

# Nulidades

Mario Zinny

**Sumario:** *I. Validez e invalidez. II. Inexistencia. III. La nulidad y la anulabilidad como especies de la invalidez. IV. Clasificación de las nulidades. V. Confirmación, anulación, rectificación. VI. Ineficacia en sentido estricto. VII. ¿Dónde situar a las nulidades en el sistema de nuestros conocimientos? O lo que es igual: ¿Qué lugar ocupan entre los que integran nuestra formación jurídica? El esquema de Emilio Betti y Francesco Carnelutti. VIII. Aplicación del esquema a la clasificación de las nulidades. IX. ¿Cómo transformar a las nulidades en algo pleno de sentido, fácil de reconocer cuando de pronto se nos aparecen a la vuelta de la esquina?*

## I. Validez e invalidez

En líneas generales, acto válido es el que produce sus efectos por carecer de defectos y vicios. E inválido, claro está, el que no los produce por padecerlos. Luego, en el capítulo VIII, veremos que el tipo de invalidez (nulidad o anulabilidad absolutas o relativas, manifiestas u ocultas, totales o parciales y directas o reflejas) depende del defecto o vicio de que se trate, y de la parte del acto que se vea afectada.

Ello tomado en cuenta, comenzamos nuestro análisis con el siguiente interrogante: ¿La invalidez priva al acto de todo tipo de efectos? Respuesta: No, no lo priva de ellos porque para que haya invalidez algunos deben mantenerse o dejar su lugar a otros, corrección o conversión mediante, ya que de lo contrario la invalidez pasa a ser inexistencia.

Y así, nada impide que la invalidez deje en pie u origine efectos de tipo sustantivo, como en los casos de:

1) La invalidez parcial (art. 1039 C.C.).

2) La invalidez parcial del contrato con corrección de alguna de sus cláusulas (ley 23.091/1984, arts. 1 y 2, conforme a los cuales la omisión de la forma escrita en la locación urbana con princi-

pio de ejecución opera la corrección del plazo y el alquiler pactados).

3) La conversión del negocio definitivo nulo por defecto de forma en promesa del mismo negocio (contratos arts. 1184, inc. 1º y 1185, C.C., incluidas la compraventa de inmueble y la renta vitalicia, y excluidas las donaciones del art. 1810).

Los autores de la reforma del '68 creían que la nulidad absoluta privaba al acto de todo tipo de efectos y por eso pensaron que la dispuesta por el citado artículo 1184, inciso 1º, se contradecía con el artículo 1185, que a ese acto nulo le asignaba el efecto de obligar a las partes a otorgar la escritura. A partir de allí, sólo mediaba un paso para decidir que bastaba con podarle al artículo 1184 las palabras “bajo pena de nulidad” para darle fin a la contradicción, paso que se dio sin advertir que los artículos 1183, 976 y 977 tornaban inútil la poda.

Pero hay más. Porque este equivocado concepto de la nulidad absoluta, tanto como la ignorancia en materia de conversión legal del negocio, produjeron otra consecuencia no deseada: la absurda polémica en torno a la naturaleza jurídica del boleto de compraventa inmobiliaria.

4) La conversión del negocio constitutivo de derecho real atípico, nulo por contenido defectuoso, en negocio constitutivo de derechos personales (art. 2502 C.C.);

5) Y la conversión del testamento cerrado, nulo por defecto de forma, en testamento ológrafo (art. 3670 C.C.).

Por último, cuando la invalidez no deja en pie efecto sustantivo alguno origina el efecto negativo del artículo 1056 (obligación de reparar los daños).

Resta agregar que hay ocasiones en que la conversión opera en el documento, como en el caso de la nulidad de la dación de fe por defecto de forma o falta de competencia del funcionario o profesional a cargo, nulidad esta que provoca la transformación del instrumento público en instrumento privado (art. 987 C.C.).

Preguntémosnos a continuación: ¿Qué actos son los que padecen la invalidez? Respuesta: La invalidez es una vicisitud de todo acto o negocio.

Y así pueden ser inválidos los actos que consisten, no ya en *decir* (como la compraventa) sino en *hacer* (como el pago que se realiza en efectivo omitiendo la bancarización exigida por la ley antievasión, o la tradición que se limita a la mera declaración del tradente de darse por desposeído).

Así, también, la invalidez juega en materia de actos procesales como la sentencia. Y al respecto recuerdo una que dispuso la destitución de un escribano comenzando por señalar, con todas las letras, que “*se impone una sanción ejemplificadora*” (con lo que su señoría atrasó el reloj de la historia hasta detenerlo en el escarmiento que tenía lugar en la plaza pública).

La invalidez juega, en fin, en los actos administrativos, que pueden ser inválidos por falta de competencia, desviación de poder, defecto de forma, vicio de mérito, etc.<sup>1</sup>.

¿Y un comportamiento omisivo? ¿Puede ser inválida la omisión que se concreta cuando en determinadas circunstancias una persona permanece quieta y muda? Sí, puede. Y para comprenderlo basta suponer que quien no habla ni se mueve es un incapaz legal de obrar.

Advirtamos ahora:

1º) Que inválidos son los actos y nunca los derechos o las obligaciones, que en todo caso se extinguen o directamente no nacen como consecuencia de la invalidez.

2º) Y que tampoco son inválidas las cosas, lo que es ignorado por quienes aluden a “nulidades instrumentales”. Porque las cosas, entre las que se cuentan los papeles escritos o impresos, escrituras e instrumentos públicos incluidos, tienen otro tipo de vicisitudes: se llevan y traen, se mojan con la lluvia, se ensucian con la tierra, se vuelan con el viento, se adulteran y hasta se abollan, mastican y tragan... Como en el caso, real por cierto, del otorgante de una escritura de préstamo hipotecario que, en la década del 60 y en el Banco de la Nación Argentina, fue inquietándose mientras avanzaba la lectura (¿Por qué dicen que no voy a pagar? ¿Por qué hablan de que voy a tener que pagar puni-

1. DIEZ, Luis María, *El acto administrativo*, Segunda edición, TEA, Buenos Aires, 1961.

torios? ¿Cómo? ¿Qué van a designar al martillero?). Hasta que fuera de sí, firma, vacila, se da cuenta de que no quiere hacerlo, se abalanza sobre el protocolo, arranca la parte de este donde figura su firma y... la abolla, mastica y traga. ¿Efectos de la escritura pública? Sí, es indigesta...

Y aquí la confusión se origina cuando no se advierte que en los instrumentos públicos hay algo más que documento y acto de los particulares, a saber, el acto público que, según el instrumento de que se trate, tiene un determinado contenido y responde a diferentes causas, porque no es lo mismo administrar para satisfacer el interés general que legislar para incluir una nueva norma en el orden jurídico, juzgar para dar justicia o dar fe para dotar de seguridad y certeza al negocio escriturado. De donde resulta que nulo es, llegado el caso, el acto público. Y no el instrumento.

2. El ejemplo pertenece a BETTI, Emilio, quien nos lo brinda en su citada *Teoría general del negocio jurídico*, pp. 351 a 353. En idéntico sentido, con relación al art. 172 de nuestro C.C. que considera inexistente al matrimonio no consentido entre hombre y mujer ante la autoridad competente, puede consultarse a MÉNDEZ COSTA, María Josefa y D'ANTONIO, Daniel Hugo, *Derecho de Familia*, Tomo I, Rubinzal - Culzoni, Buenos Aires, 2001, p. 318 y ss. En contra, ZANNONI, Eduardo A., *Ineficacia y nulidad de los actos jurídicos*, Astrea, Buenos Aires, 1986, p. 138 y ss., considerando que la inexistencia carece de utilidad en un régimen como el argentino, que admite la nulidad absoluta; lo mismo opina NIETO BLANC, Ernesto E, en *Nulidad de los actos jurídicos*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1971, p. 103 y ss.

## II. Inexistencia

Reiteremos que jurídicamente inexistente es el hecho que no produce efecto jurídico alguno, es decir, que ni siquiera origina la obligación de reparar los daños, con lo que es, lisa y llanamente, jurídicamente irrelevante. Como en el caso de una oferta y una aceptación con contenidos tan evidentemente opuestos que no pueden dar lugar a malentendido alguno<sup>2</sup>.

## III. La nulidad y la anulabilidad como especies de la invalidez

Suele sostenerse que la diferencia entre una y otra radica en el carácter manifiesto, ostensible, del defecto o vicio que afecta a la nulidad (como en el caso del defecto de forma), y en el carácter oculto del que da pie a la anulabilidad (como en los casos del error o el temor provocado por la intimidación). Pero no es así, porque el defecto o vicio que origina la nulidad puede estar oculto y exigir que se lo pruebe; de la misma manera, nada impide que el defecto o vicio que da pie a la anulabilidad esté a la vista.

Y es que la diferencia entre ambas consiste en que el defecto o vicio que origina la nulidad es “rígido”, invariable, no depende de apreciación judicial y sólo, a lo sumo, de constatación. Se trata, si se mira bien, de que se haya dado, o no, un determinado hecho o acto: ¿Cumplió o no cumplió el vendedor 18 años de edad? ¿Ha sido, o no, emancipado? ¿Contrajo o no contrajo matrimonio? ¿Se divorció, o no? ¿Autorizó, o no, el mandante al mandatario para adquirir la cosa objeto del mandato?

En la anulabilidad, por el contrario, el defecto o vicio no sólo debe ser comprobado sino a la vez judicialmente apreciado y evaluado, en tanto es de carácter “fluido”, variable, y se presenta con diferencias de matiz y grado, no todos los cuales son suficientes para decidir la anulación (como en el caso del error espontáneo o provocado por el ardid ajeno, donde se debe medir la “esencialidad” de aquel y la “entidad” de este, o en el caso de la violencia, o en el temor que la intimidación provoca). Esta distinción, fundada en el tipo de defecto o vicio que afectan a la invalidez, fue sostenida por LLAMBÍAS<sup>3</sup>.

Si se mira bien, como lo hace GENARO CARRIÓ<sup>4</sup>, los defectos o vicios de que se trata cuentan con aquella característica de “vaguedad” o zona de penumbra que califica a los lenguajes naturales, dotándolos de una “textura abierta” (¿Cuánto cabello hay que haber perdido o tener para ser declarado “pelado” o hirsuto? ¿Con qué edad o apariencia hay que contar para que nos llamen joven, adulto o anciano? ¿Y para que se diga que somos altos o bajos?). Claro está, por otra parte, que el derecho no puede prescindir de este tipo de lenguaje, que por cierto adopta toda vez que lo considera necesario (plazo “razonable”, injuria “grave”, peligro “inminente”, velocidad “excesiva”). Y que corresponde a los señores jueces determinar su significado, tomando en consideración las circunstancias del caso.

Sólo resta señalar que el acto anulable mantiene su validez hasta la sentencia que lo anula (art. 1046 C.C.). Y que esta sentencia es constitutiva, a diferencia de la que reconoce la nulidad, que es declarativa. Así, ZANNONI<sup>5</sup>, sosteniendo que la anulación cuenta, también, con efecto retroactivo.

3. LLAMBÍAS, Jorge J., *Tratado de Derecho Civil Argentino*, Parte General, Tomo II, Perrot, Buenos Aires, 1973, pp. 608 a 611.

4. CARRIÓ, Genaro R., *Notas sobre derecho y lenguaje*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1971, p. 28 y ss.

5. ZANNONI, ob. cit., p. 183 y ss., y 177 a 181.

#### IV. Clasificación de las nulidades

Tanto la nulidad como la anulabilidad pueden ser:

##### 1º) *Absolutas o relativas*

a) Son *absolutas* cuando el interés público está involucrado, en cuyo caso el acto no puede ser confirmado y la acción o excepción para alegarlas son imprescriptibles. Resta apuntar que cualquiera con interés legítimo puede ser autor del alegato.

b) Y son *relativas* cuando el interés público no está en juego, en cuyo caso el acto es confirmable y la acción o excepción prescriben. ¿Quién puede alegar la invalidez? Sólo el titular del interés protegido.

Suele sostenerse que la nulidad más grave es siempre absoluta, a diferencia de la anulabilidad, que es relativa.

Así BETTI, para el derecho italiano<sup>6</sup>, para quien en la nulidad falta uno de los elementos del negocio, mientras en la anulabilidad este se halla viciado o falta uno de los presupuestos.<sup>7</sup>

Pero en nuestro derecho no es fácil sostenerlo. Y para comprender que no lo es basta recordar que la nulidad de los actos celebrados por el incapaz es relativa y que hay casos de anulabilidad absoluta, como el de la dación de fe en escritura con enmiendas, testados o interlineados en partes esenciales no salvados al final (art. 989, C.C.).<sup>8</sup>

6. Ob. cit., p. 353

7. Entre nosotros, este criterio es sustentado por MOYANO, Juan A., en *Efectos de las nulidades de los actos jurídicos*, Buenos Aires, 1932, p. 52.

8. En este sentido puede consultarse a SALVAT, Raymundo, *Tratado de Derecho Civil Argentino*, Parte General, Tomo II, TEA, Buenos Aires, 1954, p. 731.

##### 2º) *Manifiestas u ocultas*

a) Las nulidades son *manifiestas* cuando el defecto o vicio que las provoca es ostensible, como en el caso del defecto de forma. Si la nulidad es absoluta y manifiesta, el juez puede declararla de oficio.

b) Y son *ocultas* cuando el defecto o vicio no puede ser percibido por encontrarse oculto, como cuando están viciadas la voluntad, la conciencia o la intención.

Esta distinción tiene singular importancia para calificar la buena fe del tercer adquirente a título oneroso, tanto como para determinar la inhabilidad del título en el proceso ejecutivo. Resulta útil, además, para definir el alcance de la calificación registral.

En cuanto a la buena fe del tercer adquirente a título oneroso, consideremos que, según la doctrina y la jurisprudencia dominantes<sup>9</sup>, ella consiste en la diligencia que se configura cuando ese adquirente solicita al escribano autorizante de su escritura que estudie el título de su transmitente y sus antecedentes durante los últimos 20 años, con el fin de dictaminar que son perfectos, es decir, que carecen de defectos o vicios manifiestos que puedan provocarles la nulidad o la anulabilidad, así como de cláusulas que den pie a su ineficacia (como aquella donde se pacta la obligación de pagar el saldo de precio).<sup>10</sup>

Y aquí recordemos que de la mano de la invalidez y la ineficacia entra en escena la reivindicación del inmueble. Y que la inscripción de la escritura o instrumento donde obra el título inválido no lo convalida ni subsana los defectos de que adoleciere según las leyes (ley 17.801/1968, art. 4).

En síntesis: El estudio del título y sus antecedentes durante el período veinteñal cubre al tercer adquirente a título oneroso de la nulidad y la anulabilidad originadas en defectos o vicios manifiestos. Y el artículo 1051 lo cubre de ellas cuando quien las origina es un defecto o vicio oculto<sup>11</sup>.

### 3º) *Totales o parciales*

**a)** Son *totales* cuando el defecto o vicio afectan a todo el acto.

**b)** *Parciales* cuando lo afectan en parte, y toda vez que resulte razonable decidir que sin la parte defectuosa o viciada el acto hubiera sido igualmente celebrado. Y así Zannoni<sup>12</sup>, señalando además que en nuestro derecho, al igual que en el derecho italiano y a diferencia del derecho alemán, la invalidez parcial es la regla, de modo que quien pretende la invalidez total tiene la carga de probar que el acto o negocio no hubiera sido celebrado sin la parte defectuosa o viciada.

9. Verla en *Tratado de Derecho Notarial, Registral e Inmobiliario*, dirigido por ARMELLA, Cristina Noemí, Tomo I, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1998, p. 740.

10. Sobre el estudio del título y sus antecedentes, cfr. ALTERINI, Jorge H., "Importancia del estudio de títulos", *Gaceta del Notariado*, Colegio de Escribanos de la Provincia de Santa Fe, N° 88, 1982, p. 21.

11. ZINNY, Mario A., *Bonsenbiente*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2006, p. 255 y ss.

12. ZANNONI, ob.cit., pp. 160, 220 y 221.

Agreguemos que las nulidades pueden ser, además:

#### 4º) *Directas o reflejas*

a) Son *directas* las que sólo afectan al acto que las sufre.

b) Y *reflejas* las que vienen provocadas por la invalidez de otro, como en el caso de la nulidad de la dación de fe del notario que provoca la nulidad del negocio narrado por defecto de forma.

### V. Confirmación, anulación, rectificación

La confirmación es el acto mediante el que la parte que puede alegar la nulidad o la anulabilidad relativas del negocio hace desaparecer los efectos de estas, vale decir, el derecho de impugnarlo (art. 1059 C.C.)<sup>13</sup>.

Para que el titular del interés comprometido pueda confirmar el negocio es necesario que haya cesado el defecto o vicio que lo afectaba (así, por llegar a la mayoría de edad, el menor que lo celebró) (art. 1060 C.C.).

La confirmación es *unilateral* cuando la celebra una de las partes, o la única parte del negocio, como en el caso del que es relativamente nulo por haber sido celebrado por el incapaz legal de obrar. Y es *bilateral* cuando el defecto o vicio que lo afecta involucra a las dos partes, como en el caso del error compartido que da pie a la anulabilidad relativa.

La confirmación puede ser *expresa* o *tácita*. La *expresa* debe celebrarse en la misma forma del negocio que se confirma, determinándolo junto al defecto o vicio que lo aquejan y haciendo constar que se pretende subsanarlo (arts. 1061 y 1062 C.C.). La *tácita* resulta del cumplimiento de la obligación o del ejercicio del derecho surgidos del negocio inválido, ya que la doctrina de los “actos propios” impide anularlos luego de haberlos ejecutado (arts. 1061 y 1063 C.C.).

Los efectos de la confirmación se retrotraen al día en que fue celebrado el negocio que se confirma, sin que ello perjudique los derechos de terceros (art. 1065 C.C.).

13. CIFUENTES, Santos, en *El negocio jurídico*, Astrea, Buenos Aires, 1986, p. 671. Advierte que la confirmación no hace desaparecer el defecto o vicio que aqueja al negocio, sino los efectos que ambos originan.



Para darle fin a este inciso situemos a la confirmación cerca de la figura que se le opone, que es la anulación, y en contacto con la que está entre ambas, que es la rectificación del negocio, valiéndonos del caso en que este se celebra por error, a saber: Juan promete vender a Pedro la cochera N° 1, boleto mediante, y por error que ni las partes ni el escribano advierten se le escritura la N° 2. Las variantes, comenzando por la confirmación, son:

**a) Confirmación del negocio erróneo** (aquí las partes, advertido el error piensan: “Y bueno, al fin de cuentas son parecidas... Mantengamos a la N° 2 como objeto del contrato”). Y como no pueden dejar todo como está, porque limitándose a dejarlo cabe siempre la posibilidad de que cualquiera de ellas alegue haberse equivocado, confirman el negocio escriturado mediante una nueva escritura otorgada por ambas.

**b) Rectificación del negocio erróneo** (“¿La de al lado? ¿Que son iguales? Ah no, yo quiero la mía...”). Y aquí no cabe sino optar por la escritura rectificatoria (evitando la antigua, onerosa y mala práctica de recurrir a la permuta).

**c) Anulación del negocio erróneo** (aquí el comprador dice: “Ah no..., qué disgusto... Quiero que me devuelvan mi dinero...”. A lo que el vendedor responde: “No se preocupe. Dejemos todo sin efecto, que enseguida me la van a sacar de las manos porque la estoy vendiendo regalada”). En esta variante procede que ambas partes escriban la anulación del negocio, conforme a lo dispuesto en el artículo 1200 del Código Civil.

## VI. Ineficacia en sentido estricto

El hecho de que el acto inválido sea necesariamente ineficaz (en tanto no produce todos sus efectos) induce a creer que invalidez e ineficacia son sinónimos.

Pero basta pensar que, a la inversa no ocurre lo mismo porque el acto válido no siempre es eficaz, para que aparezca en escena la figura de la ineficacia en sentido estricto, que se da cuando el que carece de defectos o vicios no produce sus efectos

por impedirlo una circunstancia ajena al acto en sí considerado. Como en los casos de:

- a) La resolución por incumplimiento, donde dicha circunstancia ajena es la falta de pago (art. 1204);
- b) La resolución por onerosidad imprevista y sobreviviente, donde esta se constituye en la circunstancia que da pie a la extinción de los efectos (art. 1198);
- c) La revocación por fraude, donde la insolvencia es el factor que desencadena la ineficacia (961 y ss.);
- d) La reducción de la donación por inoficiosidad, que se da cuando la donación vulnera la legítima del heredero (arts. 1830 a 1832, 3601 y 3955);
- e) La inoponibilidad por falta de inscripción (art. 2505; ley 17.801, art. 2).

## **VII. ¿Dónde situar a las nulidades en el sistema de nuestros conocimientos? O lo que es igual ¿qué lugar ocupan entre los que integran nuestra formación jurídica? El esquema de Emilio Betti y Francesco Carnelutti**

Este lugar no parece ser otro que la parte final del esquema que emplea BETTI<sup>14</sup> cuando concibe al negocio jurídico como comportamiento que, a partir de una situación jurídica, conduce a otra, o lo que es igual, como un proceso de situación, acto y situación. Este esquema, además, es el mismo que emplea CARNELUTTI<sup>15</sup> al desarrollar su *Teoría general del derecho*.

Pero veamos en qué consiste el esquema en cuestión, que al comienzo hemos anticipado. En la situación previa encuentran su lugar los tres presupuestos del acto (capacidad de las partes, legitimación de las partes y objeto idóneo). En el acto en sí nos encontramos invariablemente con sus tres elementos (forma, contenido y causa), que incluyen el componente subjetivo de cada uno (voluntad de dar forma, conciencia del contenido e intención compatible con la causa). Y en la situación final, donde moran los efectos del acto, se ubican la validez y la invalidez, según que los presupuestos y elementos, componente subjetivo incluido, se encuentren o no libres de defectos y vicios.

14. BETTI, ob.cit. p. 6.

15. CARNELUTTI, Francesco, *Teoría general del derecho*, 2ª edición, Madrid, 1955, pp. 21, 142 a 144, 243 y 244, 255.

Junto a la validez y la invalidez, por último, se instalan la eficacia y la ineficacia en sentido estricto, según cómo operen las circunstancias ajenas al acto en sí considerado de las que ambas dependen.

Y este proceso de situación inicial, acto y situación final, que es movimiento y en tanto movimiento transformación y vida, se da y repite todos los días, a toda hora, en todos los países, en todas las legislaciones, en la teoría y en la práctica, en todos los casos, cualquiera sea la rama del derecho de que se trate, porque todas se han formado a la luz de los estudios sobre un determinado comportamiento.

Así, el Derecho Comercial tiene por objeto el acto de comercio; el Derecho Laboral, el contrato de trabajo y las convenciones colectivas; el Derecho Administrativo, el acto administrativo; el Derecho Procesal, la serie de actos que se suceden el uno al otro durante el proceso, etc.

¿Y el Derecho Penal? El Derecho Penal tiene por objeto el delito. Y aunque nos cueste creerlo, el esquema es el mismo, pese a contar con diferentes nombres. Y así:

1) La capacidad se llama imputabilidad, la legitimación responde al nombre de condiciones objetivas y el objeto es conocido como bien jurídico tutelado.

2) La forma se llama exteriorización, el contenido se denomina tipicidad y la causa responde al nombre de antijuridicidad. ¿Y los componentes subjetivos? Son las eximentes de culpabilidad.

3) Por su parte, los efectos (derechos y obligaciones del negocio) se llaman potestad punitiva del Estado y sujeción del delincuente a esta.

¿Y la invalidez? La invalidez se llama impunidad y los casos de ineficacia responden al nombre de causas de justificación.

Pero lo que verdaderamente importa es que hemos dado con un esquema que nos permitirá, cualquiera sea el acto de que se trate, identificar la parte de este que es defectuosa o se encuentra viciada y, a partir de allí, decidir el tipo de invalidez que lo aqueja<sup>16</sup>.

16. Cfr., ZINNY, Mario, *Conocimientos útiles para la práctica del Derecho*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2007, pp. 119 y 120.

## VIII. Aplicación del esquema a la clasificación de las nulidades

Veamos ahora un ejemplo del defecto o vicio que pueden afectar al acto en cualquiera de sus tres presupuestos, sus tres elementos y sus tres componentes subjetivos. Y en cada caso determinemos el tipo de nulidad o anulabilidad que ese defecto o vicio le originan.

### 1. Defecto en los presupuestos

**a) Incapacidad legal de obrar.** La incapacidad legal de obrar provoca la nulidad relativa del acto celebrado por el incapaz (arts. 1040, 1041 y 1042 C.C.). Y le provoca la nulidad y no la anulabilidad aunque la menor edad, la interdicción por demencia o sordomudez, o la inhabilitación del artículo 152 bis requieran ser verificadas por el juez. Porque una vez verificadas, el juez no tiene nada que evaluar ni medir.

**b) Falta de legitimación.** La falta de legitimación origina la nulidad, en este caso absoluta, del negocio que se concluye transgrediendo la prohibición de celebrarlo (art. 1043 C.C.).

Así, en los casos del albacea no legitimado para adquirir los bienes de las testamentarias que estuviesen a su cargo (art. 1361, inc. 3º, C.C.), el mandatario no legitimado para adquirir los bienes que está encargado de vender por cuenta del mandante (art. 1361, inc. 4º, C.C.) o el empleado público sin legitimación para adquirir los bienes del Estado de cuya administración estuviese encargado (art. 1361, inc. 5º, C.C.); así, también, en el caso de la falta de legitimación de los cónyuges para celebrar la compraventa entre ellos, y en el de los padres no legitimados para celebrarla con los hijos bajo la patria potestad (1358, 1359 y 1361, inc.1º, C.C.).

**c) Objeto no idóneo.** Absoluta es asimismo la nulidad que viene provocada por la falta de idoneidad del objeto (arts. 953 y 1044 C.C.).

Lo que ocurre en los casos de la cosa fuera del comercio (art. 953, 1ª parte, C.C.), de la cosa fungible que es objeto del comodato (art. 2255 C.C.), o de la cosa mueble que es objeto de la constitución de hipoteca (art. 3108 C.C.), con la salvedad de los muebles registrables que pueden ser hipotecados, como los buques de 10 ó más toneladas, o los buques en construcción del mismo tonelaje (ley 20.094/1973, art. 499).

## 2. Defecto en los elementos constitutivos

**a)** *Defecto en la forma.* Pasando a los elementos del negocio, el defecto de forma le provoca la nulidad absoluta (art. 1044 C.C.); y la anulabilidad relativa en el caso del negocio ininteligible.

Y al respecto recordemos que la forma del negocio puede ser libre (art. 974 C.C.) o impuesta como carga de validez (arts. 976, 977, 988, 1044, 1183 C.C. y arts. que la imponen al regular cada uno de los contratos). Y que esta, a su vez, se subdivide en:

**a1)** *Formas cuya omisión y consiguiente nulidad dejan en pie u originan algún tipo de efecto sustantivo.* Como en los casos que hemos considerado al principio (corrección del negocio parcialmente inválido, conversión del negocio definitivo en promesa y conversión de un testamento en otro).

**a2)** *Formas cuya omisión y consiguiente nulidad no dejan en pie efecto sustantivo alguno* (así, la impuesta para la transacción de derechos litigiosos –art. 838 C.C.– cuya ausencia sólo origina los efectos del art. 1056).

**b)** *Defecto en el contenido.* En lo que se refiere al contenido, uno defectuoso se da en los casos del negocio con contenido insuficiente (así, con laguna que no puede ser cubierta por la interpretación) o prohibido (art. 953, 2ª parte, C.C.). Y aquí agreguemos que en el primer caso el negocio es anulable y en el segundo nulo o anulable, en ambos de manera absoluta.

**c) Defecto en la causa.** La causa del negocio puede faltar o ser ilícita. Y ambos defectos originan su nulidad absoluta (arts. 499, 500, 501, 502 y 953 C.C.)

La ausencia de causa viene dada, no sólo cuando el negocio carece de una típica o atípica merecedora de tutela, sino cuando cuenta con una que se ve afectada por el fin insustancial o fútil a que el negocio se destina. Como ejemplo, brinda BETTI<sup>17</sup> el del testador que destina sus bienes al cuidado de animales. Entre nosotros considera FASSI<sup>18</sup> que el legado hecho a un perro vale como carga de cuidarlo mientras viva.

Por su parte, la ilicitud causal del negocio viene provocada por el motivo ilícito con que las partes lo celebran, como en el caso del fraude a la ley (arts. 1044 y 3741 C.C.). Y no está de más apuntar que el rol de este en el Derecho Público lo desempeña la “desviación de poder”, y que tanto ella como el fraude a la ley guardan estrecha relación con el abuso del derecho<sup>19</sup>.

### 3. Defecto en el componente subjetivo de los elementos

En cuanto a este componente (respectivamente, voluntad, conciencia e intención), puede faltar o estar viciado, lo que da pie a la anulabilidad relativa (arts. 954 y 1045 C.C.). Así, cuando:

**a)** Faltan la voluntad, la conciencia y la intención, como en los casos de incapacidad natural por demencia sin interdicción, ebriedad sin inhabilitación, hipnosis y estado febril.

**b)** Sólo está ausente la voluntad, como en el “lapsus” o error “obstativo” (escribo “vendo el lote uno” queriendo escribir “vendo el lote dos”), la violencia física (me fuerzan a asentir levantándome la mano) o la representación didáctica o dramática (negocio “celebrado” en el aula o en el escenario).

**c)** Se encuentra viciada la conciencia, como en el error “vicio” (escribo “vendo el lote uno” creyendo que se trata del lote dos), el disenso (me ofrecen en venta el lote uno y acepto por creer que se trata del lote dos) la lesión provocada por la ligereza o inexperiencia (art. 954) y el ánimo

17. BETTI, ob.cit., p. 291.

18. FASSI, Santiago Carlos, en *Tratado de los testamentos*, Tomo 2, Astrea, Buenos Aires, 1971, p. 119.

19. BETTI, ob.cit., pp. 286 y 287; MARIENHOFF, Miguel S. *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo II, Buenos Aires, 1966, p. 538; BUTELER, Patricio, *Enciclopedia Jurídica Ormeba*, Tomo XXII, p. 423.

*jocandi* (broma);

**d)** Está viciada la intención, como cuando el negocio se celebra porque una parte ha sido intimidada, incurre en error “vicio” recaído en el motivo (dono a Juan creyendo que es quien me salvó la vida) o actúa acuciada por la necesidad que da pie a la lesión (art. 954) y no ya por ligereza o inexperiencia, como en el inciso anterior; y cuando, por último, ambas partes se comportan con esa divergencia entre intención y causa que se concreta en la figura de la simulación (arts. 954 y 1045 C.C.).

### **IX. ¿Cómo transformar a las nulidades en algo pleno de sentido, fácil de reconocer cuando de pronto se nos aparecen a la vuelta de la esquina?**

Yo podría dar por terminado este trabajo aquí, pero tengo la pretensión de que nos “familiaricemos” con las nulidades. Y trataré de lograrlo brindando un símil de la vida cotidiana para que ellas dejen de ser la página arrugada y vieja del libro o el apunte aquél, que a veces evocamos cerrando los ojos para tratar inútilmente de recordar lo que tan trabajosamente estudiáramos. Porque ahora se trata de otra cosa. Se trata de transformar a las nulidades en algo pleno de sentido, fácil de reconocer cuando de pronto se nos aparecen a la vuelta de la esquina.

Intentaremos, entonces, que ellas dejen de ser una palabra, una abstracción, un concepto entre otros, estudiados todos como si cada uno ocupara un compartimiento estanco, encerrado a su vez dentro del compartimento de la materia donde se lo incluye.

¿Cuál es, por fin, ese símil de la vida cotidiana que nos permita comprender qué son y qué papel juegan las nulidades en el mundo del Derecho? ¿Cuál, por último, el que a la vez nos permita dejar de confundirlas con la ineficacia?

El mismo BETTI<sup>20</sup> nos da la pista al ocuparse de la confirmación bajo el título de “subsanción y convalecencia” del negocio inválido, porque de esto se sigue que un acto válido es un acto saludable... Y si lo es, la invalidez es la enfermedad que lo aqueja.

20. BETTI, ob. cit., p. 365.

En otras palabras, la salud es al ser humano lo que la validez es al acto. Y así como aquel puede padecer una enfermedad que le impide ser útil en la vida de relación, el acto puede verse afectado por un defecto o vicio que le impide producir sus efectos.

Aplicando nuestro esquema: Así como un ser humano puede estar afectado en alguna parte de su organismo, de la misma manera el acto puede estar afectado en la capacidad, la legitimación o el objeto; la forma, el contenido o la causa; la voluntad, la conciencia o la intención. Además, las enfermedades que nos afectan pueden ser, tanto como la invalidez de nuestros actos, absolutas o relativas, totales o parciales, ocultas o manifiestas, directas o reflejas.

¿Y la ineficacia? Qué poco nos cuesta ahora advertir que así como hay personas saludables que llegan tarde al trabajo por no activar el despertador en la mesa de luz, o pierden el avión por olvidar el pasaporte en el hotel; así, también, hay actos que son válidos pero no producen efecto porque lo impide una circunstancia ajena al acto en sí considerado. Y esto de no poder obtener lo que se tenía programado porque el despertador no suena, o el pasaporte se olvida, en Derecho se llama, justamente, ineficacia en sentido estricto.

Ante esto un espíritu contradictor dirá: “Me gustaría que me nombre una enfermedad que sea el símil de la nulidad absoluta, y que, por serlo, comprometa al orden público...”. Respuesta: El símil de la nulidad absoluta es la enfermedad infectocontagiosa, sin vacuna que la evite ni remedio que la cure.

Y como no se entregan nunca, volverá a preguntar: “¿Y el símil de la confirmación del acto relativamente nulo o anulable?” Respuesta que provoca el abandono: El antibiótico que te cura.