

La ineficacia de los actos jurídicos en el Proyecto de Unificación Civil y Comercial

Por

Graciela Lovece*

Sumario: 1. Introducción. 2. La ineficacia de los actos jurídicos. 2.1. La articulación de la nulidad. 2.2. La conversión del acto. 2.3. El acto jurídico indirecto. 3. Nulidad absoluta y relativa. 3.1. La nulidad absoluta. 3.2. La nulidad relativa. 4. De la nulidad total y parcial. 5. Los efectos de la nulidad del acto. 6. La confirmación del acto. 7. El instituto de la inoponibilidad. 8. Conclusión.

1. Introducción

El nuevo Proyecto de Reforma y Unificación del Código Civil y Comercial incorpora temáticas trascendentes en diferentes aspectos especialmente en lo relacionado con la protección de los derechos personalísimos, a la salud, a la prevención etc. Si bien el avance en algunos aspectos se contraponen al retroceso que sufren otras áreas como lo atinente a la responsabilidad civil, derechos del consumidor etc.¹.

Entre aquellos ítems en los cuales introduce modificaciones, se encuentran las disposiciones respecto de la ineficacia de los actos jurídicos incorporando

* Doctora en Derecho por la UBA. Profesora Visitante en la Universidad Federal de Rio Grande Do Sul. Profesora Titular Regular de "Derecho Económico I" de la Facultad de Ciencias Económicas de la UBA. Profesora Titular de "Derecho a la Salud y Responsabilidad Médica" en UCES. Ex Profesora Titular de "Procedimiento de Derechos del Consumidor" en la Especialización de Derecho Procesal de la USAL. Ex Profesora Asociada en el Doctorado de Ciencias Jurídicas de la USAL. Ex Profesora Asociada en la Maestría de Derecho Privado Económico de la USAL. Coordinadora Académica del Posgrado de Actualización en "Contratos y Responsabilidad Médica" y de "Seguros y Daños" de la Facultad de Derecho UBA (2009-2010). Profesora de la Maestría de Derecho Privado de la Universidad Nacional de Rosario. Directora del Proyecto de Investigación UBACyT (2008-2010). Profesora Adjunta Regular de "Elementos de Derecho Civil" y de "Contratos Civiles y Comerciales" en la UBA. Conferencista Nacional e Internacional. Autora y Coautora de tratados, libros, artículos y publicaciones relativas al derecho privado, consumidores y de salud publicadas en Argentina, Brasil y Colombia.

1 Lovece, Graciela, De los daños punitivos a la sanción pecuniaria disuasiva en el Proyecto de Código, *La Ley 2012-D*, 1187.

conceptos más modernos y acordes con la dinámica social, no es nuestra intención agotar la temática, sino solamente efectuar algunas breves reflexiones como mínimo aporte para el debate de ideas.

2. La ineficacia de los actos jurídicos

Una de las novedades como mencionamos que introduce la proyectada legislación es la incorporación del **concepto de ineficacia** de los actos jurídicos que también había sido previsto en los Proyectos de Unificación del año 1993 y 1998².

En el art. 382 se dispone: “*Categorías de ineficacia. Los actos jurídicos pueden ser ineficaces en razón de su nulidad o de su inoponibilidad respecto de determinadas personas*”.

La noción de acto jurídico regulada en el ordenamiento proyectado (art. 259) posibilita a los sujetos establecer relaciones jurídicas que como finalidad inmediata están destinadas a adquirir, modificar o extinguir relaciones o situaciones jurídicas, esta liberalidad en ejercicio de la autonomía de la voluntad no solo atiende al momento de la celebración del acto sino que se expande también a sus efectos, y que, cuando los fines proyectados por las partes son cumplidos estamos en presencia de la denominada **eficacia del acto**³.

Asimismo, dicho acto confrontado con el sistema jurídico debe guardar una correlación legal lo que le otorgará **eficacia estática o funcional** en caso contrario hablamos de **ineficacia** del negocio⁴.

² Morello, Augusto M., *Inexistencia y nulidad del contrato. Perspectivas*, “Desde el primer horizonte, las tres últimas décadas iluminan el decisivo protagonismo de la faz dinámica o funcional (cumplimiento/frustración) del negocio jurídico, (estrictamente, su eficacia/ineficacia) apagándose, en cambio, el momento genético (creativo) del ligamen vinculatorio de las obligaciones correspondientes, nacidas de esa fuente tan fértil que son los contratos.

Irregularidades acaecidas en el tiempo constitutivo (vicios del consentimiento o de forma, de la causa, en el móvil, en el objeto, lesión) impiden la presencia o el perfil del acto válido. Mucho más significativa en la praxis, es la etapa de despliegue o ejecución de ese acto en la que podían sobrevenir circunstancias que pueden restarle la eficacia que las partes quisieron acordarle y que –desde el arrepentimiento, la resolución, la teoría de la imprevisión o la misma frustración– malogran que el interés contractual se vea satisfecho por el mecanismo preestablecido: La leal materialización de las prestaciones (prestación = cumplimiento incluyendo los deberes secundarios de conducta, más entrega de lo debido). *La Ley 1995-E, 785*.

³ Ghersi, Carlos, *Manual. Parte General. Derecho Civil Comercial y de Consumo*, Buenos Aires, La Ley, 2011

⁴ Cerutti, María del Carmen y Maquieira, Claudio O., *Nulidad de los actos jurídicos: “Ahora bien, ¿qué lugar ocupa la nulidad en esta clasificación? Dependerá en qué sentido entendiendo la ineficacia el hablante, si lo hace en sentido amplio, la nulidad es un supuesto de ineficacia, mientras que en sentido estricto, ineficacia y nulidad se contraponen. Si conviene recordar, como expresa Zannoni,///*

El Dr. Zanonni expresa que *“un acto puede ser ineficaz porque carece de virtualidad para configurar idóneamente una determinada relación jurídica o porque aun cuando ha configurado esa relación idóneamente, esta deja de constituir una regulación de los intereses prácticos que determinaron a los sujetos a concluir el negocio”*⁵.

La norma categoriza la **ineficacia como género** con una concepción bifronte ya que las relaciones jurídicas pueden ser ineficaces o bien porque los actos son afectados de **nulidad** o en razón de su **inoponibilidad** frente a determinados terceros (especie).

Los supuestos de nulidad abarcan tanto a aquellos actos afectados de nulidad absoluta como relativa, mientras que la inoponibilidad refiere a una ineficacia relativa ya que el acto es válido y eficaz entre las partes pero es privado de sus efectos respecto de determinados terceros a quienes la normativa intenta proteger.

En síntesis la nulidad es un estado del acto al que se lo priva de eficacia erga omnes mientras que la inoponibilidad no afecta al acto en sí mismo sino a sus efectos y solo frente determinadas personas establecidas por la ley⁶.

2.1. La articulación de la nulidad

El artículo 383 dispone *“Articulación. La nulidad puede argüirse por vía de acción u oponerse como excepción. En todos los casos debe sustanciarse”*.

La norma plasma el criterio que ya había sido incorporado al Código Civil de Vélez Sarsfield mediante la reforma de la Ley 17.711 en el art. 1.058 bis⁷ siguiendo la opinión mayoritaria de la doctrina, que entendía que además de existir la posibilidad de invocar la nulidad del negocio por vía de acción, resultaba su consecuencia lógica la facultad de oponer la nulidad como defensa (excepción).

Concluido un acto viciado de nulidad tanto se trate de nulidad absoluta o relativa las partes disponen de la acción de nulidad como demanda o reconvencción

///que el concepto de validez no se contrapone al de eficacia, porque la eficacia supone validez del negocio, pero no solo validez, sino, además, idoneidad funcional. La invalidez o nulidad es una especie de ineficacia, pero no la única, pues un negocio válido puede tornarse después ineficaz por causas sobrevinientes atinentes a su base objetiva, extrínsecas a la estructura negocial”, DJ20/04/2011, 1.

⁵ Zanonni, Eduardo A., *Ineficacia y Nulidad de los Actos Jurídicos*, Buenos Aires, Astrea, 1996

⁶ Lloveras de Resk, María E., *Tratado Teórico Practico de las Nulidades*, Buenos Aires, Depalma, 1988.

⁷ Cód. Civil, artículo 1.058 bis. La nulidad o anulabilidad, sea absoluta o relativa, puede oponerse por vía de acción o de excepción.

de acuerdo con los lineamientos establecidos por las normas de procedimiento locales.

La acción puede darse frente a dos situaciones, una antes de la ejecución del acto viciado de nulidad o con posterioridad a que haya sido ejecutado; en el primer supuesto la intención es establecer la verdad jurídica y limitar la amenaza que implica el cumplimiento del acto para el accionante, mientras que en el segundo supuesto al existir principio de ejecución la declaración de nulidad permite la restitución de lo que las partes ya hubiesen entregado o bien en caso de existir obligaciones pendientes liberarse de su cumplimiento⁸.

Asimismo, se admite que el accionado oponga la excepción de nulidad como defensa de fondo para obtener el rechazo de la acción en su contra debiendo en todo los casos sustanciarse el proceso.

Entre los Fundamentos de elevación del Proyecto en referencia a la norma en comentario se sostiene que se impone la necesidad de cumplir con la sustanciación que las normas procesales establecen para las excepciones y que por tratarse de una defensa de fondo solo puede invocarse al contestar demanda y no se resolverá como de previo y especial pronunciamiento, sino al momento de la sentencia que deberá resolver el planteo efectuado luego de haberse producido toda la prueba ofrecida avanzando sobre el derecho procesal

2.2. La conversión del acto

La **conversión del acto jurídico** es otro de los novedosos institutos incorporados a la normativa de fondo (art. 384)⁹ siguiendo a los Proyectos de Unificación anteriores de 1993 y 1998 y también al derecho comparado en el que este instituto se encuentra regulado como son las legislaciones de Alemania, Italia etc.

La conversión del acto consiste en la **transformación o metamorfosis** de un acto viciado de nulidad en otro válido, siempre que este último satisfaga los requisitos esenciales requeridos por el ordenamiento jurídico.

La idea central del instituto de la conversión es otorgarle eficacia a un acto ineficaz ya sea porque no cumple con los requisitos legales exigidos o, porque

⁸ Lloveras de Resk, María E., La nulidad del negocio jurídico invocada como acción o como excepción, *LLC-1998*, 1031.

⁹ "Artículo 384. Conversión. El acto nulo puede convertirse en otro diferente válido cuyos requisitos esenciales satisfaga, si el fin práctico perseguido por las partes permite suponer que ellas lo habrían querido si hubiesen previsto la nulidad".

incumple con las expectativas que tuvieron las partes al momento de constituirlo posibilitando de tal modo mantener vigente el negocio jurídico.

El Proyecto adopta la **dirección subjetiva de la conversión** por contraposición al criterio objetivo denominado **corrección de calificación**; aun cuando a fin de la conversión voluntaria del negocio jurídico se requieren de ambos aspectos, **el objetivo** consistente en determinar que el acto nulo contenga los requisitos tanto formales como sustanciales para la existencia de un acto de distinta índole; y **el subjetivo** exteriorizado por la presunción de voluntad de las partes de constituir el nuevo negocio

De forma tal que, para operar la conversión resulta necesario en primer lugar el reconocimiento de que las partes de haber tomado conocimiento de la nulidad del acto concluido hubiesen dirigido su voluntad a la conformación del acto en el cual se convierte el nulo, en segundo término que el acto nulo contenga los elementos del nuevo acto eficaz, y finalmente que el nuevo acto válido cumpla con las expectativas en cuanto a finalidad o beneficio económico (fin práctico) que las partes tuvieron en miras al momento de concluir el negocio nulo.

El instituto difiere sustancialmente de la confirmación del acto en tanto en esta última la parte que puede articular la nulidad relativa manifiesta su voluntad expresa o tácita de tener el acto por válido después de haber desaparecido la causa de la nulidad otorgándole eficacia al mismo acto, mientras que en la conversión las partes conforman un nuevo acto diferente del nulo pero que satisface la finalidad perseguida

2.3. El acto jurídico indirecto

Se da también recepción en el ordenamiento proyectado al **acto jurídico indirecto** de amplia aceptación por la doctrina nacional en distintas jornadas y congresos, como así también en el Proyecto del año 1998 (art. 382).

El art. 385 expresa: *“Acto indirecto. Un acto jurídico celebrado para obtener un resultado que es propio de los efectos de otro acto, es válido si no se otorga para eludir una prohibición de la ley o para perjudicar a un tercero”.*

El negocio jurídico indirecto se caracteriza porque las partes recurren a un acto jurídico determinado a efectos de alcanzar una finalidad práctica distinta de aquella que resulta típica del acto realizado.

La celeridad de los cambios socioeconómicos determina que no siempre las partes del negocio encuentren una tipología jurídica coincidente con la finalidad por ellas buscada, lo que los conduce a construir un nuevo negocio con

finalidades propias las que son alcanzadas en cada caso concreto de una manera oblicua o transversal.

Resulta frecuente que estas nuevas construcciones con el paso del tiempo adquieran tipicidad social y posteriormente sean reguladas por el ordenamiento jurídico, los negocios jurídicos indirectos son una formula a partir de la cual se satisfacen las demandas de las partes contratantes el ejemplo clásico al que recurre la doctrina es el del negocio fiduciario¹⁰.

La posibilidad que las partes recurran a un negocio jurídico indirecto encuentra fundamento en la primacía de la autonomía de la voluntad, mediante el ejercicio de la libertad en las relaciones jurídicas, dentro del marco permisivo del ordenamiento (licitud) y respetando el orden público económico dan solución a la diversidad de fenómenos negociales.

Distintas normas protegen dicha liberalidad, con especial énfasis el art. 19 de nuestra Constitución Nacional, que expresa de manera inequívoca que: *“Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están solo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe”*.

La doctrina en términos generales ubica al negocio jurídico indirecto en la temática de la **causa fin** del acuerdo tanto en su vertiente objetiva como subjetiva, ya que se debe tomar en consideración tanto la finalidad práctica perseguida por las partes como las motivaciones que condujeron a su realización en tanto que se utilizan figuras típicas para obtener finalidades atípicas¹¹.

La característica distintiva es la licitud del acto practicado ya que a diferencia de lo que sucede con el acto simulado la voluntad de las partes no concurre,

¹⁰ Nicolau, Noemí Lidia, Negocios indirectos y contratos indirectos de garantía, en *Edición Homenaje. Dr. Jorge Mosset Iturraspe*, p. 373. *“El negocio indirecto no es un tipo contractual sino una modalidad que puede adoptar el negocio jurídico o el carácter que puede sustentar y que permite incluirlo en una determinada categoría clasificatoria, no posee categoría jurídica autónoma. Se trata de una especie que no ha alcanzado en la familia jurídica occidental continental la misma difusión que en otros sectores del derecho comparado”*, Santa Fe, UNLFCJS, 2005.

¹¹ Lavalle Cobo, Jorge y Aira, Verónica Andrea, *Negocio jurídico indirecto: “Desde el momento en que se utiliza la estructura negocial reglada en la ley, para obtener una finalidad distinta de aquella prevista por el legislador, o socialmente establecida, para este tipo determinado de negocio debe aceptarse que el negocio jurídico indirecto se inscribe dentro de la teoría de la causa, pudiendo ser considerado como un caso especial de la misma. En el negocio jurídico indirecto, el negocio-medio, o la combinación de contratos, se utiliza para alcanzar la finalidad (causa final) diferente de aquella que la ley atribuye al negocio típico”*, *La Ley* 2006-F, 952.

con la finalidad de otorgar validez a un acto que nada tiene de real o la de encubrir otro que se mantiene oculto (simulación absoluta y relativa) sino que el negocio jurídico indirecto es real y cierto pero sus efectos son empleados con una finalidad diversa a la del negocio utilizado.

Mientras que en el caso del negocio fraudulento el negocio también es real pero mediante él se intenta obtener de manera oblicua una finalidad que no puede ser alcanzada de manera directa porque está prohibida por la ley; es decir que el negocio encierra una causa ilícita que lo diferencia sustancialmente del negocio jurídico indirecto¹².

3. Nulidad absoluta y relativa

En la sección 2º el Proyecto aborda lo atinente a la nulidad absoluta y relativa de los actos jurídicos siguiendo los lineamientos imperantes en el art. 386 dispone: *“Criterio de distinción. Son de nulidad absoluta los actos que contravienen el orden público, la moral o las buenas costumbres. Son de nulidad relativa los actos a los cuales la ley impone esta sanción solo en protección del interés de ciertas personas”*.

La nulidad es la sanción legal más importante ya que priva al acto de sus efectos propios, sea por adolecer de fallas estructurales (sujeto, objeto causa) o bien por existir causas sobrevinientes que afectan la funcionalidad del acto.

Cuando el acto es contrario a la moral y las buenas costumbres o contraría el orden público la nulidad es absoluta en tanto se trata de la protección al interés social y general

Mientras que en los supuestos de nulidades relativas solo se encuentran en juego los intereses privados y en estricta relación con alguna de las partes del negocio jurídico a la que el ordenamiento otorga protección.

3.1. La nulidad absoluta

En primer lugar consideramos importante remarcar que el nuevo ordenamiento jurídico proyectado **elimina la tipicidad de las nulidades** que se encuentran receptadas en el Código Civil de Vélez Sarsfield en el art. 1.037¹³ que reduce la posibilidad de declarar nulidades más allá de aquellas establecidas

¹² Palmero, Juan Carlos, Negocio jurídico indirecto. Simulación de la Sociedad Anónima, *La Ley* 2005-E, 1027.

¹³ Cód. Civil, artículo 1.037. Los jueces no pueden declarar otras nulidades de los actos jurídicos que las que en este código se establecen.

por el mismo Código, dicha eliminación resulta saludable en tanto la dinámica social evidencia modificaciones permanentes, para lo cual entendemos necesario establecer un modelo normativo abierto que posibilite su adecuación a los nuevos fenómenos socio-jurídicos¹⁴.

En segundo término, se elimina la distinción entre actos nulos y anulables en los Fundamentos del Proyecto de Unificación se realiza una extensa justificación respecto de la decisión adoptada comparando los distintos criterios jurídicos que han existido para establecer la distinción entre ambos actos

Nuestro Máximo Tribunal ya se ha pronunciado respecto a la nulidad absoluta de los actos jurídicos estableciendo que cuando la nulidad es manifiesta debe ser declarada de oficio por el juez siempre o, a pedido del Ministerio Público o de quien tenga un interés legítimo en hacerlo.

De lo expresado surge que deben reunirse dos requisitos fundamentales, ellos son, que el acto sea de nulidad absoluta y asimismo que dicha nulidad sea manifiesta posibilitando la declaración de nulidad de oficio al momento del dictado de la sentencia; este es el criterio receptado por la norma ampliando la normativa anterior, mientras que cuando la nulidad no se encuentra manifiesta, se hace necesaria la petición de la parte interesada para que el juez pueda declarar la nulidad.

Asimismo, ha quedado establecido que todos los que tengan un interés legítimo pueden solicitar al Juez la nulidad absoluta del acto, con excepción de quien invoca la propia torpeza para obtener un provecho, entre los Fundamentos del Proyecto se sostiene que la nueva redacción es superadora de la anterior que requería del conocimiento del vicio, por considerar con muy buen criterio que el conocimiento no necesariamente implica mala fe de la parte.

La nulidad absoluta también puede ser requerida por el Ministerio Público, en el interés de la moral y de la ley, por lo tanto es titular de la acción de nulidad, ya que es el órgano al cual la norma coloca en cabeza de la defensa de la colectividad, siendo el encargado de velar por la aplicación y la observancia de las leyes.

Finalmente la norma refiere a la imposibilidad de confirmación del acto viciado de nulidad absoluta ya que la nulidad tiende a salvaguardar el orden público

¹⁴ Artículo 387. "Nulidad absoluta. Consecuencias. La nulidad absoluta puede declararse por el juez, aun sin mediar petición de parte, si es manifiesta en el momento de dictar sentencia. Puede alegarse por el Ministerio Público y por cualquier interesado, excepto por la parte que invoque la propia torpeza para lograr un provecho. No puede sanearse por la confirmación del acto ni por la prescripción".

que ese acto ha quebrantado, y **declara expresamente la imprescriptibilidad de la acción**, criterio que ya había sido contemplado tanto por la doctrina como por la jurisprudencia.

3.2. La nulidad relativa

El artículo 388 del Proyecto de Unificación Civil y Comercial regula lo referente a la nulidad relativa, estableciendo las pautas de quien puede declararla y quien puede alegarla siguiendo los lineamientos de la normativa vigente¹⁵.

Tanto la doctrina como la jurisprudencia se han expresado al afirmar que la nulidad relativa es aquella que afecta el interés particular, no puede ser declarada por el Juez de oficio sino a petición de la parte interesada, que puede solicitar la nulidad u optar por la conservación del acto (eficacia).

La norma amplía la legitimación activa de manera excepcional a quien, formando parte del negocio y siendo de buena fe, experimente un perjuicio significativo siguiendo según sus fundamentos el Código de Quebec en su art. 1.420.

Es decir que frente a un negocio afectado de nulidad relativa y la parte que es beneficiada por la ley no articula la acción, la otra parte actuando de buena fe y solo excepcionalmente, puede iniciar la acción cuando haya experimentado un perjuicio importante: la pregunta que nos formulamos es que entidad debe tener el perjuicio que se le ocasiona ya que el termino importante es vago y varía en función de cada caso concreto, por lo que consideramos habrá de quedar librado al arbitrio judicial, por tanto entendemos que la parte interesada no solo deberá acreditar los extremos para la declaración de nulidad relativa del negocio, sino también el perjuicio que se le ocasiona si esta no es declarada y la magnitud de la afectación económica.

Asimismo, se dispone que aquella parte que obró con ausencia de capacidad para el ejercicio del acto no puede requerir la nulidad si ha actuado dolosamente.

El acto viciado de nulidad relativa en virtud de encontrarse en juego un interés particular es subsanable y puede ser saneado por confirmación o por prescripción de la acción, que es de dos años (art. 2.562), mientras que en

¹⁵ "Artículo 388. Nulidad relativa. Consecuencias. La nulidad relativa solo puede declararse a instancia de las personas en cuyo beneficio se establece. Excepcionalmente puede invocarla la otra parte, si es de buena fe y ha experimentado un perjuicio importante. Puede sanearse por la confirmación del acto y por la prescripción de la acción. La parte que obró con ausencia de capacidad de ejercicio para el acto, no puede alegarla si obró con dolo".

el art. 2.563 se establecen los distintos criterios para el cómputo del plazo prescriptivo.

A modo de síntesis comparativa, podemos establecer que, en base a lo dispuesto por los artículos 387 y 388, la nulidad absoluta obedece a una razón de orden público, de interés social; de ahí que pueda pedirla cualquiera y que, inclusive, el juez pueda y deba declararla de oficio al momento de la sentencia, si apareciere manifiesta, de ahí también que los actos viciados de tal nulidad absoluta no pueden confirmarse y son imprescriptibles, puesto que no se trata ya de amparar el interés de las partes intervinientes, sino el social. Por el contrario, la nulidad relativa se establece exclusivamente en interés de las partes intervinientes, únicas que pueden pedirla.

El acto que solo está viciado de nulidad relativa es confirmable. Esta solución se explica plenamente, pues no cabe concebir que las partes puedan convalidar un acto cuando es la misma sociedad la que está interesada en su ineficacia (nulidad absoluta); pero si se ha establecido solo en interés de las partes, y estas, no obstante el vicio y su derecho a reclamar la nulidad, prefieren mantener la vigencia del acto, no hay inconveniente en que así lo hagan.

La acción derivada de una **nulidad absoluta no es prescriptible**; esta solución ha sido expresamente establecida por la ley proyectada, en cambio la nulidad relativa es prescriptible.

4. De la nulidad total y parcial

El Proyecto establece el principio de integración en el art. 389 disponiendo que: *“Principio. Integración. Nulidad total es la que se extiende a todo el acto. Nulidad parcial es la que afecta a una o varias de sus disposiciones. La nulidad de una disposición no afecta a las otras disposiciones válidas, si son separables. Si no son separables porque el acto no puede subsistir sin cumplir su finalidad, se declara la nulidad total. En la nulidad parcial, en caso de ser necesario, el juez debe integrar el acto de acuerdo con su naturaleza y los intereses que razonablemente puedan considerarse perseguidos por las partes”*.

Una decisión judicial jamás es solo la resolución de un caso particular, sino siempre reflejo de un problema social y una respuesta para delinear la tendencia futura para una comunidad ya que otorga legitimidad a uno de los intereses en juego en el conflicto¹⁶.

¹⁶ Lovece, Graciela, La construcción social del derecho: aproximaciones al debate del siglo XXI, en *Derecho Privado del Mercosur*, p. 63, Buenos Aires, USAL, 2001.

La nulidad como mencionamos es la sanción legal que priva a un acto de sus efectos propios en virtud de un defecto existente al tiempo de su celebración (genético) o en razón de circunstancias sobrevinientes (funcional).

Sin embargo, cuando el vicio conmueve a una parte del negocio jurídico que resulta pasible de ser escindida del resto, la nulidad afectará únicamente esa cláusula o fracción, pero no a la totalidad. En efecto, la nulidad parcial de un acto no perjudica a las otras disposiciones válidas, siempre y cuando sean separables, y este principio de separabilidad es el adoptado por la normativa de unificación que también había sido consagrado en los Proyectos de 1993 y 1998.

De este modo, la cláusula inválida ha de poder separarse del acto principal, sin que acarree la nulidad total del negocio, y siempre que no se destruya o desvirtúe la esencia del conjunto.

La consideración de nulidades contractuales por cláusulas que se evaluaron como abusivas, encuentra su punto de partida en el cambio que se opera sobre la concepción del contrato en sí mismo.

La doctrina clásica, seguida por el Código Civil de Vélez Sársfield, recepcionaba las ideas del liberalismo jurídico y evocaba la libre voluntad y decisión de las partes como fuente de obligaciones generadas en el contrato. Las únicas herramientas que se disponían para paliar situaciones injustas, desiguales, abusivas, se generaban a través de los conceptos de orden público, moral y buenas costumbres, que pronto resultaron poco eficientes.

Por ello, y en la búsqueda del restablecimiento del equilibrio contractual, la reforma Borda de 1968 introdujo nuevos institutos tales como la equidad (art. 907), abuso de derecho (art. 1.071), lesión objetiva-subjetiva (art. 954), teoría de la imprevisión, buena fe (art. 1.198), que permitieran una revisión contractual que fueron profundizados por la Ley 24.240 de Defensa del Consumidor y que hoy continúan vigentes en la nueva normativa, si bien con ciertas modificaciones¹⁷.

En cuanto a la concreción material o efectiva de aplicación de la nulidad parcial, el Proyecto 2012 suministra la posibilidad de sancionar con una nulidad completa o parcial al acto, y elabora un criterio apto a este propósito acudiendo a directivas de interpretación como la de: la relevancia de la finalidad práctica perseguida por las partes; la de prevalencia del principio de conservación del acto y su correlato el de la incomunicabilidad de la nulidad, y la divisibilidad de la prestación.

¹⁷ Lovece-García Ocio. *Derechos del consumidor*, Buenos Aires, La ley, 2004.

En tal sentido, cuando el negocio puede subsistir, aun sin la cláusula viciada, habrá que atenerse al propósito práctico (finalidad económica) perseguido por las partes, afirmando la validez del resto del contenido contractual no afectado, en la medida en que constituya el mínimo contenido deseable en relación con todo el acto, tal como estaba proyectado por las partes siendo función judicial integrarlo, en caso contrario se declarará la nulidad total.

5. Los efectos de la nulidad del acto

El art. 390¹⁸ establece el principio general en cuanto a los efectos de la nulidad del acto consistente en retornar al estado de cosas anterior al acto anulado¹⁹.

En relación con los efectos derivados de la nulidad debemos tomar en consideración las situaciones en virtud de las cuales el acto no fue ejecutado diferenciándolos de aquellos que han comenzado a ejecutarse.

En el primer supuesto tras la declaración de nulidad el acto pierde virtualidad para el ordenamiento careciendo de sustento jurídico cualquier intento de requerir su ejecución

Mientras que en los casos en los que ha existido principio de ejecución las partes deben restituirse lo percibido, dicha restitución se regula por los principios de buena y mala fe.

Asimismo, se establece la obligación de indemnizar los daños y perjuicios derivados del acto anulado (art. 391)²⁰, no siendo este un efecto propio de la nulidad. Para que se pueda reclamar dicha indemnización, a diferencia de lo que sucede en el Código Civil actual, no resulta necesario que se trate de un acto ilícito.

El Dr. Borda ha sostenido que la sanción de nulidad y la de indemnización de daños y perjuicios son sanciones independientes entre sí²¹, mientras que

¹⁸ "Artículo 390. Restitución. La nulidad pronunciada por los jueces vuelve las cosas al mismo estado en que se hallaban antes del acto declarado nulo y obliga a las partes a restituirse mutuamente lo que han recibido en virtud del acto. Estas restituciones se rigen por las disposiciones relativas a las relaciones de buena o mala fe, según sea el caso, de acuerdo con lo dispuesto en las normas del Capítulo 3 del Título II del Libro Cuarto".

¹⁹ Así lo ha entendido nuestro Máximo Tribunal por ejemplo en el fallo "Gaggiamo, Héctor José Carlos" y el voto Dr. Grecco, en el decisorio de la Cámara. Nacional en lo Civil en Pleno, "Civit, Juan".

²⁰ "Artículo 391. Hechos simples. Los actos jurídicos nulos, aunque no produzcan los efectos de los actos válidos, dan lugar en su caso a las consecuencias de los hechos en general y a las reparaciones que correspondan".

²¹ Borda, Guillermo, *Tratado de Derecho Civil Argentino*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1970.

Llambías reconoce que se trata de dos sanciones diferentes, con finalidades distintas y que dan lugar a acciones judiciales de diferente régimen. Es decir que ante un mismo hecho la ley imputa una doble sanción²².

A la indemnización se le aplican las reglas generales de la reparación; por lo que la misma debe ser integral o plena como sostiene el Proyecto, los responsables de la nulidad son solidariamente responsables y el daño moral será siempre indemnizable, regla esta que ha sido reconocida por la jurisprudencia, que ha sostenido que los damnificados por la celebración del acto anulado tienen acción para demandar la reparación del daño moral.

De lo normado por el Proyecto y de la jurisprudencia seguida por nuestros Tribunales en la materia podemos concluir que la obligación de indemnizar los daños y perjuicios ocasionados por un acto nulo o anulado –por su independencia– puede funcionar como complemento de la obligación de restitución mutua entre las partes, o como sustituto de la obligación de restituir, tanto por la imposibilidad de demandar por nulidad a la otra parte, como por la imposibilidad de demandar por nulidad o por daños y perjuicios a un tercero.

Finalmente, también quedan a salvo los derechos de reparación del damnificado cuando se frustre la acción de reivindicación, al no ser posible demandar al tercero de buena fe y a título oneroso, el único recurso que le queda al damnificado es, precisamente, la acción por indemnización de daños y perjuicios. El *quantum* de la indemnización se regirá por las normas generales del daño emergente, lucro cesante etc.

En relación con los efectos respecto de terceros, cuando se trate de bienes registrables el art. 392 dispone; *“Todos los derechos reales o personales transmitidos a terceros sobre un inmueble o mueble registrable, por una persona que ha resultado adquirente en virtud de un acto nulo, quedan sin ningún valor, y pueden ser reclamados directamente del tercero, excepto contra el subadquirente de derechos reales o personales de buena fe y a título oneroso.*

Los subadquirentes no pueden ampararse en su buena fe y título oneroso si el acto se ha realizado sin intervención del titular del derecho”.

La norma en comentario mantiene con algunos agregados el criterio establecido en el anterior art. 1.051 del Código Civil.

²² Llambías, Jorge, *Tratado de Derecho Civil*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1976.

En materia de transmisión de derechos reales o personales sobre bienes inmuebles o muebles registrables el ordenamiento otorga protección expresa a los subadquirentes de buena fe y a título oneroso

Una de las problemáticas en esta materia lo constituye la determinación de la buena fe del subadquirente la jurisprudencia ya había establecido una tendencia considerando la necesidad de realizar el pertinente estudio de título a cargo del escribano autorizante a efectos de su configuración y el logro de la protección legal establecida, esta solución se encuentra además expresamente regulada en el art. 1.092 que dispone en lo atinente a esta temática que: *“Cuando se trata de cosas registrables la buena fe requiere el examen previo de la documentación y constancias registrales, así como el cumplimiento de los actos de verificación pertinentes establecidos en el régimen especial”*.

De forma tal que la buena fe requerida se relaciona con el actuar absolutamente diligente es decir que se requiere del cumplimiento de recaudos específicos y concretos para que quede cerrado el círculo de diligencia requerido por la normativa²³.

No obstante, la norma actual establece un requisito más respecto del subadquirente de buena fe y a título oneroso y es que no puede ampararse en tales circunstancias cuando en el acto realizado no ha intervenido el titular del derecho; lo que constituye un impedimento esencial específico para el reconocimiento de los derechos del subadquirente que ha sido criticado por parte de la doctrina por considerarlo un retroceso en cuanto a los principios de seguridad dinámica del derecho²⁴.

6. La confirmación del acto

En lo referente a la confirmación del acto afectado de nulidad relativa el art. 393 dispone: *“Requisitos. Hay confirmación cuando la parte que puede articular la*

²³ C. Civ. y Com. Lomas de Zamora, Sala I, 24/02/81, Larrea, Osvaldo S. C/ Rojas de Figueroa, Laurentina, *“La buena fe que mena el citado art. 1.051 no se agota en la convicción del buen obrar, en la ausencia de intención dañosa. Exige una actitud diligente, prudente, cuidadosa y previsora, para lograr un conocimiento cabal de los antecedentes del título transmitente, no debiéndose contentar el adquirente con la existencia de un asiento dominial a nombre de determinada persona, sino que es menester un estudio de títulos”*, DJBA, 121-431. ED, 94-254. DJ, 1993-2-395.

²⁴ CNCom., Sala C, 10/08/2010, Ortlieb, Fernando Jorge c. Ramos, Luis Evaristo y otros. *“Toda vez que la venta de ciertos lotes no fue realizada por el titular dominial sino por un tercero que lo sustituyó fraudulentamente mediante la falsificación de instrumentos necesarios para la transmisión del dominio, resulta inaplicable el art. 1.051 in fine del Cód. Civil, por lo que los subadquirentes de tales bienes no pueden ampararse en su buena fe y título oneroso, pues los principios de apariencia jurídica deben ceder frente al interés del verdadero propietario que no tuvo ninguna participación en el acto ilegítimo”*, AR/JUR/49699/2010.

nulidad relativa manifiesta expresa o tácitamente su voluntad de tener al acto por válido, después de haber desaparecido la causa de nulidad.

El acto de confirmación no requiere la conformidad de la otra parte”.

Conforme lo establecido por el ordenamiento proyectado, la nulidad relativa tiene por fundamento la protección de los intereses particulares, por tanto el acto puede ser subsanado por medio de la confirmación. Por el contrario, los actos afectados a nulidad absoluta no pueden ser revividos por ninguna vía de convalidación, ni la confirmación ni la prescripción de la acción.

La confirmación es un verdadero negocio jurídico, ya que la parte lo realiza con el fin inmediato de producir un efecto jurídico específico, que es el de dar eficacia al acto ineficaz.

Se diferencia de la conversión (art. 384 Cód. Civil) en que en esta se trasmuta un acto jurídico nulo por otro válido es una aplicación al principio de buena fe por la que se protege el fin perseguido por las partes, y también respecto de la ratificación, la cual consiste en la manifestación de voluntad de una persona que asume como propios los efectos de un acto otorgado por otra persona en su nombre y por su cuenta sin mandato.

Los requisitos de fondo de la confirmación son: a) que el acto emane de una persona que se encuentra legitimada en la acción de nulidad del acto ineficaz, b) que haya desaparecido la causa que provocó la nulidad del acto nulo y, por último que, c) el acto de confirmación sea a su vez válido, en lo referente a que no presente ninguna otra causa de nulidad. Asimismo, se reitera el criterio que no es necesaria para la confirmación la conformidad de la otra parte²⁵.

En cuanto a la forma de confirmación (art. 394)²⁶ se mantiene la distinción de expresa y tácita. La confirmación expresa se define como la que se realiza mediante un acto escrito, se trate de un instrumento público o privado, sosteniendo la inexistencia en lo referente a la confirmación expresa verbal; exigiéndose que el instrumento mediante el cual se sanea el acto cumpla con las formas exigidas para el acto saneado y además debe contener la mención

²⁵ Consultar Ghersi-Weingarten (Dir.), *Código Civil. Análisis Jurisprudencial, Comentado, Concordado y Anotado*, T. II, Rosario, Nova Tesis, 2003.

²⁶ “Artículo 394. Forma. Si la confirmación es expresa, el instrumento en que ella conste debe reunir las formas exigidas para el acto que se sanea y contener la mención precisa de la causa de la nulidad, de su desaparición y de la voluntad de confirmar el acto.

La confirmación tácita resulta del cumplimiento total o parcial del acto nulo realizado con conocimiento de la causa de nulidad o de otro acto del que se deriva la voluntad inequívoca de sanear el vicio del acto”.

precisa de la causa de nulidad, de su desaparición y de la voluntad de confirmación del acto.

En cambio, la confirmación tácita, es definida como la que resulta de la ejecución voluntaria, total o parcial del acto sujeto a una acción de nulidad. El afectado por el acto, debe tener conocimiento de la existencia del vicio nulificante, y al mismo tiempo la voluntad de convalidar el acto jurídico ineficaz.

Asimismo, se entenderá como confirmación tácita la realización de cualquier otro acto del que se derive la voluntad inequívoca de sanear el vicio del acto.

Por último, en lo relativo a los efectos (art. 395)²⁷ de la confirmación se deja establecido que los efectos de la misma son en principio de carácter retroactivo.

La jurisprudencia nacional lo ha reconocido de manera reiterada afirmando que la confirmación convalida retroactivamente el acto impugnado.

Se debe distinguir los efectos en relación a las partes, en la cual la confirmación posee efecto retroactivo, al día de la celebración del acto nulo en los actos entre vivos y al día del fallecimiento, en lo referente a los actos de última voluntad.

En cambio, en relación a los terceros, si bien posee el mismo efecto que en los actos en relación a las partes, la ley civil proyectada establece una excepción, y es que este efecto retroactivo no perjudique a los terceros de buena fe.

7. El instituto de la inoponibilidad

La *inoponibilidad* es otra de las innovaciones legislativas que finalmente luego de haber sido construida doctrinariamente es incorporada a la legislación positiva mediante dos artículos:

Artículo 396. Efectos del acto frente a terceros. El acto no tiene efectos con respecto a terceros, excepto en los casos previstos por la ley.

Artículo 397. Oportunidad para invocarla. La inoponibilidad puede hacerse valer en cualquier momento, sin perjuicio del derecho de la otra parte a oponer la prescripción o la caducidad.

²⁷ "Artículo 395. Efecto retroactivo. La confirmación del acto entre vivos originalmente inválido tiene efecto retroactivo a la fecha en que se celebró. La confirmación de disposiciones de última voluntad opera desde la muerte del causante. La retroactividad de la confirmación no perjudica los derechos de terceros de buena fe".

Se encuentra regulada como una categoría de los actos ineficaces (art. 382 C. Civil) al igual que la nulidad; pero, a diferencia de esta que puede ser hasta establecida por las partes en el ejercicio de la autonomía de la voluntad, **la inoponibilidad es un supuesto de ineficacia estrictamente legal**, que priva al negocio válido y eficaz entre las partes de sus efectos respecto de determinados terceros a los cuales la legislación protege de manera especial.

Se trata de un supuesto independiente de ineficacia que otorga seguridad a determinados terceros y la regulación atiende tanto al aspecto positivo como al negativo, algunos autores entienden que el instituto encuentra fundamento en el principio de relatividad de los negocios jurídicos haciendo prevalecer los intereses legítimos de los terceros a los que el negocio perjudica aún por sobre los intereses de las partes participes del negocio.

La inoponibilidad puede ser invocada por el tercero en cualquier momento salvo la defensa de prescripción o de caducidad del derecho.

8. Conclusión

Desde nuestra perspectiva, la reformulación de la normativa de fondo es un paso necesario para tornarla congruente con el contexto dinámico que debe regular.

Sin embargo, tal como lo mencionamos al inicio del presente trabajo, nos plantea reservas algunos de los aspectos de la normativa proyectada ya que avanza en un sentido distinto del seguido tanto por la doctrina como por la jurisprudencia en los últimos años, aspectos estos que seguramente serán motivo de profundo debate jurídico, llevándonos al desafío de recorrer un largo camino que nos permita generar nuevos paradigmas que otorguen adecuada respuesta a las necesidades sociales.