la ley; es aclaratoria la siguiente anotación: este artículo no está definiendo la forma del negocio sino lo que la ley considera requisitos formales del mismo ("...prescripciones respecto de las solemnidades.. ."). La forma (objeto sobre el que recaen los requisitos) estaría representada por el modo o medio o manera en que se verifica la conducta. Sus requisitos serían "...la escritura del acto, la presencia de testigos, que el acto sea hecho por escribano público o por un oficial público o con el concurso del juez del lugar" (art. 973), la confección en un protocolo, la consignación de la fecha, la firma del instrumento, etc.

18) Compatibilización: Forma intrínseca y extrínseca

Estamos ante una cruda realidad jurídica. La ley llama forma del negocio al modo o medio de exteriorización de la voluntad. Mal o bien designado, ése es el nombre que lleva dicho fenómeno fáctico; nosotros no se lo podemos cambiar. Por otra parte, lo que lógica y racionalmente llamamos forma del negocio (la estructura del contenido volitivo determinado) no tiene una designación especial en la ley.

¿Cómo conciliar estos conceptos sin perturbar ni entorpecer la integridad de las fuentes doctrinales clásicas, que tan preciosos conocimientos nos legan?

No podemos inventar un nuevo nombre para designar la estructura de la voluntad determinada. Aparejaría confusión, no sólo por la diversificación de denominaciones que crearía la generalización de este criterio, sino además porque sólo cabe la palabra "forma" para definir tan escurridizo concepto, desnaturalizándose con cualquier otro.

Por otra parte no podemos ignorar que la ley llama "forma" a un objeto distinto.

No es la primera vez que en derecho se presenta un término ambivalente: título - causa y título - instrumento, ley en sentido formal y

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

material, causa - fuente y causa - fin (y causa - motivo), por citar algunos casos, que son ejemplos palpables de la dualidad generada por los conceptos espíritu y cuerpo.

En el término "forma del negocio jurídico" existe pues un significado ambivalente.

La composición del contenido volitivo determinado a través de la conducta, representa la forma intrínseca del negocio (íntima, esencial)(11)(348).

La composición de la conducta misma, como objeto material e imagen perceptible, representa la forma extrínseca del negocio (externo, no sustancial)(12)(349).

Y nos apresuramos a traer en nuestro apoyo al mismo Vélez Sársfield, quien en la nota del art. 4012 decía: "...la nulidad del acto puede proceder de sus formas intrínsecas, por ejemplo, sobre las condiciones esenciales del contrato, o de la forma extrínseca, el escrito que lo comprueba cuando el escrito está sujeto a ciertas formas solemnes..." (el subrayado es nuestro).

Por ello podemos sintetizar que los requisitos legales aluden a la forma intrínseca cuando están referidos a los elementos que connota el símbolo, con independencia de su substrato material. Y están referidos a la forma extrínseca cuando aluden a los elementos del símbolo como substrato material, independientemente del contenido que connoten.

19) Régimen distintivo: Causa y condición de los efectos del negocio jurídico

Hemos definido los conceptos de forma intrínseca y extrínseca del negocio jurídico, pero por muy clara que sea esta distinción, ninguna importancia cabría señalarle (excepto la didáctica) si ésta no se viera plasmada en la ley, mediante un régimen de regulación y consecuencias distintivas.

Antes (N° 16 in fine) dijimos que los requisitos impuestos a la conducta como objeto material (forma extrínseca), por no evocar significado de la voluntad, eran elementos accesorios y prescindibles del negocio, así como lógicos y cronológicamente posteriores a su génesis. El negocio nace cuando la voluntad está inequívocamente exteriorizada y no cuando es presenciada por un oficial público, o cuando se redacta en el protocolo o cuando se firma el documento, etc.

En síntesis, afirmamos que primero se presenta el negocio y después la verificación de las formalidades externas(13)(350).

Jurídicamente este hecho se traduce de la siguiente manera: siendo la voluntad exteriorizada, el fenómeno que (con los requisitos establecidos) causa el vínculo jurídico, ciertas nociones del medio de exteriorización de la voluntad (forma extrínseca) son condiciones para la producción de algunos o todos los efectos del vínculo jurídico.

Concibiendo a la causa como la que se considera razón de ser, principio u origen de "algo" y a la condición como al acontecimiento futuro e

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

incierto del que se hace depender la producción de consecuencias a "algo", tendremos que admitir que la causa es anterior a la condición, y que la condición no pertenece a la sustancia de ese "algo".

Antes de analizar cuáles son los efectos del negocio jurídico que se condicionan a la verificación de los requisitos de la forma extrínseca, es conveniente, para una mayor claridad de las ideas, historiar el origen de la forma extrínseca como fenómeno y como valoración jurídica.

20) ¿Por qué se condicionan los efectos a la verificación de la forma extrínseca?

Si el hombre fuese una máquina perfecta, exenta de sentimientos corruptos, el derecho sería una ciencia exacta con el único objeto de unificar criterios de conductas beneficiosas. Una vez creadas las normas, los conflictos desaparecerían, no existiría el derecho procesal y, extremando el supuesto, tampoco existiría el derecho notarial ni el registral. La producción de las relaciones jurídicas estarían puramente originadas en las voluntades individuales sin cortapisas. No tendría que legislarse más sobre el negocio jurídico. Establecida la forma intrínseca, no habría razón para condicionar en otras circunstancias externas la consecución de efectos al negocio.

Pero el hombre - ser imperfecto - olvida, miente y engaña. Olvida haber "querido" algo, haber tenido una voluntad. Miente frente a los que receptaron esa voluntad diciendo que no existió, o que fue otra. Engaña a los que no receptaron voluntad alguna, diciendo que ya existió una y produjo sus efectos.

He allí las tres razones (entre otras menores) que justifican el condicionamiento a la forma extrínseca calificada para que los negocios produzcan sus efectos.

Es que también aquí, el derecho toma fenómenos sociales a los que valora de acuerdo a su criterio político y los positiviza mediante normas. En este caso los fenómenos sociales valorados son las solemnidades que pueden producirse obviando la imperfección humana (en la medida de lo posible) .

En un primer momento, el rito solemne cumplía ese cometido. En aquellos espíritus primitivos, la ceremonia causaba un impacto difícil de borrar y aun de desfigurar falseándola. Ello preveía para el futuro la duda sobre la celebración misma del negocio. Al estar enancada la conducta que lo connotó en un ceremonial impresionante, éste junto con aquélla, perduraba en la memoria de los otorgantes y de los testigos. El olvido, la mentira y el engaño tenían el camino vedado.

21) El instrumento escrito como forma extrínseca

Pero los tiempos cambian. Los grupos sociales multiplican sus individuos. Los espíritus primitivos pierden paulatinamente la ingenuidad. Por otra parte la escritura comienza a acceder a niveles más amplios de

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

la sociedad.

Si de lo que se trataba era de hacer perdurar en el tiempo la conducta que connotaba el contenido volitivo, grabándolo en la memoria de los sujetos, ¿por qué no grabarla en un papel? Este es el rumbo que se toma dando nacimiento al instrumento privado. La conducta que connotaba la voluntad debía describirse en forma escrita, firmándose luego la pieza para individualizar a su autor.

22) El instrumento público como forma extrínseca

Se consigue con ello obstruir el camino al olvido y la mentira del sujeto. Pero aún queda por superar un vicio humano: el engaño. En efecto, en la clandestinidad dos individuos podían fingir el traspaso de bienes antedatado con el fin de perjudicar a sus acreedores.

Nace entonces el documento público: la conducta que connota el contenido volitivo (símbolo) debe cumplirse frente a un oficial público competente (y en su caso frente a testigos) quien la describirá en una pieza escrita junto con otros recaudos que la ley le establece.

La diferencia que existe con el instrumento privado es que, en razón de la participación de un oficial público, la conducta que éste presencia y describe debe tenerse por cierta y creerse por toda la sociedad. De él emana la fe pública.

23) Valores del instrumento público

Toda la eficacia sustantiva que tiene el instrumento público, tiene su origen en la certeza de su contenido, según establece la ley.

La fe pública (autenticidad de los hechos y autenticación del contenido connotado), la integridad (presunción de exactitud de su contenido entre partes y con relación a terceros), la fecha cierta, la eficacia probatoria, la eficacia ejecutiva (eliminación de la etapa probatoria en el juicio de conocimiento) muestran a las claras dicha circunstancia(14)(351).

Con esto la ley tiene la herramienta para sortear el olvido, la mentira y el engaño del hombre. ¿Y cómo la usa?

24) Trascendencia del negocio, de la forma extrínseca y de los efectos que condiciona: Su graduación legal

Visto las ventajas del instrumento público, éste debería ser el medio obligatorio para perdurar la conducta negocial. Pero como contraposición a esos valores positivos se suele alegar los inconvenientes que resultan de la demora en su configuración, su onerosidad y las complicaciones propias que acarrea el cumplimiento de rigurosas solemnidades. En realidad no creemos que tales observaciones sean ciertas, o por lo menos, no creemos que la demora y la onerosidad, sean consecuencia del instrumento público en sí, sino de adherencias fiscales o administrativas que se le agregan. De todas maneras es el legislador quien opta por sopesar estas características antes de condicionar a los

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

efectos del negocio, éste u otro media de reproducción.

De acuerdo a la relevancia económica y social del negocio, la ley gradúa (con un criterio político) los requisitos extrínsecos.

Se presenta en un peldaño inferior el principio de la libertad de formas (extrínsecas), por el cual no se establece requisito alguno al modo en que la conducta se exterioriza(15)(352)

En un segundo peldaño, y como principio general, cuando el negocio es bilateral con un objeto valorado en una cantidad superior a los \$ 100, la facción escrita es condición para su prueba (art. 1193).

En otros casos la ley impone la facción escrita como condición de eficacia del negocio (art. 1494).

Y en los peldaños superiores, en los negocios de mayor relevancia jurídica, aparece el instrumento público condicionando consecuencias de distinto tenor, según veremos.

25) Los efectos que condiciona la escritura pública: Forma extrínseca de valer y de ser

La escritura pública (principal instrumento público) además de asignar las consecuencias propias de su naturaleza (fe pública, integridad, eficacia probatoria y ejecutiva, fecha cierta) a cualquier negocio que se configure a través suyo, está impuesto en ciertos actos: 1) como condición para que se perfeccionen ciertos efectos; 2) como condición para que nazcan todos ellos. Es lo que la doctrina llama formas de valer y formas de ser, respectivamente.

En el primer caso (forma de valer) la celebración del negocio sin cumplimentar el requisito de la escritura pública, como por ejemplo la venta de un inmueble por documento privado, tiene los efectos de crear un vínculo jurídico, pero la transmisión del bien no se operará hasta la verificación de la forma extrínseca requerida (art. 1185).

En el segundo caso (forma de ser) la cumplimentación de la escritura pública es condición para la producción de todos los efectos del negocio (por ejemplo la donación de inmueble, art. 1810). Sin ella ni siquiera se produce el vínculo obligacional.

26) Recepción positiva de los conceptos expresados

Habíamos anotado (supra N° 19) que el distinto régimen asignado a la forma intrínseca y extrínseca era el que correspondía a la causa como sustancia original y a la condición, respectivamente, de los efectos del negocio jurídico.

Esa idea la hemos ido acentuando a lo largo del análisis en la creencia de que su comprensión surge clara y naturalmente.

Dificultaría ello el hecho de que la doctrina tradicional ha considerado a la forma extrínseca un elemento del negocio. Así se sostuvo que ésta pertenece a la sustancia misma del negocio. Entonces surgía que, como parte de su sustancia, debía ser fuente inmediata de sus efectos y

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

elemento imprescindible para su existencia.

Así como cuando hay un vicio en el objeto, o en un sujeto, no se configura el negocio, la doctrina sostenía que cuando la forma extrínseca es defectuosa, éste tampoco nace.

A más de todo lo que podamos opinar nosotros, la respuesta a esta dualidad de criterios está dada por el art. 987 que dice que el acto configurado en un instrumento público nulo por incompetencia del oficial público o por otros Vicios formales, será considerado como configurado en un instrumento privado cuando esté firmado por las partes.

Es evidente que si la ley le está asignando un régimen a un negocio con forma extrínseca nula, dicho negocio debe haber nacido y existido antes e independientemente de esa forma extrínseca. Es más, el negocio así configurado es siempre el mismo, lo que variará serán los efectos que alcanzará según la categoría de forma extrínseca que lo reproduzca.

Con igual criterio, el negocio jurídico (acto voluntario o calificado) que se conformó en un instrumento público totalmente nulo (que por sus vicios no podría valer ni aun como privado), seguiría teniendo vida como un mero acto celebrado verbalmente.

Si fuese la venta de una cosa mueble, la falta del instrumento público acarreará la pérdida de los caracteres generales que esa clase de documento asignaba al acto (fecha cierta, fuerza probatoria, etc.).

Si la venta fuese de un inmueble, además de dichos caracteres generales, no se producirá la transmisión de la titularidad dominial del bien. Pero continuará existiendo el vínculo jurídico (aunque muy difícil de probar).

Por último, si el inmueble se donara, no se producirá consecuencia alguna, ya que todos los efectos estaban condicionados a la configuración del instrumento público.

27) Autonomía e independencia de la forma intrínseca y extrínseca

Entonces tenemos que: 1) voluntad exteriorizada (forma intrínseca) y medio de exteriorización (forma extrínseca) son dos entes distintos, con requisitos distintos y regímenes distintos; 2) ello no quiere decir que tengan vida autónoma, ya que negocio sin documento⁽¹⁶⁾(353) no alcanzará los efectos especiales que a él le condicionaba la ley. Y el documento sin negocio, o referido a un negocio (forma intrínseca) inválido, no tendrá a qué asignarle sus caracteres y consecuencias, decayendo en un puro objeto material de limitada significación jurídica.

PARTE; II: LA ESCRITURA PÚBLICA

28) La escritura pública como modelo normativo de forma extrínseca

Hemos estado refiriéndonos a la forma extrínseca en general, y paulatinamente, pasando por el instrumento privado y por el público, nos acercamos a la escritura pública como un especial modelo normativo de

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

forma extrínseca.

Es obvio que por el tema que tratamos es la escritura pública el modelo normativo de forma extrínseca que en especial nos interesa y sobre ella centraremos ahora el análisis.

Como especie del género de las formas extrínsecas calificadas, debe responder a las cualidades y caracteres que de aquélla hemos inferido.

29) Objeto de la escritura: Reproducción de la conducta como hecho material

Habíamos definido la forma extrínseca como la manera, medio o modo en que se representa al mundo sensible una conducta exteriorizante de un negocio (N° 18). A ésta sólo le competará la verificación del hecho humano, como objeto material, en la dimensión tempo - espacial (N° 15). La escritura pública es una herramienta que tiene por objeto perdurar (N° 21) actos materiales que se producen ante el notario, mediante su reproducción. Por su propia naturaleza de objeto corpóreo no podría describir en forma inmediata a un negocio (contenido volitivo), ya que teniendo ésta una sustancia inmaterial, no es susceptible de ser representado sino por la evocación que de él haga un símbolo (la conducta) (N° 11).

De allí que la validez o nulidad del negocio (forma intrínseca) sea independiente de la validez o nulidad de la escritura que lo contiene (forma extrínseca).

Es que en sentido estricto, el documento no tiene por objeto inmediato reproducir un negocio, sino determinados actos materiales, sensibles producidos de un modo o manera estatuidos. Desde luego que estos actos reflejarán la existencia de un negocio, pero ello será irrelevante a los efectos de considerar la coincidencia del modo de verificarse la conducta con el modelo normativo de forma extrínseca, es decir, a los efectos de considerar la validez del documento.

La escritura como proceso formal, dirige exclusivamente su enfoque a la configuración de una actuación. En ese plano el negocio no existe, sólo hay conductas que se procura reproducir. Si éstas connotan un negocio, recién se conocerá mediante la comprensión del sentido que tienen. Si es así o no, o si connotan un negocio nulo o ineficaz, en nada interferirá con la validez de la escritura.

30) Función de la escritura: Asignación de efectos

En el N° 20 y siguientes hablarnos de la naturaleza jurídica de la escritura como condición legal para la producción de efectos determinados al negocio. Abordaremos ahora el análisis de la forma concreta en que se cumple esta condición ara ello no debemos perder de vista lo expresado recién, en el sentido de que la escritura recepta hechos materiales y no negocios.

Dijimos que la relación negocial se crea cuando se verifican actos que

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

connotan un contenido volitivo con el fin de establecer un vínculo jurídico. Cuando dos personas convienen la compraventa de un inmueble por este mero hecho han generado un vínculo obligacional. Mas para que la titularidad dominial se transfiera al comprador, dichos actos deben configurarse por medio de la escritura pública(17)(354).

Esta condición de eficacia (configuración en escritura pública) se cumplimenta sin interferir ni alterar la sustancia del negocio. Cuando hablamos de la escritura pública, además de aludir al texto documental, nos referimos a un proceso legal de estructuración y ordenación de actos humanos.

En su virtud, esa misma conducta se exterioriza de un modo, medio o manera particular reglamentado. Su apariencia deberá ajustarse al modo estatuido. De hecho las partes se encontrarán en una oficina pública ante un tercero (el notario) ajeno al negocio. Es posible que las palabras que entonces pronuncien no sean las mismas con las que convinieron el contrato. Tendrán también que estampar sus firmas en la hoja del protocolo. Pero independientemente de las distintas manifestaciones que representen las conductas de los sujetos, el contenido volitivo que éstas connotarán, será el mismo que originalmente dio forma (intrínseca) al negocio.

Una vez concluido el proceso, tendremos una pieza de papel con su grafía que perdurará en el tiempo: la escritura (el instrumento). Con ella perdurarán las conductas verificadas de acuerdo al proceso de su modelo normativo. Así el negocio que éstas connoten habrá cumplido la condición legal de eficacia.

31) Configuración de la conducta de acuerdo al modelo normativo

Si bien la escritura es una condición de eficacia del negocio, ello es la consecuencia refleja de la verificación de los actos que lo connotan conforme al modelo normativo de escritura pública.

¿Y cuáles actos se conforman de acuerdo al modelo normativo?

Más adelante abordaremos los requisitos formales de la escritura pública, pero ahora procuraremos analizar los requisitos que en forma directa califica la conducta (que luego connotará el negocio) como configurada de acuerdo al proceso escriturario.

Es que recordemos que la escritura, además de representar un texto documental, consiste en un proceso legal en el que se suceden etapas que, unidas, completan el fenómeno calificado.

Es obvio que siendo el texto documental la culminación del proceso escriturario, sólo la conducta que en él se reproduzca estará configurada legalmente. De ello surge que si la conducta no es descripta en el documento, no se conformará de acuerdo al modelo normativo y consecuentemente, el negocio que ella connote no cumplirá la condición legal.

¿Si ésta es la culminación del proceso, cuál es la primera etapa?

Siendo un requisito de la escritura la intervención de un oficial público,

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

dicha conducta deberá verificarse frente a éste(18)(355)quien debe evidenciarla y percibiría (para su reproducción). Si la conducta (aunque verificada en la realidad) no es evidenciada por el notario, no se configurará conforme al modelo normativo, por lo que el negocio que connote no cumplirá la condición legal de eficacia.

Estos requisitos, como etapas insorteables de un proceso, deben cumplirse simultáneamente. De nada servirá que el notario haya evidenciado la conducta si no la describió en el texto documental. Tampoco se configurará legalmente la conducta descrita en la escritura que no fue evidenciada por el notario(19)(356).

Estas situaciones patológicas no anulan de por sí la escritura, pero al excluir de su contenido conductas connotantes de un negocio al cual asignarles efectos, hacen puramente teórica su validez.

32) Necesidad de seleccionar la conducta que se configurará de acuerdo al modelo

Sin embargo, la aplicación de este principio no siempre aparece consecuencias tan drásticas

Pensamos que la escritura es una herramienta que "grava" conductas materiales. Durante el proceso escriturario, frente al notario se verifican una sucesión ininterrumpida de hechos y actos materiales. No todos connotan elementos de un negocio. Circunstancias tales como la vestimenta de los otorgantes, el hecho de fumar o beber una taza de café, etc., son irrelevantes (aparentemente) describir teniendo en cuenta la función de la escritura. De todas maneras el texto documental no podría contener toda esta masa de circunstancias materiales, no sólo por su inutilidad sino por la imposibilidad fáctica.

Es por ello que debe aunarse a la función confeccionadora del documento, la función selectora de la conducta que éste gravara.

He aquí la tarea de calificación de la forma intrínseca del negocio en sede notarial.

Crece en este punto la figura del notario, quien no usa su herramienta en forma insensible y maquinal. Sus conocimientos especializados no se dirigen exclusivamente a la confección perfecta de la escritura, sino que además busca alcanzar el fin último que ésta tiene: asignarle efectos a un negocio determinado.

La experiencia y su saber le indicará cuáles, entre las infinitas circunstancias de la conducta, debe describir para que tal fin se cumpla, y cuáles se desecharán.

Esta selección no es por cierto sencilla, y aun diríamos que es inevitable un cierto margen de error

Es que debemos admitir que un "querer" puede ser asociado a uno o varios símbolos, que sólo evocarán un significado aproximado de su contenido Recordemos que el querer es anterior a todo objeto material. Se ha dicho que los procesos intelectuales se desarrollan mediante imágenes visuales, o que discurren a través de palabras. Es evidente que

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

el concepto que no podemos traducir, aun en nuestra propia mente, por medio de símbolos materiales (sea imágenes, palabras, etc.) no podrá alcanzar una determinación concreta, una forma (intrínseca) definida. Como potencia anímica pura, ni aun nosotros mismos podremos comprender, ni mucho menos explicar. Pero precisamente es frecuente este fenómeno, lo que permite suponer que el contenido volitivo se produce originalmente como un impulso o sentimiento abstracto, que a posteriori procuramos objetivar mediante su referencia a símbolos materiales (procurando el mayor margen de coincidencia).

La ley (siempre posterior al fenómeno) crea un modelo de contenido volitivo de acuerdo a lo que considera con relevancia jurídica. Pero el contenido volitivo original (que no repara en la existencia de la ley) difícilmente se detenga en los límites típicos del modelo, porque éste pertenece a un mundo exterior, al mundo cultural ajeno a los primitivos procesos psíquicos del ser humano.

Es probable que con creces lo supere, agregando nuevas circunstancias del querer, complementarias o accesorias del modelo(20)(357).

Si pensamos en la diversidad de símbolos con los que se puede intentar connotar un concepto, si agregamos que son varios los conceptos que se unen para connotar un contenido volitivo jurídico, si a ello agregamos la cantidad de conceptos accesorios que puede contener el querer superando al modelo normativo (por lo que podríamos llamar atípicos), si añadimos los contenidos del querer que no tienen relevancia negocial, y si pensamos además en que la multiplicidad de símbolos no identifican sino en forma aproximada cada contenido volitivo, llegaremos a la conclusión de que frente al notario puede verificarse un espectro descomunal y complejo de conductas materiales al que hay que ordenar, interpretar y encauzar para su comprensión orgánica y futura reproducción.

Así, lo que legalmente se denomina compraventa, se conforma con un acuerdo de dos sujetos sobre una cosa y un precio, sin requerirse nada más. Pero puede exteriorizarse también un "querer" referido al plazo o lugar de pago, a cláusulas penales por incumplimiento, a prevenciones o garantías sobre la calidad de la cosa, o respecto de los gastos originados por su entrega, y cientos de vicisitudes más, no siempre claramente formuladas. Paralelamente pueden existir otros tantos sin relevancia negocial que por ignorancia las partes pueden empeñarse en resaltar, tales como la comparecencia del cónyuge del vendedor en operaciones excluidas del art. 1277, o prevenciones al comprador sobre sus futuros vecinos, etc. Entre uno y otros supuestos el límite no es tajante ni siempre claro. Lo que consideramos hoy irrelevante, puede ser mañana causa de un litigio. Lo que consideramos fundamental, tal vez en nada condicione la voluntad de los contratantes.

Como resultado, el notario inevitablemente debe seleccionar los actos (connotantes del querer) que describirá en el documento. Para ello emitirá su juicio de calificación. Pero debe hacerse notar que éste es anterior e independiente de la confección del documento(21)(358).

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Si el juicio es equivocado (sea por seleccionar conductas superfluas o por omitir otras esenciales para la connotación del negocio) no interferirá en la validez de la escritura. Esta sólo se limita a verificar y describir actos humanos materiales de un modo o manera particular, conforme a un modelo normativo de forma extrínseca.

33) La conducta parcialmente configurada de acuerdo al modelo

De lo expuesto surge entre otras cosas, que no siempre todos los actos que exteriorizaron un negocio se describan en la escritura. Y que esos distintos actos que no conforman el modelo normativo pueden tener una distinta trascendencia negocial que es necesario diferenciar.

Recordemos que el acto material se configura de acuerdo al modelo normativo de escritura pública, cuando cumplimenta las dos etapas de su proceso de formación (ver N° 32).

Veamos cómo se presentan en la práctica estas situaciones.

l) El primer supuesto de analizar es el de la omisión parcial en la descripción documental de una conducta que sí fue verificada frente al notario.

Continuando con el ejemplo de una compraventa, figuraremos la omisión, en la descripción documental, de dos circunstancias de la conducta que connoten otros tantos elementos de la voluntad de diferente trascendencia negocial.

a) Se presenta Juan y dice venderle a Pedro una cosa, pagándole éste su precio. El texto de la escritura no menciona individualización de la cosa.

La conducta realmente verificada, connota y por lo tanto genera un negocio válido; mas la condición de eficacia sólo la ha logrado cumplimentar la porción del contenido volitivo que se refleje en el documento. Por su parte la escritura (de validez irreprochable) sólo asignará sus efectos a la porción del contenido volitivo que connoten los actos que ella describe. Connotando esa porción un negocio nulo (por ausencia de objeto, art. 953) el documento se verá frustrado en su función de catapultar efectos al no tener a qué otorgárselos.

b) Si la conducta realmente verificada, connotara entre otros un elemento accidental del negocio (como el domicilio de pago, o una pena por incumplimiento) su omisión en la reproducción documental acarreará las siguientes consecuencias: el negocio aun con cláusulas adicionales, al ser connotado por actos, ha nacido como tal. Por su parte el documento asignará sus efectos especiales a la porción de la voluntad connotada por los actos verificados y en el descriptos. Las cláusulas adicionales no gozarán de esos efectos, pues su exteriorización no se configuró conforme al modelo normativo (no irradiará fe pública su existencia, deberá buscarse un medio para su comprobación. etc.). Mas el contenido volitivo connotado por los actos documentados bastarán para constituir un negocio perfecto (aunque sin las cláusulas

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

mencionadas), y a éste la escritura asignará sus efectos especiales.

II) En el plano inverso, el segundo supuesto se presenta cuando la conducta descrita en parte se ha verificado frente al notario y en parte no.

a) Por ejemplo: se presenta Pedro y manifiesta su intención de otorgar un mandato, pero la escritura consigna el otorgamiento de un testamento.

La conducta real verificada (la manifestación de Pedro), origina el nacimiento del negocio de mandato. Mas al no estar contenido en la escritura, no cumple la condición legal para alcanzar los efectos especiales: valdrá como un simple mandato celebrado verbalmente.

En cuanto a la conducta descrita en la escritura, sólo estará configurada conforme al modelo normativo, cuando además haya sido evidenciada por el notario. Entre lo evidenciado y descrito sólo coincide la presencia de Pedro y la firma del protocolo. Pero estos actos aislados no connotan ningún negocio completo. Lo que se consigna como declarado por Pedro al no haber sido presenciado por el notario, no se configurará conforme al modelo normativo. Como la eficacia condicionada por el documento sólo se le asigna al negocio connotado por los actos que se exteriorizan conforme al proceso escriturario (modelo normativo) y en este caso tales actos (comparecencia y firma) no constituyen un negocio, el documento se verá frustrado en su función de otorgar efectos por no tener a qué asignárselos.

b) Veamos el caso en que la conducta no configurada conforme al modelo tenga una trascendencia negocial menor.

¿Qué ocurre si los otorgantes nada expresan sobre cláusulas penales y sin embargo ello se consigna en la escritura?

En este caso, la conducta real fue totalmente descrita en la escritura; por lo tanto el negocio cumplirá con la condición legal de eficacia. Enfocando el supuesto desde el otro extremo, el documento sólo asignará los efectos al negocio connotado por los actos evidenciados y descritos. Estos completan un negocio perfecto, el que alcanzará tales consecuencias. Excluido de ellos, estará la cláusula penal, pues la conducta que la exteriorizó (si la hubo) no fue presenciada por el oficial público. (Por supuesto ello al margen de que deba probarse).

34) Otras aplicaciones del principio

I) Adelantándonos en el desarrollo del trabajo, mencionaremos que hay circunstancias y hechos materiales dentro del proceso escriturario, que ni aun mediatamente connotan elemento alguno de la voluntad, pero que estrictamente deben verificarse como requisito solemne para la validez, exclusivamente de la escritura (como modelo normativo de forma extrínseca).

Tales son, por ejemplo la consignación del lugar, fecha de otorgamiento, la presencia de testigos etc.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

¿Qué ocurre si dichos requisitos no se configuran dentro del proceso escriturario conforme al modelo normativo (por incumplir cualquiera de las dos etapas de su proceso) ?

Sería el caso de verificarse el otorgamiento de una venta en La Plata el 31 de diciembre de 1977 con la presencia de tres testigos, pero ello se omitiese consignar en el texto documental. O á la inversa. que el texto documental produjese aquello. pero otorgándose realmente el acto en Buenos Aires el 19 de enero de 1978. sin la presencia de testigos.

Sea la etapa de percepción, sea la etapa de consignación, tales nociones no completan íntegramente el proceso escriturario. Sin embargo en los dos ejemplos, la conducta verificada connotará un negocio intrínsecamente válido y perfecto. Claro que la forma extrínseca no alcanza a calificarse para conformar su modelo normativo: la escritura es nula. De allí que los actos exteriorizantes del negocio, al no haberse configurado en una escritura pública (válida) no alcanzará los efectos especiales que a ésta condicionaba la ley. Mas continuará existiendo como negocio válido e incluso asignándosele los efectos correspondientes a su configuración en instrumento privado, por la conversión que del viciado se produce (interpretación del art. 987)(22)(359).

II) Por último, cuando la reproducción omitida o consignada sin evidenciar, se refiera a un elemento que no incide en el contenido volitivo o calificado ni en los requisitos solemnes de la forma extrínseca, ni el negocio ni la escritura pierden su validez y efectos.

Tales serían las manifestaciones de las partes relativas a situaciones fiscales, administrativas, etc., que no son receptadas en el documento, o que son tergiversadas. Por ejemplo: Juan dice que es italiano y el texto documental omite consignar la nacionalidad, o consigna que es argentino. Tanto negocio como documento tienen validez y eficacia.

35) Requisitos de validez del modelo normativo de la escritura pública

Más allá de la posibilidad o no de descripción de una conducta, la escritura pública tiene un conjunto de requisitos explícitamente establecidos cuyo incumplimiento ocasiona lisa y llanamente su invalidez. Con ello acarrea el decaimiento de los efectos que ésta signa al negocio. Dicho de otra manera, al no tener valor la forma extrínseca, el negocio que se exterioriza por su intermedio no cumplirá con la condición de eficacia legal.

De allí que insistamos en la autonomía de los conceptos y regímenes de la forma intrínseca y extrínseca. Aquí donde la escritura es nula, el negocio continuará con su validez originaria.

Recayendo estos requisitos sobre la forma extrínseca. las características de ésta incidirán directamente con la conformación de aquéllas.

Si caracterizamos a la forma extrínseca como la manera, medio o modo en que se presenta al mundo sensible una conducta en el plano

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

puramente material (y ajeno a la connotación inmaterial que estos actos representan), tendremos que las solemnidades de este medio o modo de actuación, referirán exclusivamente a nociones c acontecimientos que debe verificarse en esa actuación, pero que en absoluto aludan a elemento alguno del negocio. Pues en esta faz normativa no existe el negocio. Este pertenece a una etapa anterior, y se reflejará posteriormente. En este momento sólo caben los actos humanos como objetos materiales sensibles.

De allí que los requisitos de la escritura reglan de qué modo en qué manera y por qué medio se producirá la conducta, y no los elementos que ésta deba connotar.

36) Enumeración de los requisitos

Dichas solemnidades están taxativamente enumeradas, siendo su interpretación restrictiva no ya en virtud del art. 1037, sino además por el art. 1004 in fine. Siendo la valoración política que se busca con la reglamentación de los modos o maneras de la producción de la conducta. evitar el olvido, la mentira y el engaño, cada requisito encuentra su explicación lógica, lejos ya de los ritos supersticiosos y del ceremonial magnificente.

a) En primer lugar debe intervenir un oficial público (escribano público, art. 997) quien garantiza con su imparcialidad la certeza de la conducta. Este oficial debe ser competente material y territorialmente en el momento de ejercer su función (arts. 980 y sigts. para el instrumento público en general).

b) Además deben estar desinteresados en el objeto del acto él y sus parientes dentro del cuarto grado, a fin de no alterar su imparcialidad (art. 985).

c) Los hechos que evidencia, deben describirse en el libro de Registros (protocolo), que estará rubricado, sellado y numerado conforme a las leyes locales (art. 998), y de acuerdo al orden cronológico en que se produjo (art. 1005).

d) Entre los hechos a consignar debe incluirse la fecha y el lugar en que se evidenció la conducta (art. 1004), de importancia fundamental no sólo para terceros, sino además para determinar la competencia del notario.

e) Debe ser firmado por los otorgantes y por otro sujeto a su ruego cuando corresponda (art. 1004).

f) Debe presenciar el acto y firmar el protocolo los testigos, cuando es requerido (arts. 1004 y 990 y sigts.).

g) Las raspaduras y otras alteraciones en parte esenciales del texto, deben ser salvadas de puño y letra por el notario (art. 989).

h) La doctrina agrega la autorización del notario(23)(360).

i) Por último, el art. 1004 da un nuevo requisito al establecer la nulidad de la escritura que no tuviere el nombre de los

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

otorgantes(24)(361).

37) Incumplimiento de los requisitos: Nulidad formal

Los nueve requisitos enumerados conforman el modelo normativo del modo, medio o manera de configurarse la conducta denominado Escritura Pública. Es decir, cuando un fenómeno social verifica esos requisitos, se conformará como escritura pública. Si alguno de esos requisitos no se cumpliesen, estaríamos frente a una escritura pública nula.

Las consecuencias, que se desprenden de la nulidad de una escritura, serán las derivadas de la privación de su carácter de calificado, como forma extrínseca, en general y como instrumento de especiales valores, en particular: no dará fe pública su contenido, no presentará una fecha cierta, perderá su mayúsculo valor probatorio y su calidad de título ejecutivo. Por otra parte, esta circunstancia se reflejará en el negocio que trasunte, al no cumplir éste su condición legal de eficacia (sea como forma de ser o de valer).

A este tipo de nulidades (del modo (le exteriorización y no del contenido exteriorizado) la doctrina denomina nulidades formales.

Nos abocaremos ahora a analizar la naturaleza jurídica de las nulidades formales, no sin antes hacer una discriminación no siempre bien entendida.

38) Exclusión de otro tipo de requisitos del modelo normativo de la escritura

A menudo se habla de ciertos requisitos menores del documento, los que si bien no acarrearán la nulidad de la escritura, pueden llegar en ciertos casos a hacerle perder sus efectos en un futuro, o a instancias de parte(25)(362).

Estos requisitos menores son los dispuestos en los arts. 999 al 1003 y cuyo incumplimiento es sancionado con una multa al notario interviniente (art. 1004 in fine). Es de hacer notar que existen muchos otros requisitos menores a lo largo del ordenamiento(26)(363).

Nuestra intención es acentuar que los únicos requisitos que estructuran el modelo normativo de la escritura pública (cuya omisión acarrearán su nulidad), son los que expresamente así dispone la ley, siendo los demás recaudos u observaciones establecidas con el objeto de facilitar el estudio de la relación negocial (no para constituir la o condicionarla).

Va de suyo que la interpretación aniquiladora del documento (que hace la doctrina con referencia a la inobservancia de los requisitos menores), se funda en situaciones límite, en que está en juego la aniquilación de la relación negocial. Pero ello por causas ajenas e independientes al recaudo omitido.

Nos referiremos aun someramente a estas situaciones límite.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

39) Un supuesto: Los títulos habilitantes

En primer lugar, podemos mencionar el art. 1003, el que dice: "...el notario expresará que se le han presentado los poderes y documentos habilitantes que anexará a su protocolo..."

Desde luego que lo que expresa el notario en la escritura, no responde sino a la realidad por él percibida. Ocurre que si Juan, que actúa representando a Pedro vende un inmueble de éste y la escritura no hace referencia a la actuación en nombre de otro en virtud de un poder(27)(364), la conducta configurada de acuerdo al modelo normativo connotará un negocio ineficaz, por falta de legitimación. Este caso puede incluirse entre los analizados en el N° 33, I, a.

De esto se desprende que la aniquilación de los efectos no se produce como una sanción legal por el incumplimiento del art. 1003, sino por la recepción en la escritura de un negocio lisa y llanamente ineficaz.

Similar es la solución en cuanto a la anexión al protocolo de los documentos habilitantes. Tampoco su incumplimiento acarrea la nulidad de la escritura. Ocurre que si la anexión no se realiza por no existir el poder, el contenido que la conducta connota no configurará un negocio perfecto por falta de legitimación (la voluntad exteriorizada de Juan no será atribuida a Pedro, el propietario). Por el contrario, si la anexión no se realiza, por un mero descuido del notario, ello no obstará a la validez n; del negocio, ni del documento, pudiendo agregarse en cualquier momento (sin perjuicio de las sanciones que cupiere al escribano).

40) Otros supuestos: La fe de conocimiento

El art. 1003, también dice: "...el escribano debe dar fe de que conoce a los otorgantes..."

La omisión de dar fe de conocimiento produce un efecto no divorciado de los principios expuestos.

Antes dijimos que el negocio cumple con la condición de eficacia, al exteriorizarse (por medio de la conducta) conforme al modelo normativo de forma extrínseca que corresponda. En el caso de la escritura pública, esa conducta debe configurarse a través de dos etapas: la de percepción por el notario, y la de reproducción en el protocolo. Estas etapas no se verifican con la mera presencia física del notario en el ámbito espacial en que se produce la conducta, ni con la simple referencia casual a una conducta dentro de la escritura.

Tanto la intervención del notario como la descripción documental responden a un contenido axiológico que integran su cumplimentación.

Trasuntar la producción indubitable y precisa de una conducta. De allí que el notario deba percibir conscientemente los hechos, describiéndolos con la claridad y certeza propias de lo que es conocido por haberse evidenciado.

Si una escritura dijese: "En una ciudad que creía es La Plata, en la fecha que quizá sea tal, comparece Juan quien dice vender a Pedro de lo que

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

no doy fe", sin duda estaríamos frente a un instrumento con todos los caracteres del privado. Habría que comprobar extradocumentalmente la fecha y lugar de otorgamiento, la veracidad de las declaraciones y la autenticidad de las firmas. Aun suponiendo que éste fuere un instrumento público la conducta descrita por su incertidumbre y vaguedad, no podría servir para connotar los elementos de un negocio.

Hemos ejemplificado con un caso límite y utópico, pero es precisamente en estas situaciones cuando los principios jurídicos prueban su fortaleza. Supongamos ahora una circunstancia más factible. ¿Qué ocurriría si después de describirse una conducta, el instrumento omitiese consignar "de lo que doy fe"?

Parecería que el contenido de la escritura irradia fe pública por su propia naturaleza y conformación (arts. 993 a 995) siendo la mención expresa de la dación de fe, una circunstancia sobreentendida y prescindible.

Aunque esto fuera así, a la dación de fe del contenido general del documento, la tradición doctrinal ha acentuado la importancia de la dación de fe de un factor particular de la conducta: la individualización indubitable de los otorgantes (como consecuencia del conocimiento personal por el notario, o por testigos de conocimiento).

Cabe preguntarnos si también en este caso la dación de fe de conocimiento debe consignarse expresamente o surge implícita del documento.

En el primer caso, su omisión acarreará la exclusión del contenido documental (configurado conforme al modelo normativo), de un factor de la conducta que connota un elemento esencial del negocio (la individualización del sujeto). El documento asignará sus efectos a la porción de conducta verificada conforme al modelo normativo del proceso escriturario. Al no haber sido evidenciada la individualización del sujeto contratante, la escritura reflejará un negocio imperfecto.

En el segundo caso (fe de conocimiento implícita), su consignación será irrelevante, importando sólo el hecho de que efectivamente los otorgantes sean los que describe el documento. De no ser así, se producirá una discordancia entre la conducta evidenciada (comparecencia de Equis) y la descrita en la escritura (comparecencia de Juan), repitiéndose la circunstancia analizada en el N° 33, II, a.

De cualquier manera, la ineficacia del negocio no se producirá por la inobservancia del art. 1003, sino por el juego de los principios generales expuestos, con relación al negocio (como causa) y al documento (como condición de la eficacia).

41) Otros requisitos menores

La no mención de la mayoría de edad, estado de familia, domicilio o vecindad de los otorgantes (art. 1003), tampoco anulan la escritura, ni determinan la recepción incompleta del negocio. Basta que los otorgantes estén individualizados indubitablemente para que el elemento subjetivo se connote y convalide el acto. Si la individualización de los

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

sujetos no surge claramente, se producirá la ineficacia del negocio, pero no por incumplir con el art. 1003 sino por la no configuración documental de un acto jurídico íntegro.

Otro tanto se podría decir en cuanto a la mención del objeto del acto, de las condiciones, cláusulas, plazos y cantidades en letras y no en números, etc. (art. 1003), así como la consignación del documento de identidad, la nomenclatura catastral, la inscripción dominial y tantas otras circunstancias que en nada interfieren con la validez del negocio ni del documento.

42) Naturaleza jurídica de las nulidades formales

Hemos andado un largo camino. Hablamos del negocio jurídico y de la voluntad como su sustancia. Distinguimos la forma de esa voluntad de la forma en que se percibe la conducta que la connota (forma extrínseca). Dijimos que la exteriorización de la conducta de acuerdo a ciertos modelos normativos condicionan los efectos del negocio. Por fin, definimos los requisitos del modelo normativo más importante (la pública) y lo depuramos de otras circunstancias que no atañan al mismo. Hemos hablado de las consecuencias que se producen cuando la escritura no cumple con aquellos requisitos (adviene su nulidad). Ahora analizaremos cuál es la naturaleza de esta nulidad, cuál es la categoría a que pertenece.

43) Razón política del establecimiento de las nulidades formales

La doctrina distingue cuándo un requisito (y por ende la nulidad por su incumplimiento) se establece en miras del interés particular, o en salvaguardia del orden público.

Es evidente que el instrumento público (a diferencia del privado, que en principio, sólo es oponible a los otorgantes) extiende sus efectos a todos los miembros de la sociedad.

Recordemos que su función fue y es vedar "el engaño" a los terceros. De tal forma que será el interés de éstos el que se verá lacerado por su derogación. Piénsese que los otorgantes no podrían convenir que el documento obvie la fecha o que sea autorizado por un notario incompetente, o que prescinda de algunas firmas, etc. Es que tales requisitos superan la esfera de sus intereses particulares, desplazado por el interés público en el mantenimiento del orden.

44) Sujeto activo de la acción de la nulidad formal

En ciertas ocasiones, la ley establece un sujeto individual habilitado para ejercer la acción de nulidad (art. 1048). Ello obedece en razón de estatuirse el requisito en interés de un particular. Compitiéndole sólo a éste el cumplimiento de tal recaudo, es lógico que sólo él sea el único habilitado para solicitar la nulidad.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Ya vimos cómo en las nulidades formales, el interés comprometido no es el de un particular. Siendo los que se benefician con el cumplimiento de los requisitos de los miembros de la sociedad (quienes tendrán la garantía de que los negocios relevantes respondan a una realidad intachable), surge que los habilitados para pedir la nulidad (por su incumplimiento) serán los terceros interesados y aun el juez de oficio, cuando se halla manifiesta(28)(365), ya que estando en juego la seguridad social, no debe librar al arbitrio de los particulares su declaración.

45) Subsanación de las nulidades formales (unidad del acto)

Debemos aclarar que no es lo mismo confirmar y subsanar un acto. La confirmación representa la renuncia a la acción de nulidad por parte del único interesado en el cumplimiento de un requisito que no se ha verificado. Por definición ésta es incompatible con las nulidades estatuidas en interés del orden público. La subsanación representa la integración de uno de los requisitos del acto, con posterioridad a su celebración imperfecta. Por ello las nulidades formales no son susceptibles de confirmación. Centraremos entonces la indagación alrededor de la subsanación de los vicios de la escritura.

Pensemos en que todo modelo normativo, se establece mediante la formulación de un conjunto de requisitos. Cuando un fenómeno social engloba esos requisitos en forma simultánea, se verá encuadrado en dicho modelo, aplicándosele su régimen legal.

De este modo, el modelo normativo del acto jurídico establece una serie de circunstancias que por separado carecen de relevancia. Sólo al reunirse dan génesis al negocio. Lo mismo ocurre con el modelo normativo de la escritura. No obstante hay una diferencia radical entre uno y otro supuesto.

Recordemos que los requisitos estatuidos por un modelo recaerán directamente sobre la sustancia del fenómeno que califican. Siendo la sustancia del negocio (un querer) un contenido espiritual, su existencia se prolonga más allá e independientemente del suceso material que lo haya connotado. La conformación del negocio no tiene entonces límites materiales (tempo - espaciales). Hoy puede manifestarse una oferta aquí y aceptarse en otro sitio mañana. Más allá de las efímeras palabras que la connotaron, la voluntad prolonga su vigencia en el tiempo y en el espacio hasta que el sujeto retracte su querer. Los elementos no necesitan surgir en un mismo momento, baste que en algún instante se encuentren reunidos.

Por el contrario, la escritura pública constituye un modelo normativo del modo o manera de exteriorización de la conducta. Su sustancia está representada por actos materiales. Existiendo estos actos materiales sólo en la dimensión del aquí y ahora, su efímera existencia se diluye tan pronto termina el momento de su verificación. De allí que los requisitos que circunscriben a la conducta, deben cumplirse simultáneamente y en

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

un mismo momento.

La no intervención del notario o la no presencia de testigos, o la omisión de las firmas en el documento, o la no conformación instrumental en el protocolo, no podrían subsanarse por medio de su verificación posterior. El cumplimiento de los requisitos en forma conjunta y simultánea estará irremediablemente quebrantado.

Recordemos también que los acontecimientos materiales y demás circunstancias que requiera la escritura, deben reproducirse en el texto documental (la presencia del notario, los testigos, el lugar y la fecha, etc.) También esto es un hecho efímero, pues la reproducción debe concluir con las firmas; las firmas son parte esencial de ese momento y la determinación de ese momento es uno de los acontecimientos que necesariamente se deben reproducir. Con las firmas se cierra el ciclo; ese momento ya pertenece al pasado(29)(366).

¿Cómo podría en la fecha cierta actual, dar certeza de una fecha pretérita, o de un acontecimiento producido en el pasado?

Después de las firmas el texto documental no podrá alterarse(30)(367). Una escritura posterior que cumpla con el recaudo omitido, no hará sino verificar un requisito extemporáneamente.

Como resultado tendremos que la omisión de un requisito formal es insubsanable.

La única solución viable será la de observar el requisito omitido y repetir el resto de los requisitos del modelo normativo, para que su verificación sea simultánea (desde luego con la fecha cierta actual), pero ello será otorgar una nueva escritura.

46) Naturaleza jurídica de las nulidades formales: Nulidad absoluta

En los tres puntos anteriores dijimos que la nulidad formal está estatuida en salvaguardia del orden público, que no puede ser obviada por las partes, que puede alegarse por cualquier interesado y aun por el juez de oficio, y que no puede confirmarse ni subsanarse.

Cada una de estas circunstancias, individualmente, nos sugerirían que la nulidad formal puede ser calificada como una nulidad absoluta. Coincidiendo en este caso todos los caracteres de esta categoría consideramos plenamente justificada tal conclusión.

47) Racconto

Ha llegado el momento de hacer un pequeño racconto de lo desarrollado. Hemos estado hablando de la voluntad exteriorizada, como la sustancia del negocio, y de ciertos modos o medios de exteriorización estatuidos como una de sus condiciones de eficacia.

Cuando para la producción de ciertas consecuencias se requiere el cumplimiento de un número de acontecimientos o nociones que deben verificarse, nos estamos refiriendo a los requisitos estatuidos. Estos requisitos pueden formularse de dos maneras: 1) calificando las

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

calidades o atributos de una cosa; 2) o calificando acontecimientos ajenos a esa cosa. En el segundo caso, nos encontraremos frente a una noción de producción independiente a la génesis de la cosa. Al decir que es independiente, estamos afirmando que es (al menos racionalmente) futura, y desde luego de producción incierta. A poco comprenderemos que este segundo caso coincide con el concepto jurídico y aun gramatical de la palabra condición (ver N° 20).

Si alguien nos reprochase el hecho de afirmar que la forma del negocio es una condición para la eficacia (y por lo tanto ajena a su sustancia) no podríamos ni intentaríamos encontrar argumentos valederos para defendernos.

La forma si bien no es una cualidad o elemento de la sustancia, representa su ordenación y determinación estructural. Como tal no podríamos sostener una independencia entre objeto y forma, pues éste es sustancia ordenada.

Pero es que los modos, medios o maneras en que se exterioriza la voluntad, no constituyen la forma del negocio.

Siendo la sustancia del negocio una voluntad, su forma será la estructura ordenada y determinada del contenido volitivo (lo que llamamos forma intrínseca).

Sin duda que sólo podremos conocer a esa forma (intrínseca) por medio de su exteriorización, pero ésta es de una entidad distinta e independiente del contenido volitivo, que tiene por única función ayudarnos a conocerlo.

Imaginemos por un momento el amanecer. Imaginemos la sombra de un pájaro atravesando ese firmamento incandescente. Un ciego jamás lo podría percibir. Tratemos entonces de comunicarle el fenómeno que evidenciamos. Recurriremos a mil palabras y expresiones y tal vez al fin el no vidente comprenda aproximadamente nuestra experiencia. Pero el fenómeno que hemos tratado de expresar es independiente de las palabras usadas para describirlo. Nuestro acompañante desechará las expresiones y sólo guardará para sí la representación que del fenómeno haya podido captar. Las frases usadas podrá olvidarlas. Lo único valedero de ese recuerdo será la significación que ellas connotaron. Es que el amanecer no vivía en nuestras palabras, existía antes y existirá después de éstas.

De la misma manera la voluntad sólo puede conocerse por medio de su exteriorización.

El deseo de vender puede manifestarse verbalmente o por medio de un instrumento privado o por medio de uno público.

(Como se ve, el medio o modo en particular usado es extraño e independiente de la existencia y determinación del contenido volitivo. Este ya existe y es conocido, es un fenómeno social autónomo. Pero para que él ordenamiento le reconozca sus efectos, debe cumplirse un nuevo requisito (futuro, incierto, ajeno a su sustancia): la exteriorización de esa voluntad por un medio, modo o manera en particular estatuido. E insistimos refiriéndonos a esa voluntad, porque el "querer" será el mismo

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

(sólo en virtud de un nuevo negocio podría mutarse). Ello explica que la voluntad de vender sea la misma al manifestarse verbalmente o por medio de una escritura pública. Ello explica también que aunque ambas (voluntad y escritura) coincidan en un mismo momento, continuarán siendo dos entes distintos. Y ello explica asimismo la circunstancia que ocasiona la nulidad formal de la escritura, que en nada interfiere con la validez del negocio (a la luz del art. 987).

No hay duda que la doctrina tradicional no comparte estas opiniones. Las directivas generales han señalado a la forma de exteriorización de la voluntad como un elemento del negocio. Por su parte, nuestro Código ha sido fiel a esta concepción, aunque desde luego, ello sea sólo en su apariencia literal. La ciencia del derecho está por encima de las leyes, y aun por encima de un sistema normativo tan elogiado como nuestro Código Civil. No podemos guiar nuestras opiniones por lo que textualmente se lea en un artículo. ¿Cuántas veces Vélez Sársfield se refiere a la nulidad de un negocio por un defecto formal? ¿Qué ocurre con la voluntad de vender exteriorizada en una escritura sin data? ¿No ha dado por sí misma vida a un negocio? Las normas pueden decir que la escritura pública es suficiente para transferir la titularidad dominial, excepto en cuanto a su oponibilidad a terceros, o también podrá decir que la escritura pública no transfiere la titularidad dominial, excepto entre partes. Más allá de los principios y excepciones que puedan aparecer manifiestos en la ley, importan los mecanismos que ésta genera, y a ellos con abstracción de los términos que en particular se usen, debe remitirse el científico. Esa es la única manera de que un pensamiento no pierda su vigencia tan pronto cambie la letra de la ley.

PARTE III: CALIFICACIÓN DEL TÍTULO EN SEDE REGISTRAL

48) Inscripción registral del título

Estamos completando el panorama de la realización jurídica del negocio sobre bienes raíces.

Tenemos un contenido volitivo exteriorizado como causa de una modificación en el mundo jurídico. Se presenta la escritura pública como etapa condicionante de la transferencia de la titularidad dominial. Paralelamente, la tradición se completa como otra condición de eficacia (sin ella, ni aun la escritura pública concede efectos plenos al negocio).

Hace diez años se estableció en el orden nacional una nueva condición para la eficacia plena de los negocios inmobiliarios. Esta, al menos en principio, no interfiere (como el título y el modo) con la concreción de una transferencia dominial. Sólo se limita a condicionar su oponibilidad a terceros.

Tal requisito (futuro e incierto) consiste en la inscripción del título causal en un registro especial.

Se ha llegado a afirmar que hasta la inscripción registral no hay un traspaso en la titularidad del bien, sosteniendo que su naturaleza es

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

constitutiva(31)(368). Pero más allá de eso, y sin entrar en polémicas, interesa en este tema el hecho cierto e indiscutible de que la causa jurídica de la transmisión se opera fuera de la órbita registral.

Tanto la exteriorización de la voluntad negocial, como la conformación del título instrumento, se producen, en la gran mayoría de los casos, en el ámbito notarial.

49) Calificación registral

Una vez configurado el título (como causa y como instrumento), corresponde efectuar una nueva etapa del proceso: presentarlo al Registro para que éste lo inscriba en sus libros.

A su vez el registrador cumple con un paso previo a la inscripción: califica el título.

Más allá de las concepciones con decidida inclinación política intentaremos dar una definición pura y específica de la calificación registral. Habíamos dicho al principio (ver supra N° 5) que según el Diccionario de la Academia Española el fenómeno calificado es el que tiene todos los requisitos necesarios. Surge de ello que calificar sea determinar que un fenómeno reúne todos los requisitos necesarios. Traducidos al lenguaje registral podríamos decir que calificar es determinar si un título reúne todos los requisitos necesarios para su inscripción.

Pero conviene resaltar algo no siempre claramente manifestado: si bien es el registrador quien califica, es la ley la que establece cuáles son los requisitos necesarios. Por lo que su actividad será siempre sublegal y normada, sin margen de discrecionalidad.

50) Requisitos del título calificado

¿Y cuáles son esos requisitos necesarios?

Es evidente que entre éstos estarán los que surjan del derecho registral y de los principios que él sustenta, tales como el de rogación, el de especialidad o determinación, el de prioridad, el de tracto sucesivo. Todo ello se refiere a la competencia del funcionario que solicita la inscripción, a la concordancia de lo que en éste se consigna respecto de los otorgantes (nombre, estado civil, etc.) y al bien objeto del negocio (ubicación, medidas y demás circunstancias), con los asientos registrales; a la solicitud de los certificados, etc. Hasta aquí caminamos con paso firme. No sabemos si hay más, lo que sí sabemos es que estos son los mínimos.

51) Diferencia entre requisitos para la inscripción y requisitos para la validez y eficacia del negocio

Hasta este momento no hemos indagado en la validez sustancial o formal del negocio.

El registrador verificó la conformación de ciertas nociones que bien

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

podieron serle conocidas sin tener a la vista el título inscribible. Quién solicita, qué solicita y cómo lo solicita puede comunicarse mediante una simple minuta de inscripción, o si se quiere, mediante una observación automática y mecánica del título. Pues nótese que la ausencia de cualquiera de esos recaudos no anulan ni al negocio ni a la escritura, por lo que no atañan a su validez.

Es erróneo considerar que los arts. 15, ó 30 ó 32 establecen requisitos que hacen a la perfección de la forma intrínseca del negocio. Tales normas imponen pautas para la inscripción referidas a la propia organización interna del Registro y a sus principios jurídicos. Cuando se pretende inscribir un título no concatenado con sus antecedentes dominiales, el registrador no lo observará por considerarlo inválido. Eso no lo puede saber, ni le interesa. El lo observará porque según sus asientos no se verifica el tracto sucesivo. Pero sus asientos no son toda la realidad, y nos referimos a la realidad jurídica. Puede ocurrir que habiendo dos negocios celebrados simultáneamente, se solicite la inscripción del segundo sin que haya aún ingresado el primero. En ese caso el negocio es válido, no obstante el registrador lo rechazará. Y repetimos, no lo rechaza por considerarlo nulo, sino por no coincidir el contenido que debe inscribir con sus asientos (de la misma manera como podría no coincidir la designación o medidas del inmueble).

El registrador estará revisando la validez del negocio (de las formas intrínsecas y aun las extrínsecas) cuando analice el título abstraído de los asientos dominiales, de su parcializado e inestable universo. Porque así como la causa jurídica de la transmisión se opera fuera del Registro, la validez de esa causa también se crea, vive y existe fuera del Registro.

Con todo esto queremos significar que los principios registrales enunciados, no están referidos directamente a la validez y eficacia del negocio.

Ello no quita que exista otro principio que sí puede enancarse en la viabilidad misma del documento en su ser en sí, y aun en la forma intrínseca del acto.

Ese principio tan amplio y poderoso podría ser el de legalidad.

Nos preguntamos entonces si merced a éste, la validez del título como causa y como instrumento puede ser calificado en el Registro, es decir, si es un requisito para su inscripción.

52) ¿La validez del título es un requisito para su inscripción?

Se inclinan por la posición afirmativa la doctrina de los registradores(32)(369), en un sorprendente consenso de subordinación al principio de legalidad. Tal es la devoción de estos funcionarios que llegan a sustentarlo aun donde la ley guarda silencio(33)(370).

Por su parte la doctrina notarial, en una posición enfrentada, reacciona mediante construcciones concretas y positivas de la ley 17801, intentando excluir de la calificación a la forma intrínseca e intentando darle una correcta conceptualización. En tanto deben acatar el juicio del

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

registrador quien, mientras se decide la controversia, califica según su sapiencia.

Esta es la realidad de hoy. Una realidad por demás comprensible. Es el Estado quien en la práctica tiene la última palabra, y mientras lo que corresponda esté supeditado a una interpretación controvertida de la ley, él mismo lo hará según lo que considere justo.

El científico, frente a esta joven rama jurídica, analiza la ley y el derecho comparado. Clasifica los sistemas registrales según su tipo de calificación en mecánicos de control y de pericia, o en mínimos y desarrollados, o en rígidos y flexibles, todo ello según la política legislativa de cada Nación. Y la sombra de la última batalla en este debate se vislumbra en el horizonte inclinándose a favor del criterio del funcionario estatal. ¿Por qué?: pues si es un problema de política legislativa, de un plumazo la ley decidirá el entuerto. Y no nos engañemos, hace mucho que el legislador ha dado la espalda al notariado.

53) La ley 17801 y las formas del negocio: La posición del notariado

Mientras tanto, Pelosi, García Coni, Gattari y otros profesores analizan la ley 17801. De su letra, con meridiana claridad surge que el ámbito de calificación registral se circunscribe, en cuanto al título(34)(371), estrictamente a las formas extrínsecas (los requisitos que deben conformarse en cuanto al modo, medio o manera de exteriorizarse la voluntad independientemente de los requisitos que deba contar el contenido de esa voluntad para la validez del negocio).

Lo que no puede explicarse convenientemente es por qué razón la ley hace esta división tajante del proceso negocial, incluyendo en el campo calificable a la forma extrínseca y excluyendo a la intrínseca.

Se afirma que la configuración del negocio (su forma intrínseca) es de competencia y responsabilidad exclusiva del notario, y con ello se intenta ponerla a cubierta del registrador. Pero no estamos investigando quién es el responsable de la configuración de un fenómeno. sino que investigamos quién debe controlarlo. Ambas actividades no siempre recaen sobre un mismo individuo y de hecho muchas veces no es así.

Un ejemplo palpable de ello está precisamente en las consecuencias de esta misma doctrina: se deja librada a la calificación registral a la forma extrínseca, ¿pero la configuración de ésta no es acaso de competencia y responsabilidad exclusiva del escribano.

Mientras subsiste la duda sobre la razón que justifique la limitación del campo calificable, el notario estará de paramales, pues mientras dure la controversia el tiempo estará de parte del registrador

54) Desestimación de la distinción entre formas intrínsecas y extrínsecas en cuanto a la calificación registral

En nuestra modesta opinión, la duda a la que nos referíamos al final del número anterior no existe. No vemos una razonable justificación jurídica

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

para hacer esa limitación en el campo calificable

Si el registrador debe controlar sólo en base a los principios registrales, no tiene por qué embarcarse en el estudio de la validez del negocio ni en la validez del instrumento.

Si el registrador debe controlar además los presupuestos de la inscripción no tiene por qué limitarse a estudiar las formas extrínsecas y obviar las intrínsecas. Ambas son necesarias para que en el ámbito extrarregistral haya una mutación jurídica.

Desde luego el legislador puede estatuir uno u otro sistema, dependiendo ello de un criterio político.

Sin embargo, si coincidimos en admitir que la transmisión de la titularidad dominial (o mutación de otros derechos) se opera fuera del registro y será precisamente eso lo que se inscriba en sus libros, no podremos negar que la validez de ese fenómeno extrarregistral se presente como un presupuesto necesario y un requisito razonable para su inscripción

En cuanto a la ley 17801 si dirigimos una mirada objetiva comprobaremos que dicho presupuesto se encuentra latente cuando su artículo 2º establece que "...se inscribirán los (títulos) documentos... (inc. 2), que constituyan, transfieran, declaren, modifiquen o extingan derechos reales sobre inmuebles". O en el art. 3ro. cuando dice que el documento para ser inscripto debe reunir el requisito de (inc. c) "servir inmediatamente de título al dominio, derecho real o asiento practicable" Es evidente que el título (causa e instrumento) inválido no tiene estas cualidades

Por otra parte es evidente también que la ley faculta al registrador para investigar y rechazar el negocio o la escritura viciada por una nulidad absoluta y manifiesta (art. 99, inc. a)(35)(372).

El portal de las formas intrínsecas está abierto a la calificación. Donde esta se detiene es motivo de mil especulaciones.

55) Inquietud final de esta tercera parte

Es probable que las afirmaciones expresadas en los últimos números causen un espontáneo rechazo en la doctrina notarial. Es que en principio, admitiendo que lo dicho sea cierto, el ámbito de calificación registral se podría ampliar a contornos insospechados aun por muchos registradores.

Pero ello - repetimos - es sólo en principio. Resta mucho aún por analizar. Si es requisito para la inscripción la validez del título, tendremos que sumergirnos en un océano jurídico no menos ajeno a las polémicas y desviaciones, tendremos que sumergirnos en la teoría de las nulidades a fin de establecer con claridad qué es un título válido y cuando se produce la mutación extrarregistral.

Si nos embarcamos en una empresa tan difícil es - al menos eso pretendemos - para buscar principios jurídicos que superen a las circunstanciales leyes, que perduren en el tiempo más allá de gobiernos

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

y políticas. Sólo así dejaremos de librar interminables controversias y descansaremos en el edificio del ordenamiento jurídico.

PARTE IV: TEORÍA DE LAS NULIDADES

56) Nulidades: Introito

Parece paradójico que en la actualidad, sobre un tema capital del derecho, haya tal disparidad de criterios en la determinación, no sólo de los mecanismos de las nulidades sino, además, en el concepto de ellas. Como ya anotáramos al ver las formas, también aquí tendemos a confundir el proceso del análisis, enfocando a este objeto cultural con un criterio elaborado para los objetos de la naturaleza. Pero no es sólo nuestra la culpa, pues la confusión de conceptos se remonta a tiempos lejanos que nos empujan con su inercia hacia caminos oscuros. Y es por eso que los términos usuales del tema han perdido la significación original, para embanderarse con conceptos y cargas emotivas alejadas de su connotación real, y que aún se dejan ver en normas del derecho positivo.

57) Definición clásica

De las nulidades hablan nuestros maestros como de una sanción legal que priva de sus efectos propios al acto jurídico en virtud de una causa existente en el momento de la celebración⁽³⁶⁾⁽³⁷³⁾, llamando esa causa vicio del acto.

58) El concepto y sus impurezas

Se han mencionado varias palabras que demuestran una connotación preconcebida, que turba el significado del instituto.

Hablamos de nulidad como pena, como el proceder impuesto por la autoridad pública al autor de una infracción a un deber Jurídico. Hablamos de nulidad como de la enfermedad que afecta a un cuerpo de la naturaleza. Hablamos de la nulidad como de la desaparición absoluta de las consecuencias de un acto. Y estas ideas nos confirman un concepto de nulidad que más o menos se puede expresar como la negación de la existencia material de un ser morbos, aniquilado desde antes de su nacimiento por el poder omnipotente del Estado.

Planteado en estos términos, no habría más que hablar de las nulidades. Sólo se necesitaría saber cuáles son las morfologías que establece la ley para ignorarle consecuencias.

59) La nulidad como el negocio viciado

Pero sigamos analizando la teoría.

Revisemos el vicio del acto, su "enfermedad" y recordemos la definición

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

del acto jurídico: "Acto voluntario y lícito que tiene por fin inmediato establecer relaciones jurídicas..." (art. 944). Ahora nos preguntamos: ¿El acto celebrado por un demente es voluntario? ¿El negocio con objeto inmoral es lícito? ¿Alcanzan a configurar estos actos (y cualquier otro, aun los llamados anulables de nulidad relativa), negocios jurídicos de acuerdo a la definición legal? Sin duda no. Ellos no son los actos jurídicos que define el artículo 944, o dicho de otra manera más descabellada pero no menos cierta, ellos son actos jurídicos inexistentes(37)(374).

Pero atención. No nos oponemos a la designación del acto jurídico viciado o nulo. Ellos son, simplemente, términos que la ley ha creado para referirse a un significado específico, si nos oponemos a que se vislumbre un significado a partir del término usado (sea extraído de su concepción vulgar o aun gramatical, o de preconceptos mal elaborados).

De allí que digamos que la designación de acto nulo, estructuralmente, sea representativa de un acto inexistente, o de un acto cumplido que pretende constituir un negocio jurídico(38)(375).

60) La nulidad y los efectos

Y ahora tengamos nuevamente cuidado, no cometamos el mismo error. Pensar que el acto inexistente no tiene efectos, sería inferir el concepto de un objeto del término que se usa para designarlo. Y es que aquí también se presenta el fenómeno mentado sobre la dispar naturaleza de las leyes de Las ciencias culturales y naturales. Es que la primera "crea" sus propios objetos y es ella la que puede establecer que allí, donde no hay "algo", produzca los efectos de ese "algo"; y es así como la ley le otorga efectos a una estructura determinada, puede concederle efectos a una porción de esa estructura(39)(376).

Dicha porción, también determinada, crea a su vez un tipo legal, que tendrá su designación y mecanismos propios.

61) La nulidad como sanción

¿Y qué hay de la sanción?

La habíamos definido como la consecuencia de la infracción de una norma.

Entonces nos preguntamos: quien actúa en un estado de incapacidad accidental o quien con la voluntad viciada por un error excusable, o quien obligado a la fuerza por un tercero extraño celebra un negocio, ¿está violando una norma? En ese caso, ¿la sanción recaerá sobre la parte inocente? Y aun así, ¿sería sólo el autor de la infracción el único legitimado para hacer funcionar la sanción? (art. 1048).

62) La voluntad y su "opus"

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Es que el acto jurídico como instituto que concede la facultad de arbitrar el ejercicio de los derechos particulares consagrando el principio de la autonomía de la voluntad, le impone al sujeto una carga legal cual es la de cumplir los requisitos que la ley establece a los efectos de reconocer sus intereses conforme al negocio elegido.

Pero el concepto de carga, como imposición de un comportamiento como premisa para conseguir un determinado efecto útil(40)(377), no representa una obligación por la cual se puede constreñir al sujeto a cumplir y que en caso contrario se pene. Si el sujeto quiere un efecto, cumple los requisitos. Si no los cumple, no tendrá los efectos.

63) Teoría de las nulidades: Un tema anárquico

Estos planteos en el plano teórico, nos denotan algunas de las causas de la profunda confusión, sea semántica, conceptual o axiológica, que ha privado a la doctrina de llevar a buen puerto la teoría de las nulidades.

Así se ha llegado a calificar al acto anulable como de nulidad no manifiesta y al acto nulo de nulidad manifiesta. O se equipara el acto nulo al de nulidad absoluta y al acto anulable al de nulidad relativa. Y las definiciones de una y otra categoría se tornan confusas e inaplicables. Se desechan las nulidades virtuales o se las defiende y se llega a negar la existencia de actos anulables hasta por fin negar la vigencia a toda la teoría. Esto nos confirma la anarquía que hay en el tema.

64) Concepción amplia de nulidad

Con el fin de aclarar nuestras ideas, emprendemos un análisis, tomando como presupuesto una concepción amplia de nulidad, refiriéndonos al régimen jurídico que regula los efectos del acto que no ha llegado a conformarse como negocio jurídico perfecto, de acuerdo a los requisitos que la ley establece.

El régimen a que se someten esos efectos varía de acuerdo a la característica del requisito que no se ha verificado y en virtud de un criterio eminentemente político.

65) Nulidades manifiestas y no manifiestas

Salta a nuestra vista una primera clasificación estrechamente vinculada al derecho notarial y registral, las nulidades manifiestas y no manifiestas. Debería ser el artículo 1038 quien nos definiera estas categorías. Sin embargo el mismo tiene una redacción poco feliz, lo que obliga al intérprete a sortearlo si pretende arribar a una respuesta absoluta(41)(378)

La doctrina, con buen criterio, ha desarrollado el concepto en base a la aplicación que del mismo hace el Código a lo largo de su cuerpo Así Llambías(42)(379) da como nota distintiva que el vicio se encuentra patente en el acto(43)(380) o, que por estar oculto, requiere una

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

investigación de hecho para conocerla. Más preciso hubiese sido decir que se encuentra patente en el instrumento en que se formalizó el acto. Entendemos que la nulidad manifiesta presupone la instrumentación del acto

Debemos admitir que el vicio no manifiesto debe serle demostrado al juez para que éste anule el acto. Por el contrario, el acto de nulidad manifiesta no necesita la demostración del vicio, ya que éste surge patente a los ojos del juez. Esta es la característica que la doctrina ha conceptualizado en estas categorías.

De allí que si el vicio estuvo patente en el acto del otorgamiento (en la actuación que tuvieron los sujetos al celebrar el negocio) como podría ser la violencia, pero no se plasmó en el instrumento, el mismo no estará patente (manifiesto) para el juez, quien deberá recurrir a una investigación de hecho (conocerá el vicio por medios extraños al que le presenta la cognoscibilidad del acto).

66) Actos nulos y anulables

A esta altura del análisis se hace necesario tratar la categoría de actos nulos y anulables, la fuente mayor de controversias. Hacemos notar además que es generalizada la opinión de equiparar estas nulidades a las recién estudiadas.

Para conceptualizar la clasificación, debemos aprehender la esencia común de los distintos supuestos que la ley nos brinda. Por la dualidad de significados de la palabra nulo(44)(381), nos remitimos a los artículos 1044 y 1045 que sabemos se refieren estrictamente a estas categorías. Una vez leídos coincidimos en principio con Llambías en opinar que la característica del acto nulo es que el requisito faltante del negocio (vicio), está tipificado en la ley en forma rígida y determinada. Por el contrario, en los actos anulables sus vicios están tipificados en forma fluida, es decir, determinable.

67) Analogía y diferencias con las nulidades manifiestas y ocultas

Estaremos tentados a equiparar los actos anulables a los de nulidad no manifiesta. Ya habíamos visto cómo, para impugnar el acto nulo de nulidad no manifiesta, había que demostrar mediante una investigación de hecho la existencia del vicio (podría decirse que había que determinar la existencia del vicio). Pero cuando hablamos de acto anulable hacemos alusión a la determinación de ese vicio dentro del esquema legal fluido de la nulidad.

En el primer caso, el quid está en la determinación de la conducta en el mundo fáctico.

En el segundo, el quid está en la determinación de la conducta en el sistema legal.

Surge de ello que, independientemente de la demostrabilidad de la conducta que no observa el requisito legal (lo que es característico de las

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

nulidades ocultas y manifiestas) y una vez conocida ésta} comienza la tarea del juez de dictaminar si dicha conducta coincide con la causal de invalidez impuesta por la ley, la que puede presentarse en forma inflexible(45)(382) o elástica(46)(383), acto nulo y anulable, respectivamente.

68) Anulabilidades manifiestas y nulidades no manifiestas. Casos

Así se puede observar cómo la venta celebra(la entre cónyuges, independientemente de su categoría de nula (strictu sensu), puede ser manifiesta o no según surja del documento, que los otorgantes constituyen un matrimonio(47)(384).

Y sin dudas, su manifestación en el documento, o su demostrabilidad extradocumental en nada modifica la actividad judicial de encuadrar el vicio en la causal rígida o flexible establecida en la ley.

Sucede que en muchos casos los ejemplos dados en la ley de actos anulables, coinciden con los de nulidad no manifiesta, pero la generalización es errada.

Así el artículo 1044 nos da como ejemplo de acto nulo, el fraude y la simulación presumidos por la ley, haciendo notar nosotros, que la disposición a título gratuito del fallido después de la época de cesación de pagos, no surgirá patente del documento. En él no se hablará de que ya hay cesación de pagos. La fecha de ésta (elemento indispensable del ejemplo), deberá ser comprobada extradocumentalmente(48)(385).

Por otra parte, el artículo 989 nos dice que es anulable el instrumento con enmiendas en partes esenciales no salvadas al fin. Sin duda, en este caso, la causa de anulación está patente en el instrumento, compitiéndole al juez determinar si la enmienda corresponde a una parte esencial del mismo (surge allí la tipificación fluida y determinable de la anulabilidad).

69) Desestimación de estas categorías

A poco que continuemos, notamos cómo todo el panorama se enturbia y complica en categorías con caracteres tan sutiles y sofisticados. Es que haciendo abstracción de preconceptos e impurezas de la teoría, sostenemos que la categoría de nulidad manifiesta y no manifiesta, está fundada en razones fácticas que aportan soluciones acordes, con el supuesto de hecho acontecido, desprovisto de un contenido jurídico que las justifique(49)(386) y hacemos extensible esta crítica a la categoría de actos nulos y anulables. Analicemos estas categorías.

70) Revisión: Presupuestos fácticos de las nulidades manifiestas y ocultas

Sabemos que la nulidad manifiesta surge patente del documento que formaliza el acto. Como consecuencia de ello, la cognoscibilidad de la

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

causa de nulidad es, para el observador, simultánea e ineludible con el conocimiento del acto. En contrapartida, cuando la nulidad no es manifiesta, su cognoscibilidad es posterior al conocimiento del acto, y por medios ajenos a los que nos presenta a éste. Puede agregarse que el vicio puede llegar a no conocerse nunca.

Descripto el presupuesto de hecho que caracteriza a esta categoría, comprenderemos que su verificación es indiferente de la naturaleza de la nulidad que presenta(50)(387).

71) Su funcionamiento dentro del orden jurídico

Ahora debemos esclarecer si el hecho mismo de la manifestación de la nulidad tiene la relevancia jurídica como para justificar una categoría autónoma. Esto se infiere de las consecuencias que surgen de su inclusión en el cuerpo legal.

a) En primer lugar hacemos notar cómo Vélez Sársfield dispone que el poseedor es presumido de mala fe cuando su título tiene una nulidad manifiesta(51)(388).

Si caracterizamos a la buena fe como la convicción errónea de adquirir en base a títulos ausentes de vicios (aclarando que es errónea va que si la convicción es acertada, más allá de la buena o mala fe. esa conducta será ajena a conflictos). Y si continuamos con la idea, admitimos que el error (objeto de la convicción personal), además de recaer sobre una circunstancia de hecho, no debe provenir de una negligencia culpable(52)(389), tendremos que aceptar que la mala fe del poseedor en base a un título nulo de nulidad manifiesta, estará configurada (más allá de la inclusión de esa nulidad en una categoría determinada), en el hecho material de que el vicio está patente en el instrumento que tiene el sujeto frente a sus ojos, y que únicamente puede haber inobservado por su descuido y negligencia(53)(390).

Repetimos. Deducido esto de los principios generales de la buena fe e independientemente de la existencia de la clasificación positiva de nulidades manifiestas y no manifiestas.

b) No hemos olvidado el art. 1047.

He allí otro efecto que se deduce de los principios generales del derecho. Cuando la nulidad absoluta está manifiesta, el juez puede declararla de oficio.

El caso es que la ley faculta al juez a declarar la nulidad absoluta de oficio, pero simultáneamente, la naturaleza de la función judicial inhibe al juez para sumergirse en investigaciones de hecho, si ésta no es requerida a instancia de parte.

De ello surge que el juez sólo puede declarar la nulidad de oficio, cuando ella surja manifiesta a sus ojos, obviando la circunstancia de embarcarse en pesquisas que le están vedadas(54)(391).

72) Revisión. Presupuestos fácticos de los actos nulos y anulables

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Algo semejante ocurre con los actos nulos y anulables.

Debemos antes establecer como base que la instauración de un tipo normativo elástico no es privativo del ámbito legal de las nulidades ni determina por sí mismo una naturaleza distinta de normatividad con relación a las prescripciones rígidas e inflexibles.

Es que la esencia misma del proceso creativo del derecho, nos denota que él se produce mediante la expresión conceptual de un proceso axiológico(55)(392). Pero no siendo los valores susceptibles de ser representados sobre un puro acto de intelección, y siendo la norma un simple enunciado conceptual con una extensión lógica, genérica y universal, es por demás improbable que ellos se plasmen con identidad relevante, dentro de una fórmula estricta, rígida y taxativa.

Ello nos señala que el juez, frente a la fórmula definitoria de una nulidad de tipo elástico (susceptible de una gradación en más o en menos) al decidir el caso concreto, no creará la nulidad (no inventará el vicio), sino que estará interpretando por procesos gnoseológicos la definición que del mismo ha tipificado la norma.

De allí que nulidades de distintas categorías (manifiestas, no manifiestas, absolutas, relativas, virtuales, expresas, totales o parciales) pueden presentarse indistintamente en fórmulas rígidas o fluidas.

73) Un ejemplo

Para reforzar esta opinión, consideremos el acto celebrado por un demente accidental y el celebrado por un clemente declarado judicialmente. Ambos vicios responden a una naturaleza idéntica (los dos contemplan la existencia del discernimiento como elemento de la voluntad), pero la distinta (y lógica) posibilidad de plasmación positiva ha originado dos tipos normativos distintos. Sin duda el segundo caso está rígidamente determinado o la insania está declarada o no, y entre ambos supuestos hay un abismo. En cambio quien padeció una demencia accidental, pudo haber actuado con discernimiento o sin discernimiento, en un punto central de difícil delimitación y conceptualización. En la interpretación de una norma rígida, la función judicial será más sencilla y casi mecánica. En cambio, frente a una prescripción elástica, el juez debe (una vez probado y conocido el presupuesto fáctico), sopesar el contenido de la conducta descrita en la norma y compararla con la conducta real. Si éstas coinciden, declarará la nulidad. Pero no será el juez quien haga nacer el vicio en ese instante. El mismo existió en el momento mismo de la celebración del acto. Su función fue la de fijar en ese momento (para el pasado y para el futuro) cuál es el régimen aplicable a ese acto, que por sus caracteres determinables, podían dar lugar a controversias, de opinión, entre los sujetos interesados.

74) Una inquietud al margen

Nos detenemos aquí un momento, para meditar sobre un problema

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

ajeno al enfoque científico del tema, pero que subconscientemente nos inclina a restringir los efectos de la anulabilidad de los actos. Y remarcamos que el mismo es ajeno a la teoría científica, pues el mismo se debe circunscribir a la faz valorativa y personal del estudioso, excluyéndose de la interpretación objetiva del sistema.

El problema está referido al instintivo deseo de amparar al sujeto que creyó en la validez del acto anulable, por suponer que la conducta o circunstancia que se había presentado al celebrarlo, estaba fuera de la franja fluida que tipificaba el vicio.

Ello sería semejante a pretender amparar a quien confió en la validez de un acto viciado por una nulidad no manifiesta. El derecho no puede en principio tirar por la borda todo el andamiaje que sustenta un sistema, condicionándolo a las diversas circunstancias fácticas que pueden rodear a los sujetos afectados. No obstante les hará llegar su protección regulando las distintas situaciones que puedan presentarse en base a los principios de la buena fe(56)(393). Es que recién mencionamos a los verbos "creer" y "confiar", configurando ellos la convicción errónea una vez mentada(57)(394).

De ello, el juez sopesará si esa errónea convicción fue causada entre otras cosas, por la inescrutabilidad del vicio.

75) Su funcionamiento dentro del orden jurídico

Nuestro objetivo fue precisar que los tipos normativos elásticos no tienen por sí mismos una naturaleza jurídica distinta de los tipos rígidos.

Ahora, como hiciéramos anteriormente con las nulidades manifiestas y no manifiestas, corresponde analizar si el hecho mismo de la invalidez formulada por una norma en forma rígida o flexible, tiene la relevancia jurídica como para justificar la inclusión de una categoría específica, esta vez en el ámbito especial de las nulidades. Como antes, lo inferiremos de las consecuencias que surjan de su inclusión en el régimen legal.

Del artículo 1046 surgirían las dos consecuencias trascendentes de esta categoría.

La primera consecuencia podría suponerse que fue sugerida en nuestro análisis al promediar el punto anterior. Entonces dijimos que la característica determinable (y no determinada) de la anulación podría dar lugar a controversia de opinión entre los sujetos, hasta la determinación judicial.

76) Dependencia de la declaración judicial como característica propia: Crítica

De ello surge que la primera consecuencia sería: la necesidad de que la anulabilidad sea declarada por un juez.

Sin embargo, también lo analizado nos fundamenta la negación de esta consecuencia como específica de los actos anulables.

En efecto, la decisión judicial no está elaborada por un ser omnisciente

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

que devora las normas y las conductas, produciendo el derecho, mediante un proceso de digestión creativo. Que el juez crea, no lo dudamos, pero siempre dentro del límite de las normas.

Es que esa decisión judicial, ese proceso gnoseológico, es pasible de ser elaborado por cualquier mortal.

La diferencia existente entre la decisión judicial y la privada (obviando el mayor conocimiento jurídico) es que la primera emana de una autoridad pública que, al alcanzar el estado de cosa juzgada, se transforma en irrefutable para los sujetos. Por el contrario, la opinión privada, es pasible de réplicas y contrarréplicas sin encontrar por ese camino jamás un valor absoluto.

Pero esa imposibilidad de encontrar en la opinión privada una verdad irrefutable, no es privativa de los tipos normativos flexibles (en ellos se hace más evidente).

Ello es un carácter universal de todo el derecho. Aun las nulidades (strictu sensu) manifiestas y absolutas, si son defendidas obstinadamente por algún sujeto, tendrán que ser anuladas por un juez. Por el contrario, si ningún individuo reparase en dar crédito a un acto, concordando en tenerlo por inválido, sea éste nulo o anulable no tendrá necesidad de llegar a los estrados judiciales(58)(395).

77) Sentencia constructiva: Crítica

Claro que aún queda una objeción que hacerle a lo recién dicho.

Es que algunos autores enseñan que la sentencia que invalida un acto anulable es "constitutiva" y la que invalida un acto nulo es "declarativa"(59)(396).

He aquí cuál sería la segunda consecuencia (también inferida del artículo 1046): que los actos anulables se reputan válidos mientras no sean anulados.

Para empezar, admitamos que en el sentido estricto no hay sentencias "constitutivas" de nulidad, pues ésta, por su propia naturaleza y definición, ha existido (en cualquier caso) desde el momento mismo de la celebración(60)(397).

Entonces, ¿qué puede significar que al acto se lo repute válido hasta su anulación?

El concepto de validez, para una mayor claridad del análisis, será arribado más adelante. Por el momento será conveniente manejarnos con el concepto de eficacia(61)(398).

Asimismo comencemos por distinguir entre validez y reputación de validez.

Que el acto que se repute válido no significa sino que sea considerado válido por los sujetos interesados, y en tal carácter se le reconozcan sus efectos propios.

78) La reputación de validez como característica propia: Crítica

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

A poco comprenderemos cómo "la reputación de validez" no es privativa de los actos anulables. También es común que ello ocurra con las nulidades no manifiestas (nulas o anulables) y extremando los límites, no hay razón para que ello no pueda ocurrir con las nulidades manifiestas y absolutas (nulas o anulables).

En efecto, si Juan le compra un inmueble a su cónyuge, puede ocurrir lo siguiente: el Registro por distracción inscribe su título. Juan alquila el inmueble, o lo hipoteca, o cultiva su tierra. El y sus vecinos están reputando válido su título. Respetan el derecho de propiedad de Juan.

Por supuesto, en cualquier momento, sea cualquier tercero interesado, alega la nulidad del título y esa reputación de validez se desmorona. Pero ningún ser omnipotente podrá impedir que en el pasado se haya reputado válido el mismo hasta su juzgamiento(62)(399).

De ese mismo modo puede ocurrir que Juan adquiera un inmueble a cambio de comprometerse a cometer un crimen (objeto lícito para cuya determinación se requiere una investigación de hecho: acto anulable según el artículo 1045). También ahora Juan y sus vecinos (que como en el caso anterior ignoraban la nulidad) reputan válido su título y lo respetan. Cuando algún interesado alegue la nulidad, destruirá esa reputación de validez.

¿Qué diferencia hay entre el primer caso y el segundo?(63)(400). A ambos se le reconocieron efectos mientras aparentaron ser un título perfecto, y a partir de su anulación se les dejó de reputar esa perfección.

79) El art. 1046 y la validez del acto anulable: Una disposición hueca

Seamos más estrictos. Supongamos que corresponde interpretar el artículo 1046 con un método teleológico, en la inteligencia de que el codificador quiso establecer que el acto anulable es válido hasta su anulación, ¿y cuáles son las consecuencias de ello?

Llega el momento de observar esta particularidad (tan evidente que pasa muchas veces desapercibida): los actos nulos (en su sentido genérico), cualquiera sea la causa de invalidez, y cualquiera sea la categoría legal o fáctica en la que se puedan clasificar, una vez anulados se rigen todos por las mismas normas y principios en cuanto a las consecuencias de su anulación. Esas normas y principios surgen del artículo 1050 y subsiguientes(64)(401), que nos prescriben la ineficacia retroactiva del acto, así como sus excepciones.

De ello, quien sostenga que el acto anulable fue válido hasta su sentencia, aún tendrá que reconocer que: 1) Con relación a un acto nulo, aun de nulidad absoluta y manifiesta, al ser anulado el fallo habrá de decir: que por nunca haber existido el acto, no tuvo efectos ni los tendrá, y si en su virtud se hubiese entregado algo, tendrá que restituirse.

2) Y con relación a un acto nulo (aun de nulidad no manifiesta y relativa), el fallo dispondrá que: como se ha tenido efectos el acto, pues era válido, estos decaerán desde el día mismo de su celebración y para el futuro. Y si algo se hubiese entregado en su virtud se restituirá.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Vemos así la equiparación de consecuencias. Es que mas allá del lenguaje usado (que a no dudar, es de una importancia fundamental en una ciencia) importa el concepto que por éste se exterioriza.

80) Nulidades absolutas y relativas: Introducción

Habiendo llegado al presente punto en este informal y rápido racconto parcializado de la teoría de las nulidades, creemos que surge claramente una serie de conceptos errados que acarreamos de tiempos y órdenes jurídicos diferentes al nuestro. No obstante el imprescindible aún para alcanzar la real dimensión de la teoría e incluso comprender la fuente de muchas confusiones, analizar las nulidades absoluta y relativas. Esta es sí, una clasificación con clara relevancia jurídica. Receptando no una mera característica fáctica, sino además, un contenido axiológico de trascendencia jurídica, produce consecuencias materiales que justifican por sí solas la teoría de las nulidades.

81) Concepto

Como en los casos anteriores, la ley no define uno y otro tipo de nulidades. Su concepto se debe vislumbrar precisamente a partir del contenido axiológico que las normas encierran. Releyendo los artículos 1047 y 1048, inferimos con la doctrina mayoritaria que el factor determinante de la clasificación se funda en una valoración política. Cuando el requisito que se encuentra ausente en el acto, ha sido incluido por la ley en miras a un interés particular, estaremos frente a una nulidad relativa. Por el contrario, si éste fue incluido con el fin de salvaguardar el orden público, estaremos frente a una nulidad absoluta.

82) Su funcionamiento en el orden jurídico

Y ahora que conocemos el criterio determinante de la clasificación, nos preguntamos: ¿cuáles son las características distintivas del régimen que regula a uno y otro acto?

Ellas están bien delimitadas en la ley.

En cuanto a la nulidad absoluta:

- 1) Debe ser declarado por el juez de oficio, cuando surja manifiesta.
- 2) Puede ser alegada por cualquier interesado y por el ministerio público en interés de la ley.
- 3) No es susceptible de confirmación.
- 4) Es imprescriptible(65)(402).

Por el contrario, la nulidad relativa tiene los siguientes caracteres:

- 1) No puede ser declarada de oficio por el juez.
- 2) Sólo puede alegarla aquél en cuyo beneficio la ha establecido la ley.
- 3) Es susceptible de confirmación
- 4) Es prescriptible.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

83) Mecanismos del ejercicio de la acción

Ahora bien, ¿en qué medida estas características establecen un distinto mecanismo de regulación entre los actos de una y otra categoría?

Para determinarlo, debemos recordar y tener en claro, que las diferencias existentes entre cualquier tipo de nulidades, en nada interfiere con los efectos que produce la declaración judicial de nulidad(66)(403). Entonces cualquier distinción en el régimen de las nulidades de diferentes tipos, debemos encontrarla fuera de los efectos de la anulación, y por ende, antes de producirse ella: esto es en el régimen al que se somete al acto antes de declararse su nulidad.

Nótese cómo los distintos caracteres en la regulación de estas nulidades se dirigen exclusivamente al ejercicio de la acción y no a sus consecuencias; siendo amplio e inextinguible en las nulidades absolutas y limitada (caracteres 1 y 2) y extinguido (caracteres 3 y 4) en las nulidades relativas.

Para analizar la condición del acto antes de la declaración de nulidad, desbrocemos mediante un proceso lógico, paso a paso, las conclusiones a que conllevan los distintos mecanismos del ejercicio de la acción. Intentaremos hacerlo sin presuntar premisas, para alcanzar la máxima claridad, so pena de pecar de ingenuos.

84) Consecuencias del distinto mecanismo de la acción en la nulidad relativa

Veamos en primer lugar la nulidad relativa, postergando en el análisis los supuestos de extinción de la acción, por ser situaciones de excepción.

Debemos aclarar antes que, por sutilezas anecdóticas ajenas a un trabajo científico, más allá de las situaciones de hecho por las que sujetos particulares puedan reconocer o negarse a reconocer efectos a un acto, en virtud de la ignorancia, desidia o prepotencia, es la ley quien rige estos mecanismos y es el órgano judicial quien aplica la ley al caso concreto.

Comencemos entonces a partir de la primer característica: el juez no puede declarar la nulidad de oficio. De ello surge que:

- 1°) El juez sólo puede declarar la nulidad a instancia de parte.
- 2°) Entonces: el juez sólo puede disponer la ineficacia del acto a instancia de parte.
- 3°) Entonces: el juez no puede disponer la ineficacia del acto mientras no sea deducida la acción.
- 4°) Entonces: el juez debe tener por eficaz el acto mientras no sea deducida la acción(67)(404).

Veamos la segunda característica de la nulidad relativa: sólo puede alegarlo el beneficiario de la nulidad. De ello surge que:

- 1°) Hay un solo sujeto al que la ley faculta para deducir la acción.
- 2°) Entonces: el resto de los sujetos no pueden deducir la acción.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Unamos ahora los seis conceptos, resultando lo siguiente:

1°) El resto de los sujetos no pueden instar al juez a que declare la nulidad.

2°) Entonces: el resto de los sujetos no pueden instar al juez a que declare la ineficacia del acto.

3°) Entonces: el resto de los sujetos sólo pueden obtener del juez que reconozca los efectos del acto(67bis)(405).

El resultado es el siguiente:

A) Para el sujeto beneficiario: es facultad de éste conducirse como si el acto fuera eficaz (nadie se lo puede impedir), o como si éste fuera ineficaz, en cuyo caso, indefectiblemente deberá interponer la acción.

B) En cuanto al perjudicado: como interesado en los efectos del acto puede pretender su reconocimiento o defensa. En cuanto a su pretensión de negarle efectos se encuentra en la misma posición que el resto de los sujetos.

C) El resto de los sujetos (como el perjudicado): no pueden negarle efectos al acto (o por lo menos, esa negación no estará respaldada por el derecho) .

85) Consecuencias del distinto mecanismo de la acción en las nulidades absolutas

Veamos ahora la nulidad absoluta, analizando su primer carácter en la inteligencia de que el vicio se presenta manifiesto a los ojos del juez.

1°) El juez debe declarar la nulidad de oficio.

2°) Entonces: el juez debe declarar la ineficacia del acto de oficio.

3°) Entonces: el juez debe declarar la ineficacia del acto aunque nadie lo haya instado para hacerlo.

La conclusión privada es supletoria del mecanismo que ahora estudiaremos. Este está referido al segundo carácter de la nulidad absoluta.

1°) No hay un sujeto delimitado para ejercer la acción.

2°) Entonces: todos los sujetos interesados pueden ejercer la acción.

3°) Entonces: todos los sujetos interesados pueden instar al juez a que declare la nulidad.

4°) Entonces todos los sujetos interesados pueden instar al juez a que declare la ineficacia del acto.

El resultado es el siguiente:

a) Cualquier sujeto afectado por el acto (interesado) puede conducirse como si el mismo fuera ineficaz (o por lo menos esa conducta será respaldada por el derecho).

b) En cuanto al ejecutante del acto que debía conocer el vicio (generalmente todas las partes: venta entre cónyuges, nulidades formales, etc.) aunque ellos no puedan alegar la nulidad, una vez alegada, obligarían al juez a declararla si estuviere manifiesta, o podría dar lugar a que el ministerio público inicie la acción(68)(406).

86) Conclusiones

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

En síntesis, como primera conclusión con relación a las nulidades relativas, tenemos que EL ACTO TIENE EFICACIA RECONOCIDA POR EL DERECHO HASTA SU DECLARACIÓN DE NULIDAD.

Y con relación a las nulidades absolutas tenemos que: EL ACTO NO TIENE NINGÚN TIPO DE EFICACIA RECONOCIDA POR EL DERECHO, PUES LA MISMA NO PUEDE SER DEFENDIDA (en su condición de tal) POR NINGÚN SUJETO(69)(407).

87) Ampliación de las conclusiones

Agregamos a estas conclusiones las consecuencias de los dos últimos caracteres (de excepción) antes apuntados (conformación y prescripción).

De ello surge que LA EFICACIA PROVISORIA DEL ACTO DE NULIDAD RELATIVA, PUEDE TRANSFORMARSE EN DEFINITIVA(70)(408).

En cambio LA INEFICACIA JURÍDICA DE ACTO DE NULIDAD ABSOLUTA ESTA CONDENADA A NO MUTARSE NUNCA.

88) Profundización del análisis: Eficacia y validez

El resultado obtenido está cabalmente desarrollado si ahondamos aún más ciertos conceptos jurídicos. Es que para facilitar la comprensión del tema, nos hemos manejado (ya lo advertimos antes) casi exclusivamente con el concepto de eficacia. Cabe, ahora que hemos arribado a una conclusión firme, perfeccionarla mediante la distinción conceptual de eficacia y validez.

89) La eficacia y la realidad social

Alguna idea habíamos sugerido más arriba al advertir las impurezas que acarrea confrontar los mecanismos de las conductas normadas con sutilezas anecdóticas y particulares sustentadas en la desidia, prepotencia o ignorancia de los sujetos. Una verdad es el derecho y otra verdad es la vida: podrá haber excelentes comerciantes que han quebrado o embarazos que duran 101 días, o absoluciones de los peores delincuentes, pero éstas son realidades sociales y no de la ciencia del derecho. Cuando hablamos de eficacia, nos referimos precisamente a los efectos o consecuencias de algo en la realidad social.

Es obvio que un objeto concreto como un árbol, la lluvia, un automóvil o un perro, pueden producir efectos con su propia materia. Por el contrario un concepto, una idea, no tienen sustancia material(71)(409). Sus efectos sólo pueden producirse mediante la recepción de su contenido por parte de otros sujetos, quienes al asignarle un valor nocivo o benéfico (moral, económico, etc.), modifican sus conductas a ese fin.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

90) Validez: Eficacia en el mundo jurídico

La noción jurídica de validez es más compleja. Ese concepto, idea o voluntad declarada, además de modificar las conductas por la propia justificación de su contenido, al coincidir con un modelo normado por la autoridad pública, es respaldada y reconocida por ella. Es que ese valor nocivo o benéfico de orden moral, económico, social, etc., de que hablábamos recién, se establece conforme a una escala que el mismo sujeto sustenta en su conciencia o experiencia. En cambio el valer nocivo o benéfico de orden jurídico está contenido en la ley, sin perjuicio de que ella recepte un valor de otro orden. La ley manifiesta su valoración a través de la asignación y amparo de determinados efectos que producirá la idea, el concepto o la voluntad declarada que coincida con el patrón que ella establezca. Ese monto que sostiene la ley para amparar los efectos que se produzcan (que es anterior al efecto y existe independientemente de su producción) es lo que conforma la noción de validez.

Un contenido volitivo común puede tener la falsa apariencia de un contenido volitivo al que una norma le asigna relevancia (modelo normado). Si los sujetos modifican sus conductas conforme a lo que aquél aparenta ser, sin duda habrá producido efectos. Mas como el contenido volitivo verdadero (despojado de su apariencia) no está respaldado por la autoridad, sus efectos serán ajenos a toda idea de validez jurídica.

Hemos anotado más arriba que el acto nulo de nulidad absoluta (y aun manifiesta) por las circunstancias fácticas de su exteriorización y recepción, podrían reputarse válidos hasta su impugnación(72)(410). Dicha expresión (ahora sí estamos en condiciones de verlo claramente) no significa que el acto sea válido. Por el contrario. las características de la apariencia del acto determinaron que los sujetos lo tomaran por válido (lo reputaran válido), y en tal carácter le reconocieron efectos. Pero éstos decaerán al percatarse los sujetos o el juez o el ministerio público, o en suma cuando a la luz de la ley se ilumine la real naturaleza del acto.

91) El acto nulo de nulidad relativa y su provisional eficacia en el mundo jurídico

¿Y en qué situación jurídica está afectado el acto nulo de nulidad relativa?

Dijimos que la noción de validez se trasunta a través de la adecuación del acto con un modelo moldeado por la ley al que le reconoce la aptitud de producir consecuencias favorables(73)(411).

Es evidente que el modelo normativo del acto jurídico perfecto está dado por el art. 944 y las consecuencias que la ley le reconoce serán las de establecer relaciones jurídicas definitivas.

Sin embargo la ley ha creado otro modelo normativo al que también le asigna consecuencias, aunque provisionarias (hasta su extinción o

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

perfeccionamiento). Dicho modelo es el acto cumplido que pretendió constituir un negocio jurídico perfecto, pero que no observó un requisito (del modelo prescripto en el art. 944) impuesto por la ley en miras de un interés particular: el acto nulo de nulidad relativa.

Como vimos, la ley le asigna un valor a este modelo. Un valor que se trasunta en la aptitud que le reconoce de producir efectos. Efectos precarios, efectos interinos. Y en ese modelo encuentra el acto afectado por una nulidad relativa su validez, si se quiere, validez provisional.

Así el titular de un derecho, transmitido por un menor de edad. Podría presentarse ante los tribunales por un pleito equis exhibiendo su título. Para hacer más ostensible el ejemplo, supongamos que el juez cita al menor a estar a juicio para proteger sus intereses. El menor, quien ha alcanzado la mayoría de edad, dice que no se opone a que se invoque ese título, pero asimismo manifiesta que no es su intención por el momento confirmarlo, y se va. ¿Qué debe hacer el juez? ¿Negarle efectos al acto? ¿Con qué causa? ¿Reconocerle los efectos normales? Eso no lo dudamos, no cabe otra posibilidad, pero esos efectos no se los está reconociendo a un acto jurídico perfecto, se los estará reconociendo a un acto nulo de nulidad relativa, en su carácter de tal, sin dudas o engaños o falsas apariencias.

Eso jamás podría ocurrir con el acto nulo de nulidad absoluta. La precaria eficacia que pudiera tener esto, no se ampara en la luz de un modelo normativo, sino en la oscuridad de la falibilidad humana.

92) Inquietud final de la parte IV

Sería lógico que, aún después de todo lo analizado, nos quedase un resabio de desconfianza a negarle relevancia a la clasificación de actos nulos y anulables.

Es que durante tanto tiempo hemos usado a estas clasificaciones para construir toda la teoría de las nulidades, tranquilamente confiados en una gigantesca tradición histórica... Nos fundamos exclusivamente en el confuso artículo 1038 y en el mentado 1046 con el fin de atribuirle la relevancia que no existía al término "reputación de validez" (y reputación de nulidad) ignoramos el resto del andamiaje Jurídico tan palpable y evidente que ahora nos resulta inexplicable. Entonces la intención fue plausible: proteger al tercero adquirente de buena fe; pero el método le hizo daño a la teoría de las nulidades, un daño que no llevará poco tiempo reparar.

Por lo pronto a la luz del nuevo artículo 1051, las maquinaciones sobre actos nulos y anulables pierden apoyo político (la intención plausible que recién decíamos), y sin ese, su único sustento, ya no hay razón alguna para seguir sosteniéndolas

Ahora sólo queda esperar que se cicatricen las heridas. ¡Cuántas veces hemos repetido que el acto anulable produce efectos provisorios! ¡Cuántas veces hemos dicho que el mismo se podía confirmar! ¡Y cuántas hemos oído que es prescriptible su acción de anulación! Y todas

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

estas afirmaciones tan arraigadas, ahora se nos desmoronan. Es que apenas analizamos el acto con objeto inmoral que requiere una investigación de hecho para comprobarlo (art. 1045), o el instrumento soberraspado no salvado a su fin (art. 989), por dar dos casos expresamente legislados, observamos que desde que se conoce su real naturaleza no podrá ser amparado por un juez, ni podrán ser confirmados jamás, ni la acción para anularla es prescriptible. Porque éstos fueron casos de anulabilidad absoluta. Porque cuando el acto anulable no es de nulidad relativa, pierde toda relevancia en sus consecuencias excepcionales. Porque cuando el acto anulable tiene una nulidad absoluta, se comporta como cualquier nulidad absoluta. Porque no hay tratamiento diferencial entre actos nulos y anulables. Porque las consecuencias excepcionales estaban sostenidas en la nulidad relativa, la que sí sostiene como premisa absoluta los caracteres que antes afirmamos. Porque el acto anulable, despojado de su condición de nulidad relativa, pierde toda connotación jurídica(74)(412). Porque la doctrina observó que la mayoría de los actos anulables eran de nulidad relativa, y le atribuyó las consecuencias de éstas a aquéllas. Porque el mismo Vélez Sársfield enturbió los conceptos al expresar en la nota al art. 1045: "Una acción o una excepción no destruyen una relación de derecho sino cuando una persona determinada teniendo ciertas cualidades manifiesta su intención y obra en consecuencia. De otra manera la relación de derecho originaria conserva toda su eficacia. Esta es la nulidad que se llama relativa. . . ." Y nosotros no dudamos que esas sean características de las nulidades relativas, sólo observamos que el art. 1045 acababa de establecer cuáles eran los actos anulables. Sea cual fuere la razón de la traspapelación, ésta así nos llegó a nuestros días.

Como síntesis y ampliación de los Nros. 88 y 89, decimos que: el acto nulo de nulidad relativa independientemente de su designación o de lo que ésta trasunte, es un algo investido por la ley de una validez provisional que reconoce la producción de efectos amplios, hasta su anulación o perfeccionamiento.

PARTE V: CONCLUSIÓN DEL TRABAJO

93) Conclusión

A esta altura del desarrollo del trabajo, ya se puede vislumbrar una conclusión, si ordenamos los conceptos que hemos analizado.

Muchos fueron los temas tratados: desde la naturaleza misma del ordenamiento, no sin recordar algunos principios del negocio, las connotaciones axiológicas del sistema y la comparación de los objetos fácticos y jurídicos, materiales y espirituales derivando indefectiblemente a la forma, hasta la conceptualización de la validez y la eficacia en el derecho. Desde el análisis de ciertos aspectos del documento, la falsedad, su relación con la nulidad, las pautas de la forma extrínseca, la

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

naturaleza de las nulidades formales, los actos de confirmación y subsanación, la fe de conocimiento, la unidad del acto, las notas marginales; hasta el acto inexistente, el inoponible, el otorgado sin legitimación, el art. 1051, y en general hasta la revisión de la teoría de las nulidades. En mayor o menor medida, la gran parte de estos temas ha quedado en el tintero, pues tratamos de circunscribirnos en lo posible al tema. Nuestra intención fue abocarnos, con una visión integral del derecho (sin perderlo de vista), al estudio del ámbito de calificación registral.

Por ello, no arribaremos a una conclusión adicionando cada uno de los conceptos que hemos tratado, sino, por el contrario, simplificando y descartando elementos que enturbian y entorpecen la real delimitación de las cuestiones que puedan plantearse

El resultado no puede ser complejo si pretende ser valioso.

Cuando observamos a la bailarina recorrer el escenario haciendo innumerables piruetas sin perder su sonrisa calma, inconscientemente pensamos que sus movimientos son de una sencillez y naturalidad tales que están al alcance de cualquier individuo. Y ese resultado es doblemente valioso, pues nos hace olvidar, aun por unos minutos, las dificultades y limitaciones que existen para emprender difíciles empresas.

Atrás hay varios años de técnica, ensayos, entrenamientos y ,sacrificios: pero todo ello, al menos por unos minutos, desaparece.

De la misma manera es valioso el resultado de un análisis doctrinal, en la medida en que, pese a los controvertidos caminos y complicados obstáculos que en nuestra mente se hayan cruzado, éste se presente ante nuestros ojos de un modo sencillo y natural, y hasta nos haga decir: "no podría haber sido de otra manera".

Contra esto atentan conceptualizaciones erradas, creencias supersticiosas e inclinaciones políticas tendenciosas que alteran los términos de los interrogantes científicos. Una vez aseada la teoría de estas impurezas La mayor parte del camino ha sido recorrido. Por eso. ¡cuánto más difícil que responder es hacer una pregunta clara y correcta!

Entonces sinteticemos y busquemos el esqueleto útil de lo visto.

Sabemos que la inscripción. como medio de Publicidad, es una condición para la producción de ciertos efectos del negocio. En otras palabras. la ley dice: "Si quieres que este negocio sea oponible a Juan, debes hacerle conocer su celebración".

Es obvio que la publicidad, nada quita o agrega a los elementos del negocio.

El Registro. encargado de hacer conocer a Juan la celebración del negocio. verifica el cumplimiento de ciertos requisitos a) unos que son ajenos al negocio en si. y que se refieren a ciertos principios propios de la registración: b) otros, en cambio atienden exclusivamente al negocio como instituto jurídico, "Haré conocer el negocio - dice el registrador - en tanto sea eficaz y válido, es decir, en tanto éste exista en el mundo del derecho".

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Y esto no responde a un capricho discrecional: es que el mecanismo publicitario funciona calcando la realidad jurídica extrarregistral en sus libros especiales. ¿Y cómo alterar estos asientos sobre la base de un negocio que no tiene validez, que no existe en esa realidad jurídica extrarregistral?

¿Pero qué ocurre cuando el negocio está afectado por lo que nuestro Código denomina "nulidad relativa"?

Ya hemos visto que en estos casos el acto tiene una eficacia reconocida por el derecho; que es, de un modo especial, válido.

¿Por qué motivo podría el registrador negar su inscripción? ¿Por ser éste nulo (esgrimiendo esta palabra más por la connotación emotiva que tiene, que por su significación estricta)? No, pues será estrictamente nulo después de ser interpuesta la acción por la parte legitimada; ni por el juez, ni por el registrador, solamente por aquélla.

¿Entonces se opondrá con el fin de que la beneficiaria de la acción confirme o impugne el negocio?

No, pues ésta es una facultad que sólo a ella compete e interesa. Recordemos por otra parte, que el beneficiario de la acción podría presentarse al registrador diciendo que no se opone a la inscripción del negocio, pero que no tiene intenciones actualmente de confirmarlo o impugnarlo. ¿Es que el Registro optará por una de esas vías por su cuenta? ¿Lo considerará válido o nulo?

También se alega que el Registro puede perjudicar a los terceros que confían en sus asientos, afirmándose por eso que no deben darse a publicidad actos nulos, aun de nulidad relativa.

Es que una cosa no es incompatible con la otra. La inscripción del título de validez provisoria (nulidad relativa), tiene por objeto proteger los innegables derechos, aunque precarios, de los negociantes. Nadie le pide al registro que engañe a los terceros. Sólo se le pide que asiente en sus libros la realidad del mundo exterior. Si fuera necesario, en el mismo folio se podría advertir a los interesados las características del título inscripto, tal como podría desprenderse del art. 12 de la ley 17801, cuando al referirse al contenido del asiento de matriculación expresa: ". y se hará mención de las constancias de trascendencia real que resulten". Si lo que debe hacer es calcar la realidad extrarregistral, pues que la calque tal cual es.

Es evidente que en este caso nadie podría resultar perjudicado y, por el contrario, impondría mayor seguridad al tráfico jurídico.

94) Compatibilización con la Ley 17801

Alguna vez dijimos que los principios jurídicos no pueden quedar librados al capricho de una ley. De allí que analizamos la función calificadora no sobre la base de las normas positivas, sino siguiendo las directivas Generales del derecho. Aquí arribamos a la conclusión que sintéticamente hemos expresado en el número anterior y que sinópticamente podemos representar de la siguiente manera:

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

ASPECTO CALIFICABLE	PATOLOGÍA	RESULTADO CALIFICACIÓN				
Forma extrínseca	Nulidad absoluta ⁽⁷⁵⁾	} Se rechaza el título				
Forma intrínseca	<table style="border: none;"> <tr> <td style="font-size: 2em; vertical-align: middle;">{</td> <td>Nulidad absoluta</td> </tr> <tr> <td style="font-size: 2em; vertical-align: middle;">{</td> <td>Nulidad relativa</td> </tr> </table>		{	Nulidad absoluta	{	Nulidad relativa
{	Nulidad absoluta					
{	Nulidad relativa					
Principios registrales	} Observabilidades:	} Son subsanables⁽⁷⁷⁾				
Otros requisitos menores ⁽⁷⁶⁾						

Notas (75)(413) , (76)(414) , (77)(415) (77 cont.)(416)

Notaremos que este cuadro coincide con el sistema de la ley 17801.

El art. 8vo. de la ley manifiesta que el registro examinará la legalidad de las formas extrínsecas. Es decir que faculta ampliamente al registrador para revisar, y por tanto para rechazar, los títulos viciados en sus formas extrínsecas. Pero recordemos que estos vicios indefectiblemente corresponden a nulidades absolutas (ver N° 46).

Por su parte el art. 99, inc. a), ordena el rechazo de los títulos viciados de nulidad absoluta y manifiesta, por lo que abarca esta disposición a los mencionados en el artículo anterior, y a los títulos intrínsecamente nulos, de nulidad absoluta (ver nota N° 35).

Por último, el inc. b), se refiere a los títulos con defectos subsanables, los que serán devueltos para su rectificación. Es evidente que esta norma no se refiere a las nulidades absolutas, ni tampoco a las relativas, pues en primer lugar éstas se confirman y no se subsanan (o rectifican), conceptos muy distintos como hemos visto en el N° 45, 1er. párrafo, y la nota N° 77; y en segundo lugar, porque si el beneficiario, sin impugnar el negocio, se negara a confirmarlo, éste continuaría con su validez original (validez provisoria si se quiere), que ni aun un juez podría ignorar.

¿Qué excusa cabría para negar la inscripción?

Sin duda este supuesto corresponde a los "requisitos menores" (ver N° 39), sean de orden registral, administrativo, tributario, etc., los que pueden subsanarse (integrarse) por medio de notas marginales, o por otros medios que nos da la ley.

95) Inquietud final

No podemos cerrar estas páginas omitiendo una observación que ex profeso no hemos adelantado, con el fin de no complicar el difícil camino que hemos recorrido.

Dividimos los vicios que atañen al negocio (forma extrínseca e intrínseca) en nulidades absolutas y relativas. Las primeras (absolutas), son incompatibles con la inscripción, las segundas (relativas), no obstan a su procedencia.

Pero entre una y otra categoría, puede ubicarse una figura de

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

consecuencias intermedias: el negocio otorgado sin legitimación (negocio ineficaz) .

Dicho supuesto se presenta cuando el derecho (objeto del negocio) no se encuentra en la esfera patrimonial del sujeto al que se le imputa la voluntad de modificarlo.

En estos casos, el negocio carece de eficacia y no obliga ni siquiera a quien lo celebró (art. 1161, Cód. Civil).

No estamos frente a una nulidad absoluta, pues no se encuentran en juego principios de orden público. Tampoco es una nulidad relativa, pues ésta forja un vínculo obligacional hasta su impugnación judicial. Este negocio es lisa y llanamente ineficaz. Si bien ésta es una característica propia de la nulidad absoluta, tiene por su parte una característica análoga a la nulidad relativa: puede adquirir a posteriori (y retroactivamente) plena eficacia, por medio de la ratificación (figura distinta a la confirmación o la subsanación).

Esto nos presenta un tipo legal situado entre ambas categorías de nulidades (ver la nota N° 70).

Mucho es lo que puede discurrirse en torno a esta categoría de negocio, pero la complejidad del tema excede el marco de la presente. Basta por ahora la siguiente pregunta: ¿el negocio ineficaz puede inscribirse en el registro? Entendemos que la respuesta ya ha sido dada: si la función del registro es "calcar" las mutaciones extrarregistrales, y dicho negocio, precisamente por ser ineficaz, no produce mutación alguna, mal podría considerarse calificado para su inscripción.

Cualquier otra figura que se pueda presentar (el acto inoponible, el inexistente, etc.) se podrá resolver positiva o negativamente usando igual criterio.