

## TEORÍA GENERAL DEL ACTO INEXISTENTE

### Hacia el Reconocimiento de la Coexistencia en Nuestro Derecho Civil

Por GUILLERMO PATRICIO MARTÍN

#### I N D I C E

Teoría del acto inexistente .....	
Doctrina extranjera .....	
Doctrina nacional .....	
El acto inexistente en nuestro Derecho Civil .....	
Efecto del mismo .....	
Jurisprudencia .....	
Bibliografía .....	

*Advertencia:* El autor desea advertir, que, a los efectos de algunas de las formas del acto, allí donde dice acto inexistente o no existiente, queda subentendido que se trata del acto jurídico inexistente y no existiente respectivamente.

La teoría del acto inexistente nace recientemente en la literatura jurídica; fruto de la elaboración doctrinaria de la escuela exegética francesa.

No fue vislumbrada por los juristas de la Antigua Roma, sino que encuentra en Zachariae —complementándose, luego, avanzando el siglo pasado, con el pensamiento de Demolombe, Marcadé y especialmente de Aubry y Rau— su primera gran sistematización.

Surge modestamente, para aplicar ciertos supuestos de invalidez del matrimonio que la doctrina civilista era incapaz de solucionar, más concretamente, para resolver el problema del matrimonio celebrado entre personas del mismo sexo.

Pero si nació humilde, fue adquiriendo con rapidez, mayor importancia, ha ido ampliando su radio de acción para extenderse a la teoría general del acto jurídico y ha concluido por obtener su autonomía respecto de las nulidades en general, a tal punto que, la ley de matrimonio civil que nos rige —N° 2393— legisla la inexistencia y la nulidad en capítulos distintos (al IV y al XII, respectivamente).

Como acertadamente lo puntualiza el Dr. López Otárolgui: "Por la puerta del matrimonio entró al Derecho la teoría de la inexistencia. De la

teoría del matrimonio se la pasó a la teoría general de los contratos y actos jurídicos. Del Derecho francés pasó a estos Derechos. Tomó carta de ciudadanía universal".

Germán J. Bidart Campos piensa, sin embargo, lo contrario. Afirma que "de los actos jurídicos en general pasó al Derecho de Familia para aplicarse al matrimonio, ámbito donde se producen nuevas disidencias. "Pero, desgraciadamente, el autor, no fundamenta tan original posición.

Este desarrollo progresivamente creciente de la doctrina del acto inexistente —que la ha proyectado a otras ramas del Derecho, y, entre ellas, al derecho Administrativo, como bien lo señala Iñaz— responde a una razón lógica-jurídica obvia, que ha sido puesta de manifiesto por un estudio más profundo del nuevo tipo logrado: a saber, la de distinguir los supuestos, dos categorías jurídicas —la de la inexistencia y la de la nulidad— que son radicalmente diferentes en su estructuración y consecuencias, lo que nos lleva a afirmar, por lo tanto, la existencia de la inexistencia.

Bien lo señaló Moyano al sostener que la inexistencia más que un principio jurídico es una noción primordial del razonamiento y de la lógica.

¿Qué es el acto jurídico inexistente? Tradicionalmente se concebirá tal a aquel que carece de alguno de los elementos esenciales (llamados también sea el subjetivo, ya sea el formal) —aunque ese último sujeto a distintas interpretaciones.

Recientemente el Dr. Alberto J. Molinario, en un artículo un profundo como discutido, ha sostenido un criterio muy distinto del anterior. Dice así: "Para nosotros, el concepto de la inexistencia no se reduce, sin embargo, a la forma expuesta por Llamblas (teoría "clásica" bosquejada *ut supra*). Este resulta ser el concepto general, pero racionalmente podemos concebir otros supuestos de inexistencia en los cuales no se trata de un acto jurídico que aparece como tal, a pesar de faltarle uno o varios de sus elementos esenciales, sino que puede tratarse de un acto jurídico perfecto, pero que por determinadas circunstancias se le niega en forma total y absoluta efectos extraterritoriales, o bien no puede surtirlos respecto de determinadas personas.

Nuestro Código Civil en su artículo 8° establece: "Los actos, los contratos hechos, y los derechos adquiridos fuera del lugar del domicilio de la persona, son regidos por las leyes del lugar en que se han verificado; pero no tendrán ejecución en la República, respecto de los bienes situados en el territorio, si no son conformes a las leyes del país que reglan la capacidad, el estado y condición de las personas".

Vale decir, que un acto jurídico perfecto, celebrado de acuerdo con todas las disposiciones de fondo y forma vigentes en el país en donde tal acto se ha realizado puede no tener ejecución en la República, si las leyes de dicho país no concuerdan con las nuestras en materia de capacidad, estado y condición de las personas. El acto jurídico es, en tal situación, con respecto a la

Argentina, inexistente, puesto que no puede producir ninguno de los efectos que normalmente produce al ser reconocido como acto jurídico válido. Así como la aduana de la República puede impedir la introducción al país de determinada mercadería, de la misma manera "ese" criterio que insufla no sólo al art. 8 del código civil, sino también al art. 2 de la ley 2393 impone el establecimiento de una aduana jurídica que impide la introducción de determinados actos jurídicos y de determinados matrimonios y que en cambio admite la importación de otros, aunque sean realizados en contra de lo dispuesto por ella, dentro de los límites de la evasión lícita.

Si un acto no puede producir efecto alguno equivale a algo que no existe y desde el momento que a determinados actos jurídicos y a ciertos matrimonios, por el juego de diversas disposiciones legales se les niega efectos extraterritoriales en orden a la jurisdicción de la República, tales actos y matrimonios aunque existan en el país en que se celebraron resultan ser prácticamente inexistentes en función de la jurisdicción nacional...".

Más adelante continúa: "El acto inoponible es respecto de las personas a las cuales no puede oponerse un acto inexistente. Señalamos que Llanibars recuerda que los juristas alemanes emplean la expresión "indefinita relativa" en lugar de inoponibilidad y ello significa coincidencia parcial con nosotros, ya que entendemos que puede perfectamente hablarse de inexistencia cuando se trata de colocar el acto inoponible frente a las personas respecto de las cuales no puede producir efectos, por cuanto, *todo lo que no puede producir efectos en cosas si no existiera*.

En otras palabras, sostenemos que cuando un acto jurídico aún existiese, no produce efectos jurídicos dentro de las fronteras de un país o en relación de determinada persona tal acto puede ser calificado de inexistente con independencia de que posea los elementos esenciales para que exista como tal. Y concluye afirmando que: "si se ahonda en el análisis se advierte que corresponde distinguir entre actos absolutamente inexistentes y actos relativamente inexistentes, o si se quiere entre actos inexistentes y actos casi inexistentes. Actos absolutamente inexistentes o simplemente inexistentes serían aquellos que carecen de uno de los elementos vitales para que puedan ser considerados como tales. Actos relativamente inexistentes o cuasinexistentes son aquellos que, reuniendo en función del lugar en donde se celebraron todos los elementos esenciales constitutivos de los mismos carecen de efectos extraterritoriales en otros países, o bien no pueden surtir sus efectos respecto de determinadas personas. Hemos formulado todas estas consideraciones —advierte— en el campo meramente conceptual, aunque hayamos puesto algunos ejemplos en función de lo establecido en nuestro código civil".

Nos hemos atrevido a transcribir tan largas citas, parcialmente, en homenaje a la fuerza de convicción de esos argumentos; parcialmente, también, por coincidir, en no poca medida, con las ideas allí expuestas.

Así creemos que la distinción entre acto inexistente y acto cuasiinexistente —ya esbozada en Goldschmidt— es, rigurosamente, cierta; en conceptualmente, exacta.

Pero no colacédimos, en cambio, en limitar los supuestos de la cuasiinexistencia únicamente a aquellos actos imposibles frente a terceros —respecto de dichos terceros—, o perfectos pero ineficaces en razón de no adecuarse a las leyes argentinas referentes a la capacidad, el estado y la condición de las personas. Pensamos que, igualmente, es un supuesto de cuasiinexistencia el acto que reúne todos los elementos vitales, carece de vicio, ha sido celebrado en nuestro país, y, sin embargo, nuestro ordenamiento jurídico positivo lo desconoce rigurosamente, privándolo, en consecuencia, de generar efectos. Pongamos por caso la enfitéusis —tomamos el ejemplo de una aguda objeción del Dr. Néstor Blanc, para quien “dándose los presupuestos materiales (factum) de la enfitéusis no advendría el acto jurídico “enfitéusis” — o el derecho de superficie; independientemente del esfuerzo jurisprudencial de validarlos como derechos personales, esos actos no serían, ni inexistentes —desde que reúnen los elementos constitutivos de tales— ni tampoco nulos, pues ninguno de sus elementos aparece viciado —y asimilamos, para el caso, ilicitud al vicio—, en forma tal que el ordenamiento jurídico deba decretar su nulidad. Serían actos perfectos, que no producen efectos; es decir que serían actos cuasiinexistentes.

Cabe preguntarse por qué el ordenamiento jurídico positivo proscribe y desconoce tales actos. Es que hay una razón de orden público en juego, distinta, sin embargo, de la nulidad absoluta, donde también se transgrede dicho orden público. Así sería un supuesto de nulidad absoluta el contrato de objeto ilícito o inhumano, como lo dice el art. 1044 cláusula 2°: “Son nulos los actos jurídicos... cuando fuese prohibido el objeto principal del acto”. Es que en estos casos lo que se considera atentatorio contra el orden público es el objeto del acto, y no el acto en sí mismo —caso de la cuasiinexistencia.

También consideramos cuasiinexistente el acto condicional definitivamente frustrado; el acto sujeta a una condición suspensiva o resolutoria, que no producirá efectos, ya sea por cumplirse la condición resolutoria, ya sea por no sobrevenir la condición suspensiva; interpretamos este caso como típico supuesto de los llamados “actos frustrados” de que habla Iraz (infra) y lo hacemos subsuadir en esta categoría, amparados en la frase de Molinario, por nosotros, subrayada, “...por cuanto todo aquello que no puede producir efectos es como si no existiera”, (de allí cuasiinexistente).

En resumen, pues, cuatro son los supuestos de la cuasiinexistencia: los dos señalados por Molinario: el acto perfecto celebrado en el extranjero en violación de las leyes sobre capacidad, condición y estado de las personas, el acto imposible frente a terceros, respecto de dichos terceros; y dos agregados por nosotros: el acto perfecto proscripso por nuestro ordenamiento jurídico, en consideraciones de orden público y el acto condicional definitivamente frustrado.

El impedimento con que tropiezan para ser actos válidos no es un obstáculo natural sino jurídico; el desconocimiento riguroso de dichos actos por el ordenamiento jurídico positivo. De allí que podría hablarse de inexistencia jurídica, o por causa legal, en estos supuestos de cuasiinexistencia, fuese al clásico concepto de inexistencia natural aplicable al acto absolutamente inexistente.

Esa es la diferencia entre el acto inexistente y el cuasiinexistente; el primero es el que carece de alguno de sus elementos constituyentes, el segundo es el acto perfecto que no produce efectos.

Ambos se distinguen, a su vez, del acto nulo; entendiéndose por tal, conforme a la definición sintética propuesta por el Dr. Llamblas: sanción legal que priva de sus efectos propios a un acto jurídico, en virtud de una causa existente en el momento de su celebración (modo de ser viciado del acto). El acto cuasiinexistente no presenta vicios constitutivos aunque tampoco produzca efecto alguno; el acto absolutamente inexistente se caracteriza por la falta de alguno de sus elementos vitales, no por ser ellos defectuosos; de allí que Planiol haya afirmado, con razón, que ambos supuestos no sólo son distintos, sino incompatibles; en la medida que el acto nulo presupone un acto existente, si bien viciado «*ab initio*».

La doctrina del acto (absolutamente) inexistente conduce a una clasificación tripartita de los actos irregulares —distinguiendo la inexistencia de la nulidad, y dentro de ésta, discerniendo la nulidad absoluta y la relativa— clasificación que ha sido rechazada por prestigiosos juristas al considerar la novel teoría como imposible o inútil, adhiriendo, en cambio, a la clásica bipartición de las nulidades.

Así se le objeta que, al exaltar, por ejemplo, la voluntad a la categoría de elemento de hecho (que hace a la existencia y no a la validez del acto) se apuñala un concepto psicológico del elemento voluntario que no coincide con el jurídico por el ordenamiento positivo. Nieto Blanc —en magistral estudio consagrado al tema— plantea la objeción más aguda y más seria a la admisibilidad de la teoría. Afirma que: "la categoría de la inexistencia es una «contradicción in adiectis» pues si la confrontación con un acto jurídico determinado (esquema legal) es imprescindible para tratar con seriedad de ella, ipso facto, queda desvirtuada, por cuasos, juramento, se dice que sólo puede hablarse de inexistencia cuando resulta imposible la jurídica identificación del negocio".

Nos atrevemos a discrepar con la inteligente opinión del distinguido civilista. Si como el mismo lo señala al comentar la posición de la doctrina germano-italica, la jurídica identificación del negocio es lo que diferencia la nulidad de la inexistencia —dado que en ambos casos el «*substantivum*» es imperfecto— no será precisamente la imposibilidad de la confrontación con el acto jurídico determinado (esquema legal) lo que convierta a este proyecto fracasado de acto en acto inexistente?

Para la teoría pura, igualmente: "los actos jurídicos son válidos o anulables, sin que se de otra tercera especie alguna. No hay, por consiguiente, actos nulos por la sola prescripción de la ley, ni menos actos meramente aparentes, en realidad inexistentes".

A esto concierne la escuela egológica costiana: "la designación de inexistencia a lo que carece de vigencia no es objetable como autocontradicción. Porque la inexistencia predicada no niega la realidad del acto... realidad que basta para atribuirle la apariencia de norma (o negocio) jurídico. La inexistencia aseverada niega, en cambio, que a tal norma (o negocio) haya sucedido el posterior acatamiento de la colectividad, que es un hecho real, sin el cual ninguna norma (o negocio) jurídico existe como tal, es decir es vigente... De ahí el siguiente esquema:

- A) actos vigentes
- a) inválidos
- b) invalidables
- B) actos inexistentes
- c) frustrados
- d) desaparecidos

Aclara Irujo —de quien tomamos estas notas— que con el término "inexistencia" se hace referencia a los actos no vigentes en general; con la palabra "frustrados" a los actos inexistentes por no haber logrado nunca vigencia, y con la expresión "desaparecidos" a los actos inexistentes por pérdida de la vigencia anterior temporal, sobrevenida con posesividad.

Muchas otras han sido las críticas dirigidas a la doctrina del acto inexistente. Al revisar la opinión de los diversos autores nacionales y extranjeros que la niegan, haremos mención de ellas.

Incluso la novísima teoría de la cuasiinexistencia ha sido seriamente impugnada. Así, incidentalmente, el Dr. López Olacino dice: "En conclusión, si a la doctrina de la inexistencia se la equipara a la inexistencia jurídica, habría que rechazarla en derecho positivo, porque la ley la rechazó y también en el campo teórico, porque se confundiría con la realidad. Si se la considera como inexistencia de hecho cabe aceptarla".

Modestamente, nos atrevemos a disentir con la autorizada opinión del destacado civilista. Pensamos que la cuasiinexistencia —que hemos reputado como inexistencia jurídica— y la nulidad, son dos supuestos conceptualmente distintos, en la medida que aquí es un acto perfecto que no surte efectos, y ése un acto inicialmente viciado, como lo apuntáramos *ut supra*.

Más decididamente el Dr. Lagomarsino afirma que: "distinguir entre cuasiinexistencia e inexistencia aparece a nuestra vista como algo antojadino y rebuzado... y que ello implicaba proceder al diluquio de una institución como la inexistencia que aparece así desdibujada y aun peligrosa".

Repetimos que, en nuestro humilde entender, la distinción nos parece, rigurosamente, cierta, y, conceptualmente, exacta; por tanto, mal puede considerársela peligrosa. Creemos, al contrario, que reconocer la doctrina, como parece atribuirse en algunos fallos relativos al matrimonio, a partir del pronunciamiento del Dr. Barraquero, que los llamaba: "matrimonios careates de efectos extramatrimoniales" y que permitió compararlos al caso de negarse el equivar de una sentencia dictada en el extranjero es útil. Participa de esta opinión el Dr. Belluscio: la aplicación estricta de la tesis tiene la ventaja de derivar los mismos efectos de la inexistencia, sin que se los considere inexistentes.

La crítica a la teoría del acto, (absolutamente) inexistente, ha redundado en su provecho, desde que la ha reducido a sus justos límites y permitido distinguir los tres siguientes supuestos:

a) falta de sujeto. Con Liambias debemos diferenciar la voluntad viciada (p. ej. del demense) o el mínimo de voluntad (p. ej. del menor) de la voluntad inexistente (hipoteca constituida sobre un inmueble, cuyo propietario ha sido ajeno al acto).

b) falta de objeto: p. ej. compraventa, donde falta el precio o la cosa vendida.

c) falta de forma, entendiendo por tal, no la legal, como lo querían Aubry y Rau; sino la específica, esto es: manifestación de voluntad, al decir de Liambias.

A su vez, los supuestos de la cuasíinexistencia son los ya considerados; no siendo adecuado simular los otros casos que incluye Melimain: 1º) el matrimonio celebrado con falta accidental de discernimiento —embeleso, hipnotismo, etc. —puesto que si uno de los contratantes estuviese privado integralmente de razón —demencia— la sanción sería la anulabilidad del acto, con la eventual posibilidad de confirmación; y no parece lógico castigar más severamente el acto realizado con privación accidental que el realizado con falta absoluta de razón. Y 2º) los segundos matrimonios cuando no se ha probado aún la disolución o nulidad del primer vínculo, pues como bien lo puntualiza Lagomarsino: "ello implica admitir una inexistencia supeditada a la condición resolutoria de declararse nulo o disuelto el primer matrimonio, inexistencia que sería entonces o podría serlo, temporal y circunstancial".

#### DOCTRINA EXTRANJERA

##### 1) Francia:

Puede afirmarse, sin dudar, que a la Escuela de la Evolución se debe el desarrollo de la Doctrina del Acto Inexistente.

Sin embargo, ya, Pothier, como lo observa Nisco Massé, en ciertos supuestos de error parece esbozar una diferencia entre típicos casos de nulidad

y otros que estarían fuera del alcance de la misma. Es el primer intento, que no cristaliza, por reconocer la teoría.

Nada hay de ella en Demar, ya que éste incluye los supuestos de la inexistencia en el régimen de las nulidades.

Y así llegamos a 1804, fecha de la redacción del Código Civil Francés, en cuya comisión redactora la manifestación del Emperador de legislar de distinto modo el caso de la mujer que dijera "no" ante el oficial del Registro, de aquella otra que dijera "sí" después de haber sido objeto de violencia, halló imprecisa acogida en el art. 146 que se limita a decir: no hay matrimonio cuando no hay consentimiento. Es que, como lo señalara Japier: "la oscuridad más grande ha reinado en dichos trabajos preparatorios sobre la materia de las nulidades, estando desprovistos los autores de ideas sistemáticas".

La noción del acto inexistente se va insinuando gradualmente en las obras de Buret, Guyon y Solón, hasta consolidarse racionalmente, en la obra de Zachariæ. Éste autor distingue ya, claramente, la nulidad de la inexistencia, presuponiendo para declarar la primera la existencia del acto. Reconoce, sin embargo, que las leyes califican de nulos ciertos supuestos de inexistencia y las asimilan, en lo que concierne a la acción de nulidad, a las nulidades propiamente dichas.

Aplica el concepto así configurado a la institución matrimonial en el caso del casamiento entre personas del mismo sexo; para la doctrina civilista éste era un problema insoluble, pues, creyéndose vigente el principio del "pas de nullité sans sexe" y desde que el Código no declaraba la nulidad de tales matrimonios, no había forma de impugnarlos. La doctrina de la inexistencia venía, así a solucionar la difícil cuestión.

La noción se aclama y desarrolla en las obras de Demolombe, Marcadé y, particularmente, en las sucesivas ediciones del Curso de Aubey y Rau. Para éste: "el acto inexistente o no sucedido (non avénu) es el que no reúne los elementos de hecho que requiere su naturaleza o su objeto y en ausencia de los cuales es lógicamente imposible concebir su existencia... lo mismo ocurre con el que no ha sido acompañado de las condiciones y solemnidades indispensables para su existencia según la ley o el espíritu del Derecho Positivo".

Conviene en reconocer la imposibilidad de determinar, en términos generales, cuáles son esos elementos de hecho; así como también, que las diversas legislaciones no se ajustan, habitualmente, a dicho planzo al convertir, por ejemplo, el error de hecho en simple condición de validez.

Los supuestos de inexistencia serían: falta de consentimiento; omisión de algún elemento esencial (res. pretium en la compra venta) y la forma legal. No obstante, el esfuerzo de otros autores de conservar la clasificación tripartita (inexistencia, nulidad y anulabilidad) tienden a reconocer— fenómeno ciertamente habitual— sólo dos categorías: la inexistencia y la anulabi-

lidad, al incluir en la órbita del primer grupo los actos de objeto imposible de causa ilícita, etc. Ello también se manifiesta por el hecho de considerarse los pactos sobre herencias futuras como nulos en las primeras ediciones e inconsistentes en la tercera.

Demolombe se aventura a dar un paso más; reduce las alternativas a inexistencia y anulabilidad salvando, en esta última, la distinción entre la absoluta y relativa. Si bien la distinción entre inexistencia y anulabilidad, deriva de que el impedimento es natural en el primer caso y jurídico en el segundo, asimila en aquello los actos violatorios del orden público, de la moral y de las buenas costumbres.

Concuerda este pensamiento Laurent, Hoc, Mourlon y especialmente Baudry-Lacantinerie, quien dice: "del art. 1134 del Código Civil Francés, los sucesos y la jurisprudencia extraen esta conclusión: que la obligación sin causa o de causa viciosa no es sólo nula o anulable, sino nula de nulidad radical o inexistente". Más adelante agrega "en ciertos casos el error excluye el consentimiento; entonces el contrato no se forma porque falta uno de los elementos esenciales a su existencia. El error deja, aquí, al contrato, inexistente...". Seguidamente ejemplifica:

1º) Cuando recae sobre la naturaleza de la convención: entiendo vender y mi co-contratante cree recibir en donación;

2º) Cuando recae sobre el objeto de la convención. Entiendo vender mi casa en Bourdeaux y mi co-contratante cree comprar mi casa de Libourne.

3º) Cuando recae sobre la existencia misma de la causa de la obligación; es decir, cuando el error consiste en creer que la obligación tiene una causa cuando en realidad no la tiene. Identifica los conceptos de nulidad e inexistencia, al aplicar, a los ejemplos precedentes, el aforismo romano "non videtur continere qui errant. Nullus errantis consensus. Errantis voluntas nulla est".

La doctrina del acto inexistente, luego de alcanzar su apogeo, comienza el vacilante camino del ocaso. Así lo dice Lagomarsino: "en Francia, su país de origen, se la viene relegando al olvido...".

Ya Bonetasse es un partidario más moderado de la doctrina al reducir su alcance. Partiendo de la idea que el acto jurídico es un organismo (idea adelantada previamente por Ihering) con elementos psicológicos (voluntad) y material (objeto y forma) afirma que la omisión de cualquiera de ellos implica la inexistencia del acto.

Adhieren a ese temperamento Planiol originariamente, Colin y Capitant, quienes afirman: "la diferencia hecha por la doctrina entre las hipótesis de inexistencia y aquellas del acto nulo de nulidad absoluta es racionalmente admisible. Sin embargo, la jurisprudencia la ha ignorado. Es cierto que un fallo aislado de la Corte de Casación (del 30 de diciembre de 1902)

parece, finalmente, haberlo aceptado. De todas maneras no creemos que haya una utilidad bien marcada para distinguirlas".

Más adelante: "si se la observa de más cerca, la separación establecida entre los casos de inexistencia y las hipótesis de nulidad se reduce, hasta racionalmente, a un simple matiz".

Y, finalmente: "en el fondo la diferencia es estrecha. En los dos casos el acto choca con una fuerza soberana, superior a la voluntad de las partes. En realidad, los términos nulidad absoluta e inexistencia son casi sinónimos. En la lengua jurídica de los romanos siempre fue así: decir de un acto "nullum est" significaba decir indiferentemente: el acto es nulo, o bien, no hay acto, el acto es inexistente.

También Carbonnier, quien enumera como supuestos de actos inexistentes a aquellos en que falta el consentimiento (incluido falta de voluntad y error objetivo) falta el objeto, falta o falta causa y falta de formas legales.

Más radicalmente Japio, repudia la doctrina y reclama su abolición. Reseña los modestos orígenes de la misma y su progresiva y desvirtuada expansión, hasta concluir, como destaca con acierto, en su más extrema concepción por absorber todo el contenido de la nulidad absoluta y cambiarse de nombre.

Sistemáticamente las sucesivas ediciones del Tratado Elemental de Planiol y colaboradores van repitiendo la evolución de la doctrina francesa. En la undécima del año 1938, el destacado jurista reconoce la existencia de la teoría y analiza cuáles son los actos inexistentes: falta de consentimiento, de otro elemento esencial y (limitadamente) de la forma legal.

En la edición de 1956, actualización de Ripert y Boulanger se afirma que la doctrina debe circunscribirse a supuestos excepcionales: "en que la nulidad alcanza un grado tal de evidencia que resulta inútil e irracional acudir al juez; sería el caso de un acto otorgado por un reo no imputado, o de un acto solemne como el matrimonio que hubiera sido formalizado por instrumento privado".

Similámente el *Traité Pratique* de Planiol y Ripert, con la colaboración de Esmein en la redacción del tomo 6º se expresan así: "un grave problema se presenta ahora, el de saber si al lado de la inexistencia es necesario mantener dos categorías de nulidades. Los autores están en pleno desacuerdo. Algunos absorben en inexistencia todas las nulidades que no les parece posible sancionar (Laurent, Bourdy Lacantinière y Barde); ellos no admiten, en efecto, diferencias prácticas entre esas nulidades y la inexistencia.

Otros (Aubry y Rau, Bonnetant) más preocupados por la lógica, se refusan a calificar de inexistentes los actos contrarios al orden público o a las buenas costumbres a los cuales no les falta ningún elemento esencial y que son del tipo de la nulidad absoluta...

Pero cuando ellos quieren justificar con razones prácticas, la distinción entre inexistencia y nulidad absoluta, deben decidir que la segunda sólo supone una decisión judicial o que el acto nulo de nulidad absoluta es susceptible de producir ciertos efectos”.

Concluyen, sin embargo, señalando que a pesar de la aparente lógica de la teoría del acto inexistente hay poco para ceder en ella. . .”.

Braudat, de quien Castiglione resume su pensamiento así: la inexistencia no reside en el fundamento del vicio; sino en su intensidad y su fórmula en ésta; inexistencia: si una de las condiciones exigidas falta completamente; nulidad: si ella no está sino parcialmente cumplida. Por demás, se refiere al texto del Código Francés citando en apoyo de su pensamiento los arts. 146, 931, 1131, 1691 y especialmente el 1108, que dice: “cuatro condiciones son esenciales para la validez de una convención: el consentimiento de la parte que se obliga; su capacidad de contratar; un objeto cierto que forma la materia del acuerdo; una causa lícita en la obligación.

Luzetico, quien afirma la falsedad del punto de partida; el concepto del organismo jurídico. Guadenas, quien sostiene en su obra: “*Théorie générale des obligations*”: “ciertos autores han intentado elaborar una doctrina más matizada que comporta una división eipuntia de las nulidades; al lado de la nulidad relativa, ellos distinguen la inexistencia de la nulidad absoluta. Según Aubry y Rau si los elementos ausentes son los de hecho hay inexistencia; si el acto contraviene un mandato de la ley hay nulidad (p. ej. venta de objeto ilícito). Esta distinción es interesante, pero la mayoría de los autores la declaran sin utilidad. En efecto, lógicamente no se concibe la diferencia o la sanción entre los dos casos: el elemento ausente sea un elemento de hecho o legal, tiene la misma importancia, por la fuerza de las cosas en el primer caso, por la voluntad de la ley, en el segundo. En cuanto a pretender que la ausencia de un elemento legal no podría enrañar la nulidad del contrato sin decisión de la justicia es confundir entre la prueba y el fondo del derecho; que el elemento que falta sea de hecho o de derecho, legalmente el contrato ha nacido muerto, solamente falta probarlo”.

Los hermanos Hénari, León y Jean Masséud escriben en sus Lecciones: “pero esta teoría no es solamente inútil; es también falsa. Los autores que la preconizan pretenden que algunas diferencias importantes separan a la inexistencia de la nulidad absoluta. Ante todo, según ellos, la inexistencia no tendría que ser demandada judicialmente.

Olvidan que el acto, incluso inexistente, crea una apariencia y habrá que dirigirse desde luego, a los tribunales para hacer que desaparezca esa apariencia y se restablezca la realidad. Nadie puede hacerse justicia por sí mismo. Desde el instante en que una situación tiene apariencia de realidad existe; y debe intentarse una acción para comprobar su nulidad, para hacer que desaparezca la apariencia.

Para Julliot de la Morandière —actualizador de la obra de Colin y Capitant— la regla aparece como incorrecta e inútil. Finalmente, Marty et Raynaud afirman: "Fuera del caso particular del matrimonio (donde parecen aceptarlo) nada impide la nulidad misma, si los textos legales no la pronuncian formalmente; ella puede, perfectamente, ser deducida del carácter de la disposición transgredida y de la necesidad de sancionar eficazmente tal violación; al lado de las nulidades sexuales, hay por interpretación, numerosas nulidades virtuales.

De ahí que el recurso a la inexistencia aparezca como una complicación bastante inútil y se puede preguntar si no basta con hablar de nulidad absoluta.

Se podría hallar en todo caso, una razón de ser a la distinción, si se admite que la acción por nulidad absoluta es prescriptible; en efecto, hay casos tan graves en que no se concibe que una prescripción inclusive trentenaria, pueda llevar a consolidar un acto demasiado informe o imperfecto.

Nos resta por analizar, someramente, los trabajos de la comisión reformadora del Código Civil Francés designada el 7 de junio de 1945. Las distintas subcomisiones, la de Obligaciones, la de Parte Graf, la de Actos Jurídicos). Considerando lo difícil de sumar criterios, fueron solapando el pronunciar sobre la cuestión. Y aún en las reuniones de la Comisión Plenaria del 18 de junio de 1948 y siguientes no se abocó directamente el tema. En definitiva, como lo señala Niemo Blanc: "no se testimoniaron ideas claras, aún en materia de nulidades, o por lo menos de ideas claramente demostrativas del criterio inspirador adoptado. Difícilmente podría haber sido de otro modo, si se tiene en cuenta las opiniones concentradas de los ilustres juristas que integraron la comisión reformadora. Así en el seno de una misma subcomisión, Roger Houlet que negaba la doctrina al redactar su proyecto (arts. 1 y 12) varió luego de opinión y se unió a Lasserre y Lyon Caen frente a la oposición irreducible de Niboyet que seguía desconociéndola.

## 2) Doctrina Italiana y Alemana:

En rigor de verdad, el pensamiento de los doctrinarios de ambos países es semejante. Efectivamente, el punto de partida común es el concepto del hecho jurídico interpretado como: acontecimientos o situaciones (estados) que producen una modificación de la realidad jurídica, o sea, un efecto jurídico y que, por eso, son jurídicamente relevantes. El hecho jurídico debe mantenerse diferenciada la denominada hipótesis (fatispecie o *casus*); por fatispécie se entiende la peculiar figura jurídica o situación típica o hipótesis a la que la norma se refiere con su precepto o prohibición, y que es el presupuesto o el conjunto de presupuestos (por lo que se suele distinguir entre fatispécie simple y compleja) para la aplicación de la norma misma y para la producción de los efectos jurídicos; por tanto, la fatispécie precede lógicamente la aplicación de la norma y de los efectos que se realiza cuando la fatispécie —de hipótesis— se convierte en hecho jurídico concreto...

Así, por ejemplo, se suele hablar de la fatispecie "propiedad" como del conjunto de los elementos de hechos que dan lugar a la aplicación de una o varias normas coordinadas en torno a aquel instituto jurídico, que también él, es denominado "propiedad".

Concluye Massimo, de quien hemos tomado estos conceptos, diciendo: "se suele hablar de completar la fatispecie" para indicar que falta algún elemento de ella y que tal elemento sobreviene; ej. la muerte del testador o la supervivencia del llamado, en la hipótesis de un testamento ya redactado y de por sí válido. Sin completar la fatispecie no se produce el efecto del que ésta es, de por sí, capaz. En ambos casos —nulidad e inexistencia— el testatad es imperfecto; pero —se dice— procede distinguir el caso en que la ausencia de los elementos del negocio permite, no obstante, su jurídica identificación, de aquel en que esa identificación no es posible lo que ocurre cuando la falta llega a impedir que el hecho examinado pueda reconocerse en determinado negocio (inexistencia).

En el clásico tratado de Escobar traducido por Pérez González y Alier que acotan: "para mejor perfilar los conceptos conviene examinar por separado la inexistencia o nulidad radical, la anulabilidad o nulidad pendiente de impugnación y la rescisión. La nulidad radical e inexistente del negocio jurídico es aquella imperfección que le impide producir sus efectos propios. El Derecho, considera al negocio exactamente como si no se hubiera realizado y, si, por acaso produce algún efecto, éste no será propiamente efecto del negocio jurídico en cuanto a tal sino meramente consecuencia de los hechos puros en juego al concluir el acto nulo o como dice la sentencia del 30 de nov. de 1909 de la inexistencia no se pueden deducir más consecuencias jurídicas que las que necesariamente se derivan de esta misma inexistencia.

#### Causas

Por numerosas y heterogéneas que sean pueden reducirse a tres fundamentales:

- 1º) El negocio choca con un precepto legal prohibitivo;
- 2º) Por carecer de algunos de los requisitos de fondo esenciales al contrato;
- 3º) Por falta de la forma exigida con carácter de requisito esencial.

#### Efectos

1º) El acto nulo (de nulidad radical) no produce efectos: *quod nullum est, nullum producit effectum*.

2º) No es menester impugnación alguna de parte, para impedir que produzca efectos jurídicos, ni fallo judicial, ya que la nulidad tiene lugar *ipso iure*.

3º) Para impugnar el contrato nulo, para alegar su inexistencia, está autorizado cualquier tercero que tenga en ello interés.

4º) El negocio nulo por carecer de todo valor, por considerándose, como si no existiera no puede sanearse por modo alguno; es imprescriptible, inconfirmable y sólo por singular excepción se admitió, por el T.S. que el tratamiento nulo por defecto de forma se convalida en virtud de la ejecución voluntaria por parte de los interesados.

5º) Si, a pesar de su ineficacia absoluta el negocio nulo hubiera sido ejecutado, en todo o en parte procede la restitución de lo dado. Siendo imposible, su valor con más los intereses.

Emilio Bertr, en su teoría general del Negocio Jurídico dice: "la distinción entre nulidad e inexistencia es conceptualmente legítima.

Se ofrecen casos en los que puede hablarse de verdadera inexistencia jurídica del negocio que se ha pretendido realizar, en cuanto que no existe de él, más que una vacía apariencia, la cual si puede haber engendrado en alguno de los interesados la impresión superficial de haberlo verificado o asistido a él, no produce, aún embargo y en absoluto efectos jurídicos ni siquiera de carácter negativo o divergente. Por el contrario, la estimación de un negocio como nulo postpone, por lo menos, que el negocio existe como supuesto de hecho; que, por tanto, existe una figura exterior de sus elementos eventualmente capaz de engendrar algún efecto secundario, negativo o divergente; aunque esta figura se revele luego inconsistente ante un análisis más profundo... Las aplicaciones son más fáciles de indicar en el campo del Derecho Público y del D. Procesal en particular, pero no falta tampoco en el D. Privado y, especialmente, en negocios del D. de Familia.

Es notorio que la antítesis nulidad-inexistencia revista considerable importancia en la teoría de la sentencia... En el campo del D. de Familia el D. Canónico ha elaborado la distinción entre "matrimonium nullum" y "matrimonium non existens". En general se deberá considerar inexistente el negocio cuando al simulacro de tal que se cree haber dado vida, no se engazan efectos jurídicos del género correspondiente al tipo en cuestión, ni siquiera efectos del carácter negativo y divergente como el indicado en el art. 1276 del Código Civil Español.

Vincentio Scialoja rechaza la doctrina. Afirma: "Nosotros hablaremos de vicio del negocio jurídico para indicar, genéricamente, todos sus posibles defectos: de nulidad cuando ese vicio alcanza su más alto grado, o sea, cuando afecte ese vicio alcanza su más alto grado, o sea, cuando afecte de tal manera el negocio jurídico y sus efectos normales, que sólo le deje su mera apariencia exterior, desvirtuando su sustancia. Muchos maximas califican ese caso de inexistente (es decir, para que nos entendamos bien lo que nada significa). Hemos de hacer observar que las palabras

inexistencia, inexistence, no son exactas, puesto que tales negocios, aún cuando nulos, han sido realizados (cita a Windscheid: el negocio jurídico nulo no existe, pero el derecho de hecho existe. Es un cuerpo sin alma, más no por ello deja de ser un cuerpo) niessen, pues, sino los efectos cuando menos la apariencia del negocio jurídico, por lo cual, al calificarnos de inexistence se dice algo que no es completamente exacto. Y eso es tanto más cierto que en muchos casos, tal apariencia no sólo existe, sino que puede producir, indirectamente efectos jurídicos; así, por ejemplo, el mandato otorgado a una persona para matar, es, sin duda, un negocio nulo civilmente, pero con existencia jurídica, puesto que produce efectos en la esfera penal. . . Por tanto, estimamos un error querer sustituir la palabra nulidad con la de inexistencia, aun cuando lo principal es llegar a comprenderse en esta materia.

Coincidentalmente el traductor Peismasler e Ivales agrega: "Como observa muy bien el prof. Scialoja no puede admitirse como lo hace Windscheid que no exista jurídicamente el negocio a no ser que se acoja el restringidísimo concepto de nulidad de Köppen —que el propio Windscheid critica— según el cual sólo es nulo el negocio que no tiene importancia alguna para el derecho y que no produce tampoco efectos jurídicos distintos de aquel al que se encaminaba, cual sería el caso del mandato para matar, del que se habla en el texto y de otros más en el campo del derecho civil, e.j., la venta realizada por quien no es propietario de la cosa, es nula, pero puede producir efectos por la ratificación posterior que el propietario haga".

Para Carlos Ferrás la distinción entre inexistencia y nulidad es válida en derecho positivo. La inexistencia se configura cuando faltan los elementos que supone la naturaleza del acto, de modo que es inconcebible que la realidad sucedida sea un negocio jurídico. La diferencia práctica entre ambas categorías radica en que el acto nulo, aunque no produzca sus efectos propios, puede producir otros, indirectos o menores, lo que no ocurrirá con el acto inexistente (López Otaziregui).

México tampoco admite la doctrina. Dice así: "A la validez del negocio se contraponen otras situaciones del mismo: no-válido (o imperfecto) es el negocio cuando carece de algún elemento esencial o también accidental cuando éste sea en intención del declarante elevado a elemento esencial; o bien, cuando uno (o varios) de tales elementos sea afectado de vicio o bien cuando el negocio mismo sea ilícito o imposible se distinguen dos formas de invalidez: la nulidad y la anulabilidad:

a) Nulidad se tiene cuando faltan uno o más elementos esenciales del negocio por lo cual está en cuestión el negocio en lo intrínseco del mismo. En cuanto a la primera de tales situaciones la terminología era en un tiempo, también, la de inexistencia jurídica del negocio, para expresar que, aunque materialmente inexistente, el negocio, desde el punto de vista del

derecho, es como si no existiese (este independientemente, del hecho de que el interesado recurre a la acción de declaración de carencia de tal inexistencia) la nueva legislación, para indicar también esa situación emplea el término nulidad. Pero a pesar de que no se encuentran nunca en la ley el término inexistencia —incluso en algún texto parece equipararse inexistencia a nulidad (art. 2881 Co. Italiano)— por más de un autor se tiende a distinguir entre negocio inexistente y negocio nulo, considerando que en la inexistencia no hay el hecho jurídico que pueda dar vida al negocio, mientras que en la nulidad el hecho jurídico existe aunque sea ineficaz. Podemos limitarnos a replicar que falta la utilidad práctica de la distinción, porque aún refiriéndose a la nulidad los efectos negociables de ésta no son menos ínteros que los que derivarían de la inexistencia”.

#### *Doctrina nacional*

Como señala Lagomartino: (... en nuestro país— a la inversa de Francia donde se la viene relegando al olvido)— también por razones circunstanciales como las que motivaron su nacimiento la teoría ha cobrado en los últimos años, una significación particular que la ha devuelto a su vitalidad premiancia”.

Cuestionando lo de razones circunstanciales corresponde subrayar el hecho, que en nuestro país en general, los juristas clásicos rechazaban la doctrina y los modernos tienden a aceptarla.

Así Lisandro Segovia, en la nota al art. 1647 define su pensamiento: “Habrá nulidad relativa cuando la ley no permita alegarla sino a aquellas personas en cuyo beneficio ha sido introducida (art. 1649 y 1650) y nulidad absoluta, no sólo cuando el acto sea del todo inexistente (non avenit) en la terminología del derecho francés, por falta de objeto, o cuando éste sea ilícito, o por incapacidad natural de la parte para consentir, sino cuando sea celebrado por una persona que tiene una incapacidad absoluta o accidental o sin la forma instrumental, legalmente esencial, en instrumento del todo nulo. A estos actos los llaman Aubry y Rau *inexistents*”.

Salva, por su parte nos recuerda que “los actos inexistentes— terminología introducida por Zachariae— son aquellos que no han podido llegar a existir por carecer de algún elemento esencial para su existencia, p. ej., los actos de un demente, falta en ellos la voluntad, sin la cual no se concibe la existencia de ningún acto jurídico; se considera igualmente como un caso de inexistencia la ausencia de las formas prescritas para los actos solemnes (forma dat esse rti).

Romero del Prado agrega: “La teoría del acto inexistente no ha sido aceptada por la mayor parte de nuestros autores, aunque han abogado en su favor Moyano y reticentemente Liambías y Borda”.

Concluye observando que en orden al vínculo matrimonial es donde algunos jueces, en nuestro país, han admitido la teoría de los actos inexistentes.

Leñille trata el tema en su Curso de Dcho. de Familia. Dice así: "Los actos inexistentes serían aquellos respecto de los cuales se puede afirmar desde un principio, y de manera absoluta, que no han vivido jamás. Así ocurre cuando falta un requisito sin cuyo concurso no es posible conseguir la formación del acto.

Esa teoría nació precisamente, en el matrimonio, merced a los dos ejemplos clásicos de la unión de las personas de un mismo sexo y de la falta de consentimiento, con arreglo al texto del C. Napoleón, en cuya virtud, sin ese último factor, no hay matrimonio.

Nuestro código no necesita de la categoría de los actos inexistentes, para obtener idéntico resultado. Al reconocer la nulidad de pleno derecho, como lo demuestra Freixa, que se tiene por tal aunque no haya sido juzgada (art. 1038) resuelve satisfactoriamente el problema. El juez no hace sino reconocerla, una vez que llega a su noticia; ni siquiera depende de acción como en el caso del acto anulable...

No aparece, pues la necesidad de recurrir a una nueva designación jurídica, a fin de caracterizar la ineficacia del acto jurídico que carece de un elemento indispensable para su validez.

Encheverry Benaco afirma que, si bien, el acto inexistente es intrínsecamente distinto del acto nulo, no hay tal diferencia en cuanto a sus consecuencias.

También Castiglione apunta dicha circunstancia. Asegura, "un acto es inexistente cuando le falta un elemento esencial para su formación y tal que no se puede conibir el acto en ausencia de ese elemento.

Un acto inexistente no tiene existencia a los ojos de la ley, es una apariencia sin realidad: la nada; y por lo tanto se dice que no se lo puede anular, de la misma manera que no se puede matar un muerto; y cuando se dice acto inexistente se refiere a lo inexistente jurídicamente, no naturalmente inexistente. Pero si teleológicamente se distingue el acto nulo del acto inexistente, prácticamente se confunden y así lo reconocen Colin Capitant, pues, dicen que no sólo ambos exigen la intervención de la justicia para que constare la inexistencia o nulidad, sino que, ejecutado el acto inexistente o nulo, deben igualmente remitirse al estado anterior en que se encontraban.

Y si —continúa— la doctrina enseña que en la inexistencia, el obstáculo para su validez es un obstáculo natural y en el acto nulo, el obstáculo es una prohibición de la ley; es decir, un obstáculo legal; en el fondo la diferencia se atienda hasta desaparecer, ambos obstáculos reinan soberana-

meno y la voluntad de las partes es imposible para hacerlos desaparecer. Concluye "este término nuevo —inexistencia— ha complicado las ideas, no sólo por lo redundante, sino por la disparidad doctrinaria en su significación.

Tampoco Spota hace lugar a la doctrina. Plena "cabe preguntarse si la categoría de los actos nulos no brindan margen alguno para ser distinguida de los llamados actos inexistentes. Estos serían dentro de la doctrina que los distingue de los actos nulos o anulables, aquéllos que no han podido surgir a la vida del derecho por la ausencia de un elemento esencial, mientras que la nulidad implica la existencia del acto jurídico por hallarse reunidos sus elementos esenciales aunque éstos adolezcan de vicios, más o menos trascendentes. Para nosotros, que hemos definido el acto nulo como aquel que carece de un elemento esencial y, por ende, jurídico, el dualismo indicado no resulta procedente.

Además, las hipótesis de inexistencia no son tales: la ausencia del consentimiento en el acto jurídico bilateral, no siempre es la "nada", ya que la oferta no aceptada, objeto de una falsificación en la aceptación, puede originar responsabilidad en el supuesto de que el destinatario hubiere "otorgado" un "decreto" jurídico "o" emitido una "respuesta" negativa." La ausencia del objeto, o de la causa del acto jurídico plantea un problema de responsabilidad o de riesgo contractual, pero no de inexistencia. En cuanto a la ausencia de formas, el derecho moderno, se atiene a la sustancia del acto, huyendo de un formalismo excesivo y de otra época, y por ello se ha advertido en la doctrina francesa, que el consentimiento por sí sólo obliga y que la ley puede declarar nulo el acto que las partes han celebrado sin formas, pero el consentimiento subsiste siendo capaz de producir efectos jurídicos.

En nuestro derecho, por lo tanto, no corresponde discriminar el acto inexistentes del acto nulo o anulable. A ello se opone todo el sistema de las nulidades.

Continúa señalando, "se sostiene que el art. 1057 del C. C., sólo admite las nulidades expresas, rechazando las nulidades virtuales y asumiéndose que para los casos en que falta la declaración de nulidad el recibo de la categoría de los actos inexistentes es más procedente que el recurso de tener el sentido de una disposición legal haciéndole expresar lo contrario de lo que expresa para evitar las graves consecuencias de su estricta aplicación. Cabe sin embargo observar, que si nuestro derecho positivo no admite otra nulidad que la expresa, entonces tampoco procede recurrir al ingenioso recurso de crear al margen de la ley otra categoría de ineficacia jurídica con efectos aún más dilatados que la nulidad; prohibida la declaración de nulidad sin texto expreso, afortiori queda vedado al juez hablar de inexistencia. Esto no puede salvarse diciendo que se trata de aplicar una noción primordial del razonamiento y de la lógica, porque lo que

cuenta, dentro de la corriente doctrinaria estricta, es lo normativo, aunque divorciado de lo equitativo justo o lógico.

Lo procedente pues es considerar que tanto hay nulidad cuando la ley expresamente así lo ha declarado, como cuando falta un elemento esencial, pues que surja el supuesto de hecho previsto por la ley misma aunque ninguna determinación legal y solemne se haya previsto para el caso.

También Neppi se enrola en esta corriente. Opina "la nulidad en sentido propio, cuando es absoluta, debido a su carácter radical y manifiesto, invalida por sí misma el acto, desde su origen (art. 1038) pero no es de creer que la declaración de voluntad así viciada pueda considerarse como, en absoluto, inexistente, desde el punto de vista jurídico".

En realidad, el acto aunque destruido de todo valor, en relación con sus efectos típicos, podrá sin embargo, hacer lugar a la obligación de resarcimiento de los daños y perjuicios, sufrido por una de las partes o de una distinta formación de reparación a cargo de la otra y aún de terceros, cuando se le agraga un hecho ilícito u otro hecho lesivo de los derechos patrimoniales de aquéllas.

Participan igualmente, del criterio negativo de la teoría Díaz de Guisarte, Arias, León y Busset, aunque de éste último son estas palabras: "no despertaría preocupación la teoría del matrimonio inexistente si se contrajera a lo que fue en su origen, a una categoría de excepción si se redujese en su aplicación práctica única y exclusivamente, a las hipótesis obvias, ya clásicas, elaboradas por la doctrina francesa, acogidas después, por cierto sector de la doctrina nacional, y las únicas que, racionalmente podrían tener cabida dentro del texto del art. 14 de la Ley de Matrimonio Civil.

Tanto Llerena como Machado admiten la inexistencia únicamente referida al matrimonio. Dice el primero, comentando el art. 1038 de nuestro C. C.: "no necesario exponer las teorías de aquellos juristas, porque en nuestra propia ley encontramos todo lo necesario para conocer cuando una obligación es absolutamente nula o inexistente y cuando es anulable". Afirma el segundo: "si la nulidad fuera absoluta el acto debería considerarse como no existente; sino puede ratificarse no se comprende porque se niega el derecho, de alegar a lo que conoca el vicio. Es que la idea en falta, lo absoluto de una nulidad sólo se refiere a las personas que pueden ejercer la acción, no al acto mismo... luego la nulidad absoluta no produce el efecto de hacer que el acto sea inexistente".

Finalmente Nieto Blanc destruye la teoría considerándola como un resabio del derecho natural. Concepía que "los presupuestos (nubentand, fastigie) considerados por ella, adquieren relevancia en el derecho, justamente, también por ser elementos de la imputación, no por sí mismos". De ahí que "la afirmativa sea, pura —estricto juris— hermética: hay acto jurí-

dico, o no lo hay (no acto) una tercera variante, lógicamente, no puede darse".

Sin embargo en nuestra modesta opinión entendemos que la alternativa no tiene porque ser hermética. Reconocemos como cierto que o hay acto jurídico o no lo hay, pero creemos que si no hay acto jurídico no tiene porque no haber acto (no acto).

Es que no se trata de un problema existencial (*ser o no ser*) sino de categoría legal (*ser acto jurídico o no serlo*) pensamos en resumen, que si no hay acto jurídico, puede no haber acto (no acto) o haberlos así llamados actos condicionales definitivamente frustrados, la infirmitad, la superficial, etc., inexistente, podría adaptarse a esta última categoría jurídica particularmente cerca del grupo de los "actos semejantes a los negocios" de que nos habla Enneccera.

Efectivamente el acto quasi-inexistente tiene vocación de acto jurídico pero no llega a ingresar en la esfera de éste, o ingresa y luego es degradado al no cumplirse la condición a que se hallaba supeditado, a diferencia del acto nulo que ingresa en la órbita del acto jurídico y es fulminado por la ley, en atención a lo viciado de sus elementos tornándolo ineficaz.

Entonces el acto quasi-inexistente —repulsado de la esfera de los actos jurídicos— podría hallar cabida en la categoría del acto meramente lícito, pues si bien las partes pudieran tener por finalidad inmediata producir consecuencias jurídicas, el medio empleado —el acto quasi-inexistente en sí— no sería idóneo para producirlos, y la ley se desinteresa de las consecuencias queridas por el agente, cuando y si le enlaza efectos jurídicos— en nuestro caso no le enlazaría efecto jurídico alguno. En otras palabras que p. ej. los actos condicionales definitivamente frustrados, la infirmitad la superficial etc., por sí, son incapaces de producir efectos jurídicos, independientemente de la voluntad del agente; en cambio que los actos nulos, por sí, son capaces de producir efectos, si no fueran anulados.

Por lo tanto, en esta categoría del acto meramente lícito hallamos, conforme al Dr. Boffi Boggiero: los actos a los que la ley no siempre determina efectos jurídicos; los actos voluntarios lícitos a los que la ley enlaza efectos jurídicos ya sea las declaraciones de voluntad, ya sea los actos reales; y esta última categoría —por nosotros agregada— de actos que quisieron ser jurídicos pero no pudieron serlo y a los que la ley no enlaza efecto alguno; de ahí quasi —como si fuese— inexistente. Es decir que serían actos meramente lícitos ineficaces.

En cambio la inexistencia escasa ubicada en otro plano, como lo señala con acierto López Olazregui, dentro de la doctrina del acto jurídico y frente a la existencia del acto.

Ya dentro de la corriente opuesta —que admite la teoría de la inexistencia— Moyano nos aclara por qué varió de opinión: "en un principio

pensé que si no se señalaba la estructura y funciones propias a la inexistencia de los actos jurídicos ya que los caracteres y funciones son comunes con los perfeccionados a la nulidad, lo que se imponía era el rechazo de la categoría de los actos in-existentes cuya denominación exorbita a las clasificaciones del código. Después de más detenida reflexión he rectificado mi primitiva opinión, en virtud de que la inexistencia de un acto jurídico, al cual le falta algo que, por ley, es substancial, es una comprobación que no requiere precepto legal, por ser más que un principio legal una noción primordial del razonamiento y de la lógica. Es verdad que tal inexistencia tiene atribuciones y consecuencias idénticas a la nulidad, pero como sólo hay nulidades legales cuando está establecido por el código, concluye que, para los casos en que falta la declaración de nulidad, el recibo de la categoría de los actos in-existentes es más procedente que el recurso de tener el sentido de una disposición legal, haciéndole expresas lo contrario de lo que expresa, para evitar las graves consecuencias de su estricta aplicación”.

Rorda, por su parte, señala: “distinguir entre actos inexistentes y nulos, no siempre es tarea sencilla; la jurisprudencia francesa, a la que es inevitable referirse, pues allí es donde la teoría surgió y se desarrolló, confusa y contradictoria a veces, el concepto de acto inexistente se ha ampliado a supuestos en los que es evidentemente inaplicable, y pensamos que a ello se debe principalmente las críticas que la teoría ha suscitado en aquel país. Por nuestra parte creemos que sólo puede hablarse de actos inexistentes en ciertos supuestos extremos: a) si falta el acuerdo de voluntades, o si hay disenso entre las partes, tal ocurrirá si la parte aparente no presó, en verdad, el consentimiento o si una de ellas ofrece vender su casa en Córdoba y la otra acepta comprarla en Buenos Aires, o si una ofrece en locación una propiedad y la otra acepta comprarla, o si se trata de un contrato celebrado a nombre de una persona de quien no se tiene la representación; b) si el objeto de la obligación es una cosa no susceptible de existir, o hechos materialmente imposibles como vender un pedazo de cielo; c) la falta de forma exclusivamente ordenada por la ley no basta, en principio, para considerar inexistente al acto; el propio código establece que son obligaciones naturales las que proceden de actos a los cuales faltan las solemnidades que la ley exige para que produzcan efectos civiles. No obstante exceptúa el supuesto de la intervención del oficial público en la celebración del matrimonio pues “en este caso, la omisión de la formalidad legal supone la inexistencia del acto”.

Llambías es un tenaz defensor de la inexistencia. Dice de ella que, es una noción conceptual —no legal— que nuestro entendimiento aplica a ciertos hechos, que no obstante tener la apariencia de actos jurídicos, no son tales por carecer de algún elemento esencial de ellos, sea el sujeto, objeto o forma específica. A esos no ser acto jurídico se lo designa adecuadamente con la denominación de acto jurídico inexistente.

Las nulidades conculuyen medidas de resorte legal, cuyo régimen está determinado por la misma ley. Es así que ella establece si la nulidad es una

cuestión que deba ser articulada por la vía de una acción judicial; quien es el titular de la acción de nulidad; si el juez puede declarar la nulidad de oficio; si el ministerio fiscal puede aducirla en el interés de la moral y de la ley; si la acción de nulidad es prescriptible; si se puede subsanar el vicio del acto nulo; cuales son las consecuencias de la declaración de nulidad, etc. En cambio nada de esto puede reglarse tratándose de la categoría racional de los actos jurídicos inexistentes: es sólo nuestro entendimiento el que nos muestra que si algo no es acto jurídico aunque aparezca serlo, no es posible como lo que no es, ni imputar a ese algo los efectos propios de los actos jurídicos efectivos y reales.

Suyas son, estas palabras, tan bien logradas: "el legislador puede privar de consecuencias jurídicas a un acto pero no insuflar vida a un fantasma, o invalidar la nada".

Rechaza así mismo las opiniones de los juristas que niegan la doctrina, porque:

1º) No es cierto que el acto inexistente sea una especie del género nulidad.

2º) El acto inexistente no coincide con el acto nulo de nulidad manifiesta.

3º) Tampoco es cierto que las consecuencias sean las mismas; a pesar del aforismo "quod nullum est nullum producit effectum" el acto nulo causa los efectos del art. 1033 y concordantes del C. C.

4º) Ciertamente ambos requieren de la intervención judicial; pero también se exige dicha intervención en el juzgamiento de dos hechos delictuosos p. ej. el robo y el hurto, a pesar de lo cual ningún jurista los identificará.

Boffi Boggiero a su vez escribe: "Es evidente que si procuramos imaginar todos los casos lógicamente posibles de inexistencia del acto jurídico emenemos por lo menos otros supuestos: a) alegación de un acto jurídico cuando no existió acto jurídico alguno; b) alegación de un acto jurídico cuando existió otro distinto; c) alegación de un acto jurídico al que falta uno de los elementos esenciales (compraventa sin precio); d) alegación de un acto jurídico al que falta uno de los elementos accidentales, y e) alegación de un acto jurídico al que no falta elemento alguno, pero que ofrece vicios o defectos en uno, varios o todos los elementos existentes, etc. Así como de la existencia de otros supuestos, dict autónomos, debo cocusarme de demostrar la posibilidad de que existan otros casos combinando los supuestos mencionados.

La precedente enumeración de supuestos de inexistencia que hace el Dr. Boffi Boggiero es discutible, particularmente en lo que respecta a los dos últimos casos, que no se ajustan al concepto que hemos desarrollado sobre el acto inexistente. Lagomarsino, quien estudiando el tema desde el punto de vista del matrimonio, concluye su modesto trabajo con las si-

guientes observaciones: a) en nuestro derecho, hay, además de los matrimonios válidos, los absolutamente nulos, y los anulables, una cuarta categoría de matrimonios inexistentes; b) no debe distinguirse entre matrimonios inexistentes y casi inexistentes; c) los supuestos de inexistencia son tres: 1º) identidad de sexos; 2º) falta de consentimiento, y 3º) ausencia del oficial público; d) debe considerarse incluido como un supuesto de inexistencia por falta de consentimiento, el caso del matrimonio celebrado por apoderado a posteriori de la revocación del mandam.

Germán Bidart Campos nos ejemplifica la diferencia entre las categorías estudiadas: "Cualquiera, dice, nota la diferencia entre un concubinato como mera unión y la unión celebrada ante autoridad incompetente. En el primer caso es ridículo hablar de matrimonio inexistente porque sólo hay un hecho de convivencia marital; en el segundo, los autores que se deciden por la teoría de la inexistencia ven un ejemplo típico de matrimonio inexistente. ¿Pero por qué en el segundo supuesto resulta admisible hablar de inexistencia de matrimonio y en el primero no? Porque en el último, además de la unión de hecho ha habido algo que pretendió ser matrimonio; algo más que el apuntamiento voluntario de un hombre y una mujer; una apariencia. El que anunció esa unión era incompetente, y por eso se dice que no hubo matrimonio, que el matrimonio es inexistente, y lo que pareció tal agredió su realidad en la simple apariencia. Pero note que la inexistencia será sustrada en una celebración, en una apariencia y no en un simple *factum concubinatio*."

Aún queda otra acotación que formular al tema de la inexistencia para admitirla, creemos que el autor debe circunscribirse a hablar de ella dentro del círculo cerrado de un ordenamiento jurídico determinado. En resumen cuando se pregunta si hay acto o no hay matrimonio, entendemos añadir que no lo hay en tal o cual país y que no lo hay porque la apariencia es insuficiente para fundar allí la existencia legal de los mismos.

Imaz se expresa así: "de ambas especies de actos irregulares como son los actos nulos y anulables cabe, todavía, distinguir aquellos que son meras apariencias. Los actos que no reúnen los elementos formales o de hecho que su índole u objeto impone deben considerarse no como inválidos por disposición de la ley o del juez, sino como inoperantes según la naturaleza de las cosas son los actos inexistentes". Y más adelante agrega: "Con estos logros volvemos a nuestro problema referente a la problematidad de los actos jurídicos inexistentes; debemos, ahora, afirmar que su caracterización como actos aparentes resulta exacta".

López Otáregui puntualiza que "el campo de la inexistencia no debe ser opuesto a la realidad, porque para que una oposición sea exacta tiene que enfrenar términos que sean contradictorios entre sí. Lo contrario de inexistencia no es nulidad sino existencia, y dentro de la existencia (del acto jurídico) corresponderá dividir las secciones de la eficacia y de la nulidad."

Gráficamente el plano de situaciones es el siguiente:

Doctrina del Acto jurídico — inexistencia  
— existencia  
— con defectos (nulidad)  
— sin defectos (validez)

Luego concebía qué es inexistencia, comprendiendo a: todos los supuestos en que resultare que el sujeto a quien el acto se atribuye no ha desarrollado la conducta externa (declaración de voluntad) que coincide con la conducta típica que la ley requiere para que se configure el acto jurídico de referencia.

Ofrece ejemplos: a) falsificación de firmas en escritura pública donde se instrumenta un acto jurídico; b) matrimonio que no observa las solemnidades de rito, ya sea que constalgua enlace por instrumento privado o escritura pública, ya sea que sean "unidas" por una persona que dice ser oficial del Registro Civil sin serlo, y c) error obsoleto, como el que resulta si una persona pretende vender un inmueble y la contraparte tomarla en locación.

Por último, diremos que coinciden en aceptar la tesis Rábora, Prayones, Colma, Cordeiro Alvarez, Fassi y Melinario.

### El acto inexistente en nuestro Derecho Civil

Resulta sintomático —y así se lo subrayó— del pensamiento del codificador el que la palabra "inexistencia" no aparezca mencionada, en el extremo articulado, y en las profundas notas que lo ilustran, como categoría jurídica. Mas aún, en la nota al art. 1038, Vélez dice: "La nulidad puede resultar de la falta de condiciones necesarias y relativas, sea a las cualidades personales de las partes, sea a la esencia del acto, lo que comprende principalmente, la existencia de la voluntad y la observancia de las formas prescritas para el acto. Ella puede resultar también, de una ley que prohíba el acto de que se trata".

Aparentemente, pues, el codificador habría cerrado la puerta a la admisión de la doctrina del acto jurídico inexistente —y a la casi inexistencia, por lo que dice en la parte final de la nota—. Sin embargo, Lisabias se ha preocupado de inventariar pacientemente los casos de inexistencia que surgen de nuestro código civil. Son tales:

- 1) El matrimonio no pasado ante oficial público. Art. 14, ley 2395.
- 2) El matrimonio en que uno de los contrayentes sigue el concubinato. Art. 14 de la precitada ley.
- 3) Contrato otorgado a nombre de otro, sin tener la correspondiente representación. Art. 1161, C. C.

- 4) Donación a favor de persona inexistente. Art. 1804, C. C.
  - 5) Donación a favor de una corporación que no sea persona jurídica. Art. 1804, C. C.
  - 6) Legado o institución hereditaria en favor de las personas mencionadas en sub. 4) y 5) Art. 5733, 5734 y 5735, C. C.
  - 7) Contratos aparentes en los que no hubo consentimiento de las partes. Arts. 1137 y 1144, C. C.
  - 8) Oferta o propuesta verbal no aceptada de inmediato. Art. 1151, C. C.
  - 9) Contrato sobre objeto indeterminado. Art. 1170, C. C.
  - 10) Mandato *post-mortem* de pagar lo que no se debe. Art. 5789, C. C.
  - 11) Compraventa, carente de cosa o precio; salvo para ese último caso, que se demuestre que se trata de una donación. Arts. 1323, 1326 y 1350, C. C.
  - 12) Venta de una cosa que dejó de existir. Art. 1328, C. C.
- No obstante que el codificador los repare tales son inexistentes:
- 13) El acto de objeto materialmente imposible. Art. 953, C. C.
  - 14) Acto que carece de objeto. Art. 933, C. C.
  - 15) Contrato que tuviese por objeto la entrega de cosas como existentes; cuando éstas aún no existan o hubieran dejado de existir. Art. 1172, C. C.
- O que el codificador haya declarado anulables, siendo también inexistentes, cuando éstas aún no existan o hubieran dejado de existir. Art.
- 16) Acto consentido mediando error sobre la naturaleza. Art. 924, C. C.
  - 17) Acto consentido mediante error sobre el objeto. Art. 927, C. C.

### **Efectos del mismo**

Al considerar este punto la doctrina suele trazar un paralelo, destinando las distintas consecuencias de la inexistencia y de la nulidad:

- a) La inexistencia no es decretada por el juez, sino simplemente comprobada por él, a diferencia de la nulidad.
- b) El juez puede decretar la no existencia de oficio, en cualquier momento del período de prueba; en cambio la nulidad —salvo que sea absoluta— debe ser invocada por la vía de la acción o de la excepción; y la anulabilidad también, en todos los casos.
- c) La inexistencia puede ser alegada en cualquier momento, pero solo demostrada en el período probatorio. La nulidad absoluta puede invocarse

—por razones de orden público— en cualquier momento, antes de la citación para sentencia; y la relativa se reclama al celebrarse la litis exclusivamente.

d) El acto inexistente puede ser alegado por todo interesado incluso por su autor que supo o debió conocer el impedimento, la nulidad absoluta por todos, menos por éste, y la relativa únicamente por aquel, en cuyo beneficio ha sido instituida.

e) El Ministerio Fiscal no puede invocar la inexistencia, ni la nulidad relativa, sólo la absoluta en atención al orden público.

f) En cuanto a las partes, los efectos de la anulación de un acto son regidos por los arts. 1030 y siguientes del código civil, produciendo las consecuencias allí determinadas. En cambio, el acto inexistente no genera efecto alguno. Llámase así un ejemplo: la venta de un inmueble anulada por dolo del comprador; según lo que prescribe el art. 1033 se computan frutos e intereses, pudiendo, por ello, perjudicar al vendedor inocente. Pero supongamos que, en dicha venta, el vendedor fallciera antes de conocer la aceptación. Si los herederos hacen entrega del inmueble —ignorando aquella circunstancia— pueden reivindicarlo bajo la escritura; reclamando, igualmente, los frutos percibidos si el comprador fuera de mala fe (arts. 2422 y concordantes del código civil).

g) El enajenante, en virtud de un acto inexistente, puede reclamar su devolución del tercer adquirente, salvo que se trate de cosa mueble y haya habido buena fe. A la inversa —esto es, en virtud de un acto nulo— el enajenante de un inmueble no puede reclamarlo de un tercero de buena fe.

h) El matrimonio inexistente no produce las consecuencias del matrimonio putativo —habiendo buena fe— en cuanto al carácter de la unión y de la filiación.

i) El matrimonio anulado no afecta los derechos de los terceros de buena fe, a diferencia del matrimonio inexistente.

j) La acción para alegar la inexistencia no prescribe ni caduca, y

g) El acto inexistente es inconfirmable, a semejanza de la nulidad absoluta.

### **Jurisprudencia**

Decididamente los aires de la renovación doctrinaria nacional, no han alcanzado, aún, las magistraturas alguna de los estrados judiciales.

Ello no obstante, como lo destaca Romero del Prado, en materia matrimonial, algunos pronunciamientos hicieron lugar a la doctrina.

Así, en el caso B. K. Bc/G. S. S. (L. L. 52-270) el sumario informa: "1: debe reputarse inexistente el matrimonio de cónyuges domiciliados en el país que no fue celebrado ante el oficial público encargado del Registro

Civil, sino en un consulado extranjero. En tales condiciones, no puede sostenerse que sea nulo a los efectos legales, desde que no se puede anular lo que nunca existió”.

En primera instancia, el juez de la Rosa Igarzábal dijo: “Que en el caso de autos falta el requisito fundamental de que hayan expresado las partes el consentimiento ante el oficial público encargado del registro, por lo que conforme a lo preceptuado, no puede considerarse que el matrimonio legalmente haya existido. Que siendo ello así, el pedido de nulidad de matrimonio formulado en la demanda es improcedente, porque mal se podría declarar nulo lo que nunca existió...”

Que el acto celebrado entre las partes litigantes no tiene ningún valor respecto a nuestras leyes, porque el mismo se ha efectuado absolutamente al margen de nuestra legislación por lo que es admisible su inexistencia.

En segunda instancia el Dr. Baldrich agregó: “analizado el caso a la luz de nuestras disposiciones legales, resulta con evidencia que se trata de un matrimonio inexistente, de manera que el juez “a quo” ha resuelto con toda justicia.

Añaden a ese criterio los señores camaristas: Dres. Altuna y Mendoza Paz.

En el caso González (usc). JA13-372, el sumario señala: “la acción para que se declare la inexistencia del matrimonio es una acción de nulidad del matrimonio”. Al respecto, el juez de primera instancia Dr. Klappenbach dijo: “los actores demandan la declaración de inexistencia del matrimonio... fundados en que en su celebración no se habían observado las formalidades que exige la ley.

Como lo demuestra el Sr. Agente fiscal, ello equivale a demandar su nulidad por defectos de forma, porque según la doctrina del art. 951 del Código Civil, la nulidad del acto equivaldría a su inexistencia.

El agente fiscal Dr. Padilla dijo: “Ahora bien, en el caso de autos, no se pide realmente la nulidad, sino que se solicita se declare inexistente el matrimonio basándose en defectos de forma, pero no hay que olvidar que acto nulo o inexistente son términos equivalentes, por lo menos tratándose de actos a los que la ley exige una forma determinada para su validez”.

En segunda instancia, el Dr. Julián Celman aseveró: “Desde luego, es evidente que aún cuando la acción se intente bajo la calificación de “inexistencia de matrimonio” lo que en el fondo se persigue es la nulidad del mismo por las deficiencias que se atribuyen al acto de su celebración. Recordada el fallo del ex camarista Dr. Díaz en el juicio que el Sr. Inquisido, marce de la menor Isabel Baldomera Llerena promovió contra Doña Herminia Pipes de Lange y que dice: “Decir que un matrimonio es inexistente porque no se ha observado en su celebración una formalidad esencial, es sostener

que ese matrimonio es nulo, de acuerdo con las disposiciones pertinentes contenidas en el Cap. XIII de la ley de matrimonio. En cambio, el Dr. Gelly —en ese mismo caso— decía: "Si el matrimonio que se opusiera, o mejor dicho, si el acto a que se diere ese nombre, se ha celebrado entre personas de un mismo sexo (caso citado por Dalla) o sin medir consentimiento, o ante personas destituidas de toda autoridad para consagrarlo, es evidente que cabría defenderse con su inexistencia, como único medio legal de conmutarlo, pues no están previstos entre las causas de nulidad (art. 84 ley de matrimonio civil) y que serían matrimonios inexistentes, no cabe duda, desde que, en el primer caso, faltaría uno de los elementos esenciales de su constitución, y en los otros no se habrían observado las formas y solemnidades requeridas como indispensables para su existencia (art. 14, ley citada).

Igualmente, en el caso G. J. R. (L. L. 45-257) el sumario establece: "El Derecho Argentino no conoce la categoría de los actos inexistentes. El fiscal de cámara Manuel Olmos (temperamento al que adhieren los Dres. Miguens, Maschwitz y Lagos) aclara: He sostenido en oportunidades anteriores y me refirno en mi criterio: «que en materia de nulidad del matrimonio no es aplicable el sistema establecido en el código civil para las nulidades de los actos jurídicos; la ley de matrimonio civil ni el Tratado de Montevideo mencionan para nada la clasificación de los "actos inexistentes".

En cambio, en el caso S. de B., FHc/RC (L. L. 65-56) fallado en la cámara civil y comercial de La Plata el sumario dice: "Frente a un matrimonio celebrado en el extranjero, subsistente aún el concurrido en nuestro país, corresponde rechazar la demanda de divorcio de aquí, pero no en virtud de senoznciar previamente la nulidad absoluta del matrimonio foráneo, sino por la mera declaración de inexistencia de tales nupcias en nuestro país. En los considerandos —voto del Dr. Fernando Legón, al que adhirió el Dr. Miguel Zorraindo— se lee: "En otras palabras, la nulidad trabaja con el presupuesto de un "hay" todo lo malo o deficiente que se quiera y con el posible efecto de inexistencia ulterior; y, en cambio, la inexistencia (como *prims* y no como efecto) es nada, y esto es precisamente lo que ocurre en el caso sub litt. ..."

La Cámara nacional civil sala "A" consideró, siguiendo el pensamiento del Dr. Llamblas, inexistente un caso de coexistencia, conforme a la opinión de Molinario. Es el caso A de D, ME c/DE (L. L. 101-934) cuyo sumario dice así: "Los actos realizados en violación de la ley argentina —en el caso matrimonio celebrado en el extranjero por personas casadas en jurisdicción nacional y divorciadas fuera de ella— son jurídicamente inexistentes y no tienen efecto alguno; son simples actos materiales que deben ser encausados como tales para obtener las consecuencias que son susceptibles de producir en el orden natural de las cosas sin que sea legítimo —cambio en dicho caso— imponerles efectos matrimoniales.

En el matrimonio in fraudem legis falta el indispensable consentimiento, serio y de buena fe, de los contrayentes, de modo que, sea por esa causa, sea porque falta la forma del acto por no haberse prestado el consentimiento ante el oficial público competente para ello, se está en presencia de un matrimonio inexistente, al que no es posible imputarle efectos jurídicos alguno.

Fuera del ámbito matrimonial, en cambio la doctrina ha observado escasa aceptación.

En el caso "Cabaleiro, Caser c/Garçon, Martín (J. A. 47-313)" tratábase de una escritura que instrumentaba una garantía hipotecaria otorgada por una persona agonizante, carente de conocimiento, la Cámara Federal de Bahía Blanca anuló el acto porque, como dice el sumario: —4: nuestra ley no distingue entre actos nulos y actos inexistentes.

Más ampliamente, en el caso Bergada Dell'Acqua, Teresa c/Doutour Martorell, Angel G. J. F. (suc.) L. L. 50-877 en el sumario se escribe: "la escritura en la que ha mediado la sustitución de la persona de uno de los cónyuges, adolece de nulidad absoluta siendo inexistente el acto, por lo cual la nulidad existe de pleno derecho, incumbiendo al juez dar por comprobada esa nulidad. "Dice el Dr. Ravagnan en primera instancia: "nulidad: los actos que han dado motivo a esta acción indudablemente son nulos y de nulidad absoluta, dado que se trata de sustitución de personas y han configurado los delitos establecidos en el fallo de la justicia del crimen. Ahora bien, la nulidad absoluta debe ser declarada por el juez, aun sin petición de parte (art. 1047 inc. 1º) o comprobada o reconocida. Es que en los actos nulos, la nulidad es inmediata, el acto es inexistente ab-initio; como en ningún momento puede producir efecto no paralisa la actividad de los pleitos que conservan su libertad. La nulidad existe de pleno derecho. Pero como nadie puede hacerse justicia a sí mismo es necesario recurrir a los jueces quienes tienen por misión comprobar la nulidad.

Igualmente, en el sumario del fallo de la L. L. 74-598, leemos: "es nula la venta dispuesta por el marido, y realizada por el mandatario de un bien inmueble de pertenencia de la sociedad conyugal, si el mandato conferido por aquél a este efecto y la operación de compraventa tuvieron lugar después del fallecimiento de la esposa del enajenante".

Por excepción, en el caso "Giorno, José y otros c/Asociación Hermandad de la Misericordia (L. L. 79-579)" se hace lugar a la acción; el sumario así lo dice: 1 - La contratación a nombre de un tercero, sin estar autorizado por él, o sin tener por la ley su representación, carece de valor alguno y no obliga al que lo hizo; se trata de un acto inexistente por ausencia del sujeto.

2 - La inexistencia del acto, por ausencia del sujeto, puede ser alegada por cualquier interesado en la inexistencia, aún por quien lo ha ejecutado

sabiendo o debiendo saber, el impedimento que obstaba al nacimiento del acto.

3 - La ineficacia del acto inexistente, por ausencia del sujeto no se suple con la confirmación del acto ni por prescripción empero procede su convalidación cuando se lo ratifica expresamente o se ejecuta el contrato.

Los Dres. Servini, Bagnasco, Demaría Massey y Caso Becchi, adhieren al pensamiento del primero de los nombrados, quien afirma: "La convalidación a nombre de un tercero sin estar autorizado por él, o sin tener por la ley su representación, carece de valor alguno y no obliga ni al que lo hizo, preceptúa el art. 1161 del código civil; he aquí que un acto en estas condiciones debe calificarse de inexistente por verdadera ausencia del sujeto.

Si el acto es inexistente, puede ser alegado por cualquier interesado en la inexistencia, aun por el que lo ha ejecutado sabiendo o debiendo saber el impedimento que obstaba al nacimiento del acto; su ineficacia es tal que no se suple con la confirmación del acto ni por prescripción. Pese a este rigorismo doctrinario el codificador permite la convalidación del acto art. 1161, 2º parte), cuando se lo ratifica expresamente, o se ejecuta el contrato. Lo cual nos está diciendo que, mientras la ratificación expresa no se produce, o no se ejecuta el contrato, el acto jurídico permanece en un estado de pendencia, falta de elemento del "factum", como expresa Von Thun, el negocio entonces es incompleto o inacabado y produce ineficacia jurídica cuando ese elemento que falta se suple o se cumple. Eso es lo que ocurre, según los hechos de la presente litis...

También la admite el Dr. Tobal al fundamentar su voto, en segunda instancia, en el caso "del Frade, Francisco c/Banco de la Nación Argentina y otros" (J. A. 53-115) que dice así: "como es acortio, en la doctrina se coloca en materia de nulidades otra categoría, la de los actos inexistentes. Son actos invalidados porque faltó en ellos un elemento esencial, que de concurrir hubiera podido darles existencia. Son como apariencias de actos, corporizados. Difieren del acto que se realiza con objeto prohibido (supuesto que nos interesa) porque en esta hipótesis, la invalidez de éstos depende sólo de la voluntad negativa de la ley que les resta eficacia, pero no de su inexistencia real. El acto existe, solo que la ley le priva de efectos jurídicos. Verdad es que a los actos nulos se los repasa como no acaecidos ni celebrados; pero ello no es más que una ficción, una manera de decir, que existen en los hechos, lo demuestra la circunstancia de que esos actos nulos, no obstante, la triple acción de ser, en principio, alegables por todo interesado, inconfirmables e imprescriptibles, producen consecuencias al menos con fines de indemnización, como el que se pretende en autos y le acuerda el juez al darle eficacia, no obstante que declare nula la compra, en virtud del interés de los terceros adquirentes".

Finalmente en el caso "Exploradora de Tierra del Fuego S. A. c/Gobierno nacional" (J. A. 68-445) la Corte Suprema fijó su posición, diciendo

en los considerandos: "lo que es inmoral, lo que es contrario al orden social, lo que se repara inexistente por falta de formas sustanciales no puede subsanarse por el transcurso del tiempo. El acto será siempre inmoral, contrario al orden social, o carente de las formas indispensables, cualquiera sea el número de años que hayan pasado desde su celebración. Y en el sumario se apuntaba: "... cuando después de dilucidadas las cuestiones de fondo que suscita, resultarán ciertos dichos vicios; tal acto debiera declararse nulo en absoluto e inexistente como subversivo del orden público.

Incluso, violáramos la doctrina de la cuasineexistencia en el caso de la C.N. Civ. Sala B: R., P (suc.) L. L. 92-520; y cuyo sumario dice:

La solicitud de que se declare la nulidad absoluta del segundo matrimonio celebrado por el marido en Méjico, en virtud de subsistir el primero conforme con la legislación argentina, debe limitarse a no reconocer su validez dentro del territorio de la República.

6 - El primer requisito para reconocer autoridad extraterritorial a toda sentencia, consiste en que el tribunal que la haya dictado se ajuste al derecho internacional privado, porque el poder para juzgar deriva de la soberanía y sólo éste puede obligar al actor y al demandado a someterse a juicio.

En el caso sub exámine siendo un hecho cierto que el matrimonio R-M tenía su domicilio conyugal constituido en nuestro país, ello determina la jurisdicción privativa de sus tribunales para conocer de la acción de divorcio que se quiere deducir, y por consiguiente, la sentencia que lo ha decretado "ad vinculum" recaída en el proceso iniciado por el marido en la República de Méjico *no puede considerarse con eficacia extraterritorial.*

De acuerdo al régimen doctrinario y legal analizado cumple apreciar la autoridad existencial de la sentencia extranjera que decreta el divorcio "ad vinculum" de un matrimonio domiciliado en el país, cuya fuerza ejecutoria invoca la parte apelante y con arreglo a la jurisdicción internacional legislada en el citado art. 104 de la ley de matrimonio civil, tal sentencia está desprovista de la autoridad extraterritorial, toda vez que es privativa de los tribunales de la República conocer en las demandas de divorcio de los matrimonios domiciliados en su territorio, con prescindencia de la ley por la que se ha de juzgar su validez o nulidad cuando se hayan celebrado

De acuerdo a esta interpretación... la sala debe limitarse, no a declarar la nulidad del segundo matrimonio del causante celebrado en el extranjero, sino simplemente no reconocer su validez, toda vez que carece de eficacia extraterritorial la sentencia de divorcio "ad vinculum" del primero.

Nosotros llamamos cuasineistente a lo que carece de efectos extraterritoriales sin que consideremos óbice a ello, la mera objeción terminológica de que "algo existe o no existe" pues que se trata de existir como acto jurídico o de no existir como tal; pudiendo ser, en este caso, de los actos meramente lícitos de que habláramos antes.

Estos fallos revuelan, en cierta medida, cual es el estado de nuestra jurisprudencia; de ellos nos damos cuenta que la doctrina del acto inexistente preocupa a jueces y carnicistas —haciendo, palpitar, en el mundo jurídico— ya que si no la consagra explícitamente, se sienten impelidos, obligados a combatirla. Tal vivencia nos permite confiar en que los frutos de esa renovación doctrinaria terminarán por abrirse paso en las sentencias judiciales, contribuyendo, así, a acercar y vincular más estrechamente la vida del derecho a la realidad de la vida.

#### BIBLIOGRAFIA CONSULTADA

- POTHIER - *Obras*, anotado por M. Bugnet-Marchand et Billard, París 1861.
- ZACHARIE, K. S. - *Le Droit civil Français* (comentado por Massé et Vergé), A. Durand, París 1834.
- AUBRY et RAU - *Cours de droit civil français* 4<sup>o</sup> ed. - Tome I<sup>o</sup>, Paris, Marchand et Billard, 1899.
- DEMOLAMBRE - *Cours de code Napoléon*, París 1860.
- BAUDRY-LACANTINIERE: *Précis de droit civil* - T. I y II, Sirey, París 1899.
- COLIN et CAPITANT: *Cours élémentaire de droit civil français* Dalloz, París T. I, 1913.
- FLANCOL, RIPERT et ESMEIN: *Traité pratique de droit français - Liberté générale de droit et de jurisprudence*, T. VI, París, 1930.
- GAUDEMET: *Théorie générale des obligations*-Recueil Sirey, París, 1917.
- MAZEAUD: *Leçons de derecho civil*, Ed. Jurídica Europa-América, Bs. As. 1960 (Trad. ALCALA Zamora y Castillo).
- MARTY et RAYNAUD: *Derecho civil*, T. I, Sirey, París, 1934.
- JAPIOT: *Des notions en matière d'actes juridiques*, París 1908.
- ENNECERUS, NIPPERDEY, KIPP y WOLFF: *Derecho Civil (P. Gral.)* T. I, Vol. 2; Bosch Ed. Barcelona 1933 (Trad. F. González y Alger).  
BETTI, *Teoría general del negocio jurídico*, 3<sup>a</sup> Ed. Ed. Revista de Deho. Privado - Madrid, 1959.
- SCIALOJA: *El negocio jurídico* Ed. de la Gaceta, Sevilla, 1942. Trad. Polmaner e Irujo.
- MESNIO: *Manuel de Deho. civil y comercial*, T. II, Ed. Jurídica Europa-América, Bs. As. (Trad. S. Serris Méndez).
- SEGOVIA: *El código civil de la República Argentina...* Librería y editorial de la Facultad, Bs. As. 1933.
- SALVAT: *Treatado de Deho. Civil Argentino (P. Gral.)* T. II, T.E.A., Bs. As. 1939 Arc. Numero del Pando.
- LAFAILLE: *Curs de derecho civil (Deho. de Familia)*. Biblioteca jurídica argentina, Bs. As 1930.

- ETCHEVERRY BOMBO: Curso de derecho civil (P. Gral.) Biblioteca Jurídica Argentina, Bs. As. 1942.
- CASTIGLIONE: Nulidad de los actos jurídicos, Lausanne, Bs. As. 1936.
- SPOTA: Tratado de derecho civil (P. Gral.) T. I, vol. 36 (8) Depalma Bs. As. 1947.
- BUTLER: Nulidad e inexistencia L. L. 104, 883.
- LIERENA: Concordancia y contrariedad del código civil argentino, T. IV, 116. y Edit. La Facultad, B. A. 1931.
- MACHADO, Exposición y comentario del código civil argentino T. III, Fajoussat Bs. As. 1899.
- NIETO BLANC: Inexistencia y nulidad L. L. 94-906.
- MOYANO: Efectos de la nulidad de los actos jurídicos. Bs. As. 1932. Cía. Impresora Argentina.
- BORDA: Tratado de derecho civil argentino. P. Gral. T. II, 3ª Ed. Perrot 1939 Bs. As.
- LLAMBIAS: Tratado de derecho civil. P. Gral. T. II-1. Ed. Perrot. 1961. Bs. As.
- BOFFI BOGGERO: Estudios jurídicos. 1ª serie, Coop. C.D.C.S. Bs. As. 1960.
- BOFFI BOGGERO: Teoría General del hecho jurídico. Edit. Bibliográfica Argentina, Bs. As. 1942.
- LAGOMARSINO: Los supuestos de la inexistencia en nuestro derecho civil argentino, L. L. Agosto 19 de 1964.
- BIDART CAMPOS: El matrimonio inexistente, J. A. 1958. II 520.
- IMAZ: Teoría del acto inexistente. L. L. marzo II de 1958.
- LOPEZ OLACIREGUI: De la nulidad de los actos jurídicos — Lecciones y Ensayos— 1ª y 2ª partes. N.ros. 17 y 19, 1960 y 1961 respect.
- LLAMBIAS: Vigencia de la teoría del acto jurídico inexistente, Revista Facultad de Derecho, año III, Nº II. Bs. As.
- LLAMBIAS: Diferencia entre la nulidad y la inexistencia de los actos jurídicos. L. L. 90, 890.
- LLAMBIAS: Efectos de la nulidad y de la anulación de los actos jurídicos, Ed. Arca, Bs. As. 1953.
- MOLINARIO: De los nuevos supuestos de inexistencia matrimonial, L. L. 108, 1059.