EL ACTO JURÍDICO INEXISTENTE: SU RELEVANCIA JURÍDICA Y APLICACIÓN EN EL CÓDIGO CIVIL PERUANO

Waldo F. Núñez Molina (*)

Sumilla: Introducción; **I)** LAS TEORÍAS QUE EXPLICAN LA NATURALEZA JURÍDICA DEL NEGOCIO INEXISTENTE: **a)** Teoría de la relevancia o la indiferencia.- **1)** argumentos; **2)** relevancia jurídica; **3)** Negocio inexistente. Apariencia y relevancia; **b)** Teoría de plano jurídico; **c)** Teoría del plano factico; **d)** conclusiones sobre su naturaleza. **II)** APUNTE HISTÓRICO ; **III)** UTILIDAD PRÁCTICA DE LA INEXISTENCIA; a) Efectos de la inexistencia; b) Ejemplos de inexistencia en la doctrina; c)Casos de inexistencia en el Código civil peruano; d) Declaración judicial de inexistencia; e)Debería subsumirse la inexistencia a la nulidad (lege ferenda); **IV.-** DIFERENCIA ENTRE NULIDAD E INEXISTENCIA; **V.-** CONCLUSIÓN

Introducción.-

Para el conocimiento nunca existieron fronteras, la ciencia en general se ha desarrollado a partir de las mutuas implicancias cognoscitivas de la sociedad, y como manifestación de esta también el Derecho ha sido permeable a las co-influencias normativas[1]; fenómeno que llevó a la reproducción[2] de textos normativos y

(*) Fiscal Provincial Titular Civil de Lima. Prof. del Doctorado en Derecho de la UNFV.

[1] Se le debe a G. B. Vico haber clausurado la discusión sobre la intransmisibilidad del derecho.

[2] La delicada labor de recepción del derecho extranjero ha llevado en muchos casos a un fenómeno de incoherente duplicación o imitación normativa. Empero, ello no debería limitar el prurito para una reconstrucción jurídica nacional uniforme. La crítica a la llamada "importación jurídica" en nuestro medio no es quehacer reciente, a guisa de

asunción de contenidos doctrinarios extranjeros, y que en muchos casos trajo serios problemas al país que acogió estas expresiones foráneas[3]. Un ejemplo de esas dificultades se produjo con la "inexistencia" del acto jurídico, institución de origen francés que se expandió incoherentemente en buena parte de Europa y Sudamérica.

En este trabajo analizaremos la naturaleza de la "inexistencia" y su aplicación en el Derecho peruano. Pero primero para reconocer el valor de la figura debemos desembarazarnos de un prejuicio terminológico[4], ya que si de la nada se origina nada (*ex nihilo nihil fit*), cómo podríamos hablar de una trascendencia jurídica de la inexistencia. Aunque a veces se señala que la "inexistencia" decanta alguna afectación en el *mundus sensibilis*, empero ante dicha afirmación se reprochar que solo lo "existente" debe ser percibido (*esse est percipi*), y por evidente lógica lo inexistente al no ser percibido no tiene trascendencia. En estos términos el concepto de inexistencia pareciera devenir en contradictorio.

No obstante, dichas elucubraciones poco aportan a la comprensión de la figura, puesto que en realidad esta impera por el prurito de los legisladores y juristas, y como se ha dicho "la noción de inexistencia se impone con igual simplicidad y elude toda posibilidad de una definición"[5]. Por eso recomiendo entender el léxico "negocio inexistente" como un recurso del leguaje[6] que nos ubica con facilidad a su peculiar fenomenología.

---

ejemplo PASARÁ, Luis: *Historia del Derecho Peruano*. Materiales de Enseñanza PUCP, Lima, 1974, p. I, proponía en su trabajo tratar "de someter a crítica la continua "importación" de legislación extranjera, que ha signado la gestación de nuestro derecho republicano"

[3] No debería afirmarse la pertinencia en las soluciones de los códigos: francés, alemán e italiano por el hecho de ser tales, sino utilizarlas para recrear un Derecho propio.

[4]En esto generalmente convergen los autores, así DUCCI, C.: *Derecho civil*, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1988, p. 309 "De inmediato puede apreciarse lo ilógico de esta oposición. No puede haber un acto inexistente; es una contradicción de términos"; ALBALADEJO, Manuel: *Derecho Civil*, Barcelona, Bosch, 1996, T, I, vol. II, p. 427 "falta un negocio o un negocio completo. Se está ante una situación en la que, aunque exista un hecho exterior o elementos parciales de un negocio, ni a aquél ni a éstos les cuadra la denominación de negocio (total), aunque, a veces, se les dé".

[5]CALLE LOBANA: *La inoperatividad del negocio jurídico*, Colombia, 1990, p. 9

[6] Hay que justificar su uso, como lo hace DE CASTRO, Federico: *El Negocio jurídico*, Madrid, Civitas, 1991, p. 462 puesto que en realidad "se trata de un recurso léxico de economía o simplificación; como las frases negocio inválido o negocio nulo, el sentido sustantivo se cambia al ser adjetivado (p. ej., moneda falsa, sabor insípido, hombre inhumano)"

I.- TEORIAS QUE EXPLICAN LA NATURALEZA JURÍDICA DEL NEGOCIO INEXISTENTE

a) TEORÍA DE LA IRRELEVANCIA O INDIFERENCIA:

1) Argumentos.- Mucho de la propagación de la doctrina que considera al negocio inexistente como irrelevante puede atribuirse a la obra de SCOGNAMIGLIO[7], cuando consideró que "el juicio de irrelevancia no se debe confundir con el de invalidez: el primero opera con referencia a cualquier hecho, tenga o no naturaleza negocial; en tanto que el segundo opera sobre todo con referencia a los negocios jurídicos y presupone que previamente se haya resuelto el problema relativo a la identificación y a la calificación de un supuesto de hecho jurídicamente relevante"[8]. De modo que el negocio inexistente está "privado de los requisitos mínimos para poder asumir alguna relevancia"[9]. Es decir, esos actos desde su formación son desconocidos por el Derecho[10].

Ya más recientemente se ha señalado que "en la relación entre Derecho, eventos y comportamientos del hombre no hay espacio para un problema de existencia o inexistencia; sino de relevancia o irrelevancia; existencia o inexistencia no son categorías axiológicas y ni siquiera posiciones lógicas o cualidades jurídicas; sino simplemente fórmulas descriptivas de un "ser" o "no ser" en el Derecho.."[11].

Vale precisar que asumir esta doctrina lleva a consecuencias prácticas importantes, puesto que si se considera a la inexistencia

---

[7]SCOGNAMIGLIO, R.: *Contributto alla teoria del negozio giuridico*, Napoli, 1950, hay traducción al español de la segunda edición: *Contribución a la Teoría del Negocio Jurídico*, Grijley, 2004, p. 452 y sig.

[8] BIGLIAZZI, BRECCIA, BUSNELLI y NATOLI: *Derecho Civil*, Colombia, Universidad Externado de Colombia, 1995, T.I vol. II, p. 1027-1028

[9]GALLO, P.: *Diritto Privato*, 4ed. Torino, G. Giappichelli Editore, 2006, p. 511; en el mismo sentido ALPA, G.: *Corso di Diritto Contrattuale*, Padova, Cedam, 2006, p. 128-129; etc.

[10]Metafóricamente comenta REALE, Miguel: *Introducción al Derecho*, Madrid, Pirámide, 1986, p. 167 "Los actos inexistentes no llegan a entrar en el mundo jurídico, aunque llamen a sus puertas con la pretensión de entrar. Han de ser rechazados. Y es la intencionalidad de entrar en el mundo del Derecho, a pesar de su carencia de elementos configuradores, la que les da una calificación jurídica refleja y negativa que conduce a que sea rechazada su pretensión de producir efectos jurídicos"

[11]SCALISI, Vicenzo: *Invalidez e ineficacia. Modalidades axiológicas de la negociabilidad*, en Revista Jurídica del Perú, Lima, Nº 86, 2008, p. 287

como un supuesto de irrelevancia, dicho evento quedaría excluido de toda calificación jurídica, de modo que cuando se peticione a un magistrado sancionar la inexistencia de un acto, éste tendría que rechazar el pedido por carecer de trascendencia jurídica[12].
Finalmente esta posición, de la cual discrepamos, por las razones que se pasarán a esgrimir, también ha sido reproducida por algunos autores[13] nacionales.

2) Relevancia Jurídica

Es común que los textos solo consideren los juicios[14] de validez y eficacia en los negocios jurídicos; quizá por ello el concepto de relevancia jurídica aún es impreciso en la doctrina. Pese a ello, la mayoría considera relevante jurídicamente aquel evento que produce efectos jurídicos[15]. Sin embargo, se han presentado opiniones discrepantes al respecto, así TRIMARCHI[16] sostiene que "la relevancia jurídica de un hecho es condición necesaria, pero no siempre suficiente de su eficacia". Así la relevancia solo le "es atribuida la actitud de ser punto de referencia de la consecuencia jurídica"[17], de manera que un hecho relevante jurídicamente puede ser ineficaz como en los casos de las *condictio iuris.* CARIOTA-FERRARA sostiene que "la relevancia consiste en determinar un

[12] BETTI, E.: *Teoría General del Negocio Jurídico*, (trad. esp.) Madrid, Revista de Derecho Privado, s/f, p. 352 en esa línea consideraba que la inexistencia "no origina ningún contrato y, por tanto, ni a una acción contractual ni a una acción de daños…"
[13] PALACIOS, E.: *La Nulidad del Negocio Jurídico*, Lima, 2002, p. 95 y en *La Conversión y nulidad del negocio jurídico*, Lima, 2002, p. 246 y s.; MORALES, R.: *Estudios Sobre Teoría General del Negocio Jurídico*, Lima, 2002, p. 247 y s.; MORALES, R.: *Inexistencia y nulidad analizadas desde el punto de vista de los derechos italiano, español y peruano*, en http://www.codigo-civil.info/nulidad/lodel/document.php?id=129
[14] A guisa de ejemplo: LUCARELLI, Francesco: *Diritti civili e istituti privatistici*, CEDAM, Padova, 1983, p.262; DORAL, J.: *El Negocio Jurídico ante la Jurisprudencia*, Madrid, Trivium, 1994, p.190, etc.
[15] Entonces se da por sobre entendido que el hecho jurídico es el hecho jurídico relevante, por ejemplo SCOGNAMIGLIO, R.: *Contribución, cit*, p. 342. Afirma que "la relevancia consiste en la calificación jurídica del hecho, que en cuanto tal, produce efectos para el derecho", en sentido similar: PERLINGIERI, Pietro: *Il diritto civile nella legalità constituzionale*, Edizioni Scientifiche Ialiane, Napoli, 1984, p. 220; RESCIGNO, P.: *Manuale del Diritto Privato Italiano*, 11ºEd. Napoli, Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1997, p. 285; LEHEMANN, H. *Derecho Civil*. Parte General, (trad. esp.), Madrid, Revista de Derecho Privado, 1956, vol. I, p. 195.
[16]TRIMARCHI, M.: *Atto Giuridico e Negozio Giuridico*, Milano, Giuffrè, 1940, p. 5. En similar sentido, solo en esta parte, SCALISI, V.: *Il negozio giuridico tra scienza e diritto positivo*, Giuffrè, Milán, 1998, p. 354
[17] TRIMARCHI, M.: *Ibi dem*, p. 4

cambio en la situación preexistente y en la creación de situaciones nuevas a las que correspondan nuevas calificaciones jurídicas"[18], de modo que estas situaciones pueden ser diversas. Para FALZEA[19] la eficacia y la relevancia se distinguen porque una tiene un "valor comprensivo representando la unidad del sistema" y el otro esta dirigido "a los valores parciales contenidos en la norma específica". En razón de ello dicho autor haría una distinción entre fattispecie total eficaz y fattispecie parcial relevante.

Particularmente entiendo que la relevancia jurídica supone la valoración de un *supuesto de hecho* concreto, es decir, un hecho que concierne al Derecho de modo que aunque éste sea posteriormente declarado ineficaz, merece un análisis y calificación jurídica. Por eso me animo a considerar al hecho jurídico relevante, como aquél que **pueda justificar una pretensión jurídica**[20] **con motivo de un (virtual o efectivo) conflicto de intereses**[21]. En consecuencia la relevancia jurídica de un hecho se produce no solo cuando un hecho se encuentra descrito en el supuesto de hecho abstracto (norma jurídica), sino también cuando ello es discutible ante una apariencia de derecho.

Finalmente, la relevancia también dependerá de la óptica institucional a la que se somete una circunstancia concreta; puesto que en última instancia toda acción de ser humano puede tener trascendencia jurídica[22], ya que de acuerdo al artículo 2 inciso 24 a)

---

[18] CARIOTA-FERRARA, Luigi: *El Negocio Jurídico*, trad. esp. Madrid, Aguilar, 1956, p. 4

[19] FALZEA: *Voci di teoria generale del diritto*, 3ed, Milano Giuffrè Editore, 1985, p.315

[20] Nótese que no hago distinción entre sede judicial o extrajuridicial.

[21] He podido encontrar un texto que elípticamente allega a la dirección que proponemos, así para ZATTI, P.-COLUSSI, V.: *Lineamenti di Dirrito Privato*, 11ºEd., Padova, CEDAM, 2007, p.98 "La relevancia jurídica depende de una valoración del legislador, que reconoce en cierta situación –tipo (en cierta *fattispacie*) un problema que necesita solución: un conflicto de intereses, que va a regularse a través de una prescripción de comportamientos"

[22]GUARINONI, R.: *De lo que hay. La inexistencia jurídica*, en revista Doxa, Madrid, 2002, Nº 25, p. 642 señala que "en un sistema que contuviera la regla <todo lo que no está prohibido está permitido>, no habría actos inexistentes, ya que todo acto que no fuera obligatorio, prohibido o permitido en sentido fuerte (es decir permitido expresamente), sería permitido en sentido débil (por no hallarse prohibido). No habría actos fuera del derecho"; IRTI, Natalino: *Introducción al Estudio del Derecho Privado*, (trad.esp.) Lima, Grijley, 2003, p.127-128 diría que "el derecho se resuelve en un conjunto de mandatos y autorizaciones, a los cuales se someten todos los comportamientos humanos, los cuales, justamente, cuando no están prohibidos ni

de la Constitución nadie está impedido hacer lo que la ley no prohíbe. Así el hecho de que una persona "reciba rayos de sol en la playa" puede tener trascendencia jurídica respecto a la tutela de su libertad individual, empero el mismo evento puede ser irrelevante como supuesto de hecho para la teoría del negocio jurídico.

c) Negocio inexistente. Apariencia y relevancia.

Algunos autores pregonan la autonomía del principio de la "apariencia"[23], y aunque sus contornos doctrinales aún se están delineando, estoy convencido que puede incluirse dentro de esta categoría a la inexistencia.

FALZEA sostiene que "la apariencia, como situación del hecho que manifiesta y hace aparecer como real una situación jurídica no real, puede presentarse solo cuando exista una situación capaz de desplegar una fuerza de señalización de la realidad"[24]. Por eso "se habla, justamente, de apariencia jurídica, de apariencia del derecho, de apariencia de la situación jurídica o, con una expresión específicamente construida de *apparentia iuris*. Una situación jurídica aparenta existir, aunque realmente no existe. Esta circunstancia, de aparentar pero no ser, hace que entre en juego intereses humanos relevantes que la ley no puede ignorar"[25].

La figura de la llamada inexistencia, no es un acto intrascendente sino uno que puede ser incluido en el campo de la "apariencia" y el "aparecimiento en general" [26], y visto así diría tiene

---

prescritos, quedan comprendidos entre las libres decisiones del individuo. Ningún acto estaría privado de relevancia jurídica"; en el mismo sentido NÚÑEZ, Waldo: *El Negocio Jurídico* , Lima, Ediciones Legales- San Marcos, 2006, p.57

[23] Por ejemplo, GALGANO, F.: *Il Contratto*, Padova, CEDAM, 2007, p. 378 y ss.; SACCO, Rodolfo y CISIANO, Paola: *La Parte Generale del Diritto Civile 1. Il fatto, L´atto, Il Negozio*, Torino, UTET, 2005, p. 60 y ss. En nuestro medio VEGA, J.: *La protección a la Apariencia Jurídica*, en Libro Homenaje a Felipe Osterling Parodi, Lima, Palestra, T. I, p. 277 y ss.

[24]FALZEA, Angelo: *Voci di teoria generale del diritto*, 3ed, Milano Giuffrè Editore, 1985, p. 95 y ss. También se ha traducido el artículo *El principio jurídico de la apariencia*, en Rev. Derecho PUCP, Nº 59, p. 186-187

[25]FALZEA, A.: *Ibi dem*, p. 182

[26] FALZEA, A.: *El principio jurídico de la apariencia*, p. 182-183 En efecto, "..se puede observar que la apariencia es un aparecimiento: el aparecimiento de lo irreal como real- por lo cual es claro que el aparecimiento, en tanto denominador universal de los fenómenos, es una categoría mucho más amplia que la apariencia, porque pueden darse, por ejemplo, además del aparecimiento de la irreal como real, el aparecimiento de

una connotación ontológica peculiar, que no puede encasillarse prematuramente entre el “ser” y “el no ser” jurídico.

Acertadamente SOTO señala "que en el ámbito jurídico no identificamos la inexistencia con la total y absoluta carencia de huella negocial, con la falta de todo vestigio material revelador del intento de dar cuerpo a un acto jurídico determinado; ello supondría prodigar una atención hacia la "nada", y para el Derecho -particularmente en el área del derecho de las obligaciones- sólo los actos, aun incompletos y frustrados en su camino hacia la plena existencia, merecen ser tomados en consideración”[27]. A su turno CARIOTA-FERRARA afirma que “para que haya inexistencia jurídica es preciso también que de hecho exista algo, pues de otra forma toda determinación de conceptos estaría excluida *a priori*; o bien la inexistencia perdería toda relevancia, incluso negativa, degradándose a inexistencia de hecho”[28]. De manera como diría BELVEDERE la inexistencia nos debe ubicar “en un discurso en el cual la presencia de una cosa haya sido (explícita o implícitamente) objeto de afirmación, o al menos, de duda”[29].

Finalmente ROPPO ha señalado correctamente que hay una inexistencia significativa, en la cual “el <contrato> sea invocado por alguien contra cualquier otro, y que la invocación esté sostenida por un mínimo de evidencia material de la existencia del contrato mismo”[30] esta inexistencia significativa debe distinguirse del “territorio ilimitado de la inexistencia irrelevante”.

Por ello disentimos de los que defienden un “juicio de irrelevancia”, porque lo que no es relevante para el derecho, por definición no generaría

---

lo real como real, el aparecimiento de lo irreal como irreal, y también un aparecimiento neutro, indiferente a toda realidad o irrealidad”

[27] SOTO NIETO, F.: *Nulidad de los contratos*, en Nueva enciclopedia jurídica F. Seix. TXVII, 1982, p. 665

[28] CARIOTA FERRARA, Luigi: *El Negocio Jurídico*, trad. esp. Madrid, Aguilar, 1956, p. 276

[29] Citado por ESPINOZA, Juan: *La invalidez e ineficacia del acto jurídico en la jurisprudencia*, Lima, Gaceta Jurídica, p. 2008, p. 19

[30] ROPPO, V.: *El Contrato*, trad. esp. Lima, Gaceta Jurídica, 2009, p.696. En sentido semejante CALLE: *Op cit*, p. 11 hay que hacer una "apreciable diferencia media entre el acto inexistente y la mera ausencia de acto, como ocurre en la comparación del concubinato -ausencia del acto matrimonial- con el celebrado sin la concurrencia de todos sus elementos esenciales. Por más que se predique su inexistencia, es la apariencia, las huellas del acto, su presencia fugaz y no idónea, la que preocupa a los juristas y ha dado pie a la formulación de toda esta teoría”

ni siquiera un juicio negativo. Es decir todo juicio negativo supone siempre una calificación. Nos parece que la impresión superficial es suficiente para hablar de cierta relevancia o significación, y por tanto, de una apariencia que debe destruirse o respetarse. Empero esto debe distinguirse de los casos de mera ausencia; carencia total de significación del acto, en la medida que no generan al menos una apariencia negocial, son los que propiamente les cabe el calificativo de *hecho jurídicamente irrelevante, intrascendente o indiferente*.

Entonces la calificación de nulidad o inexistencia solo se aplica a negocios que por su apariencia tienen trascendencia jurídica, aunque tras un proceso judicial se demuestre su total ineficacia. En cambio los negocios intrascendentes no generan ninguna apariencia de negocio jurídico y por eso son reconocidos fácilmente como intrascendentes[31].

De todo esto podemos concluir, que si no hay vestigios o apariencia alguna del acto, estamos frente a un supuesto de irrelevancia negocial. En cambio si hay algunos elementos que dan la apariencia de un negocio entonces en este caso es susceptible de predicarse el calificativo de negocio inexistente, nulo, anulable, etc.

Dejada sentada esta premisa, para tener conocimiento de la naturaleza jurídica de la inexistencia, debemos revisar las dos teorías[32] más exitosas a este propósito:

b) TEORÍA DEL PLANO JURÍDICO[33]:

---

[31]Se ejemplifica clásicamente como "hechos jurídicamente irrelevantes (por ejemplo, la caída de una estrella, un crepúsculo, las variaciones de la temperatura y similares) y hechos humanos (actos) jurídicamente irrelevantes (una invitación para cenar, la cita para una excursión o para una diversión en común, la lectura de un manifiesto público, el hacer gimnasia, el recitar una poesía o un motivo musical o un discurso escuchado, el asistir a una conferencia, el fumar un cigarrillo, el aprobar un espectáculo, el hacer una visita, el sostener una discusión y similares)" MESSINEO, Francesco: *Manual de derecho civil y comercial*, Ediciones Jurídicas Europa América, Buenos Aires, 1954, T. II, p. 322

[32]SCOGNAMIGLIO, Renato: *Teoría general del contrato*, Colombia, Universidad Externado de Colombia, 1996, p. 227 diría "...siguiendo un criterio empírico y moviéndose en el terreno de los hechos, se abre la posibilidad de perfilar una noción de inexistencia (material) diferente de la inexistencia jurídica o nulidad. Según otra teoría, opuesta a aquella, la inexistencia se distingue de la nulidad en el ámbito del derecho, porque constituye un vicio más grave o radical, que excluye la propia posibilidad de identificar el contrato como tal (por lo cual tampoco necesita expresa estatución normativa)".

[33]Aquí estoy siendo muy genérico. Puesto que esta concepción lógico formal, se pueden encontrar variantes, de manera que autores entienden a la inexistencia: a) Como un

Según esta teoría, habrá inexistencia cuando se produzca la carencia de algún elemento del negocio que impida su identificación[34]. Dicho de otro modo[35] el negocio es una *fattispacie* que debe cumplir con los requisitos de completitud y equivalencia de todos sus elementos y si está incompleto ello determina su inexistencia.

Al respecto ya VALVERDE, con una nota organicista, explicaba que el ".. acto inexistente no es realmente un acto, es una apariencia de él, no tiene existencia legal al faltarle las condiciones esenciales para su existencia, es como al organismo a quien le falta un órgano esencial para la vida; por tanto, el acto en estas condiciones no puede producir efecto jurídico alguno, pues ni siquiera ha llegado a establecerse o constituirse"[36]

CARIOTA- FERRARA señala que hay "inexistencia de un negocio cuando faltan los elementos que suponen su naturaleza, de modo que en su esencia es precisamente inconcebible el negocio o si se quiere, se halla impedida la identificación jurídica del mismo"[37]. Y una doctrina española reciente diría que "aquellos supuestos en los que le falta al contrato alguno de los elementos esenciales del o éstos se distorsionan de tal manera que el tipo contractual concluido pierde su identificación típica. Así, la ausencia del consentimiento, del objeto, la causa o la forma"[38].

C) TEORÍA DEL PLANO FÁCTICO:

Se ha dicho que en el plano de la existencia ingresan todos los hechos jurídicos sean estos lícitos o no, pero siempre se requiere de un

---

negocio incompleto (Enneccerus y Von Thur); b)Ausencia de un requisito positivo (Oertmann); c) Carencia del supuesto de hecho externo de un negocio (Lehmann); d) La falta de elementos que la identifiquen (Albaladejo, Santoro-Passarelli); e) un concepto negativo (Scognamiglio). Según lo consideran CAMPAGNUCCI, R.: *El negocio jurídico*, Buenos Aires, Astrea, 1992, p. 514 y sig. ; LÓPEZ MESA, M: *Ineficacia y nulidad de los actos jurídicos y procesales. En la doctrina y jurisprudencia*, Buenos Aires, 1998, p. 160 y sig. y, p. 197 y sig.

[34]*Verbi gratia*, TORRENTE, A.: *Manuale di diritto privato*, Milano, Giuffre, 1968, p.240

[35]VENOSTA, Francesco: *Le nulità contrattuali nell´evoluzione del sistema*, Milano, Giuffrè Editore, 2004, vol. I, p.87 y sig.

[36] VALVERDE, Calixto: *Tratado de derecho civil Español*, Valladolid, Talleres Gráficos Cuesta, 1935, T. I, p. 562

[37] CARIOTA FERRARA, Luigi : *El negocio jurídico*, Trad. esp., Madrid, Aguilar, 1956, p. 276

[38]PUIG I FERRIOL, Luís, GETE-ALONSO y CALERA, María del Carmen, GIL RODRIGUEZ, Jacinto, HUALDE SANCHEZ, José Javier: *Manual de derecho civil*, Madrid, Marcial Pons, 1998, T. II , p. 655

soporte fáctico nuclear, para que un hecho sea jurídico[39]. Entonces, según esta doctrina, para que se produzca la existencia se requiere de un *factum* esencial, el cual constituye una suerte de "premisa donde transcurren las demás situaciones"[40], de modo que habrá inexistencia cuando no se "verifica el *corpus* de cierto negocio jurídico"[41], es decir "es un puro hecho sin existencia legal"[42]. Veamos algunos autores que siguen esta tesis:

Ya BONNECASE[43], sobre la base de la posición organicista, consideraba que "un acto jurídico es inexistente cuando hacen falta uno o varios de sus elementos orgánicos" (...) "Estos elementos son de dos clases: elementos de orden psicológico y elementos de orden material. Ambos se encuentran, por lo general, en todo organismo jurídico" (...) "1°una manifestación de voluntad; 2°un objeto; 3° según los casos, un elemento formal. El primero de estos elementos es el psicológico; los otros dos, materiales."[44]

BARBERO[45] afirmaba que "el negocio es inexistente cuando falta la materia, que aquí es la declaración (unilateral o bilateral, según la naturaleza del negocio)".

Por su parte GAZZONI sostiene que el acto inexistente "a nivel social es imposible la identificación del interés que las partes intentaban perseguir. La categoría de la inexistencia no es por lo tanto una categoría jurídica, pero si una categoría social, como tal inútil en el cuadro de reconstrucción normativa de la realidad"[46].

En esa línea SOTO señaló que el "obstáculo que se opone a la validez del contrato en caso de inexistencia es de índole natural, mientras que en la nulidad absoluta puede calificarse de legal."[47]

---

[39]Cfr. BERNARDES DE MELLO, Marcos: *Teoria do fatto jurídico*. *Plano da existência*, 15 ed., Sãu Paulo, Saraiva, 2008, p.102
[40] BERNARDES DE MELLO, Marcos: *Ibidem*, p.103
[41] MOTA PINTO, C.: *Teoria geral do direito civil*, 4ed. Coimbra, Coimbra Editora, 2005, p. 617
[42] BONET, Ramón: *Compendio de derecho civil*, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1959, T.I, p. 726
[43] BONNECASE, J.: *Elementos de derecho civil*, Puebla, Editorial José M. Cajica, 1945, T. II, p. 277
[44] BONNECASE, J.: *Ibi dem*, p. 277-278
[45]BARBERO, Domenico: *Sistema de derecho privado*, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa América, 1967, T. I, p. 635
[46] GAZZONI, Francesco: *Manuale di diritto privato*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 1998, p.923
[47] SOTO NIETO: *Ibídem*

D) CONCLUSIONES SOBRE SU NATURALEZA:

Si hay algunos rastros de un negocio, entonces, existe algo, desde el punto de vista material o natural, pero se dice que ello no ocurre desde el punto de vista jurídico[48]. A todo esto considero que es un grave error escindir lo fáctico de lo jurídico en el análisis de un fenómeno jurídico. Tan necesario es que exista la apariencia (*factum*) como el supuesto de hecho que excluya su juridicidad. El ordenamiento jurídico determina la juridicidad de un "evento" pero ello ocurre porque hay ese "evento".

En consecuencia *la naturaleza de la inexistencia se desenvuelve de forma unitaria, ante la carencia de un elemento esencial que configura la realidad del negocio, al cual solo le cabría el calificativo de inexistente si el ordenamiento jurídico le ha destinado esa consecuencia específica*.

II.- APUNTE HISTÓRICO:

Para entender apropiadamente la utilidad de la inexistencia ello se debe hacer desde la dogmática; es decir el análisis de la institución a la luz del ordenamiento jurídico. Pero para llegar a una respuesta definitiva, brevísimamente debemos hacer una reseña histórica de la inexistencia.

Para algunos, la teoría de la inexistencia se debe a la iniciativa del jurista alemán ZACHARIAE; otros en cambio la reconocen como una genuina expresión de la creatividad francesa en materia jurisprudencial, básicamente para sortear la exigencia de la nulidad textual (*pas de nullité sans texte*) a propósito de casos como el matrimonio de personas de mismo sexo; también están los que comparten la idea de que este instituto es un afortunado accidente del Primer Cónsul BONAPARTE[49]; y finalmente hay autores que aseguran que la inexistencia se originó en el medioevo[50].

---

[48]Por eso se le ha llamado "la nada jurídica" BAQUEIRO y BUENROSTRO: *Derecho civil. Introducción y Personas*, México, Harla, 1995, p. 120

[49]Véase De Los MOZOS, José: *El negocio jurídico*, Madrid, Ed. Montecorvo, 1987, p. 100 y ss.

[50]GALGANO, F.: *El negocio jurídico*, (trad. esp.) Valencia, Tirant lo Bllanch, 1992, p. 261 dice que "La inexistencia es una categoría cuyo origen es antiguo: los canonistas medievales, a los cuales se debe la primera elaboración del contrato inexistente, consideraban como tal al matrimonio celebrado entre personas del mismo sexo, y lo consideraban inexistente en tanto que contrario al concepto "natural" de matrimonio, a falta de una norma de derecho que hubiese contemplado esta hipótesis"; OSPINA y OSPINA: *Teoría de los actos o negocios jurídicos*, Bogotá, Temis, 1987, p. 440 sostienen que ".. esta sindicación a ZACHARIAE, que tiene por fin calificar su tesis de ser una novelería rechazada por las legislaciones modernas, como la francesa,

De todos aquellos criterios, los últimos parecen los más cercanos a la realidad. Pero de ningún modo, se puede negar que a raíz de la obra de ZACHARIAE[51] el concepto cobro trascendencia, con lo cual se acentuó la distinción entre una idea de nulidad y la inexistencia. Luego contribuyeron los publicistas AUBRY y RAU para que se difundiera rápidamente en la doctrina francesa. Así surgió lo que algunos han calificado como un "engendro de la doctrina francesa"[52].

III.- UTILIDAD PRÁCTICA DE LA INEXISTENCIA

a) Efectos de la inexistencia

La doctrina mayoritaria afirma que el acto inexistente no produce[53] los limitados efectos que podría producir el acto nulo. Estableciéndose "como regla que no admite ninguna excepción, que el acto jurídico inexistente no engendra, como acto jurídico, ningún efecto, cualquiera que éste sea. No es susceptible de convalidarse por confirmación y prescripción"[54]. Independientemente de ello alguna doctrina le reconoce a la inexistencia efectos extranegociales[55] pero serían aquellos propios de su apariencia[56] acaso el ejemplo más palmario es el de la simulación absoluta[57].

Sin embargo, a modo de ejemplo en la legislación portuguesa la inexistencia puede asumir distintas graduaciones. En efecto, PAIS

---

constituye un error histórico, porque dicha tesis es muy anterior a la época de este notable jurisconsulto alemán, pues parece que data del siglo XVI, o sea, de los albores del derecho occidental moderno."

[51] Bien dice LOPÉZ MESA: *Op cit*, p.60 cuando sostiene que "Zachariae construyó un digno umbral para una elegante edificación desarrollada posteriormente palmo a palmo por virtuosos artesanos del derecho. No fue más pero tampoco fue menos que eso. El solo hecho de haber trazado sobre terreno consolidado las líneas maestras de la distinción entre nulidad e inexistencia, hacen que debamos considerar valiosa la contribución de ese autor"

[52] BUTELER, José : *Nulidad e Inexistencia*, en Revista la Justicia, México, 1965, T. XXV, p.61

[53] *Verbi gratia.* GALGANO, F.: *Il Contratto*, Padova, CEDAM, 2007, p.287; ROPPO, *Op cit*, p. 684; GALLO: *Op cit*, p. 512; etc.

[54] BONNECASE, J.: *Op cit*, T. II , p. 280

[55] De Los MOZOS: *Op cit.*, p. 151

[56] De Los MOZOS: *Ibi dem*, p. 569

[57] Respecto a la doctrina que califica a la simulación como un supuesto de inexistencia, *vid.* NUÑEZ, Waldo: *La simulación del acto jurídico*, Lima, Grijley, 2008, p. 107 y ss.

DE VASCONCELOS[58] analizando el sistema jurídico portugués considera que la inexistencia asume tres modos, a saber: 1) *inexistencia ontica*, cuando no existe onticamente cualquier negocio, cuando un negocio no fue celebrado, es decir no hay acción negocial, así por ejemplo, la falsificación de un negocio a través de documentos falsos, declaraciones no serias, en la coacción física, en la falta de conciencia de la declaración, entre otros; 2) *inexistencia cualificada*, en la cual el negocio existe como algo más no en cuanto tal, por ejemplo en el casamiento de personas del mismo sexo; 3) *inexistencia por mera imposición de la ley*, que se impone como consecuencia de un vicio particularmente grave una sanción equivalente a la inexistencia, por ejemplo cuando un funcionario incompetente celebra un matrimonio.

Esto nos demuestra que para valorar los efectos de la inexistencia se debe tener en cuenta exclusivamente legislación de un país.

b) Ejemplos de inexistencia en la doctrina

Se ha sostenido la utilidad de la figura de la inexistencia a propósito de ejemplos siempre recurrentes en doctrina, a saber: el matrimonio de personas del mismo sexo o sin consentimiento, la compraventa sin objeto o precio. También se ha planteado como actos inexistentes los casos de declaraciones con falta de seriedad, en los cuales no se le puede atribuir a su autor (violencia física), disconformidad entre la propuesta y la aceptación (disenso manifiesto)[59]: como por ejemplo, "mándame cien quintales de carbón" entonces "te mandaré el cuantitativo de pasta que me has pedido"[60]. También se ha considerado "la ausencia del sujeto; así, cuando el beneficiario de un acto fuera una persona jurídicamente inexistente como, por ejemplo, una congregación religiosa no autorizada"[61].

c) Casos de inexistencia en el Código civil peruano

Variando nuestra anterior posición sobre el tema[62], debemos afirmar, que el acto inexistente se encuentra regulado en el Código

---

[58] PAIS DE VASCONCELOS, P.: *Teoria geral do dereito civil*, Coimbra, Almedina, 2007, p. 737

[59] TRIMARCHI, Pietro: *Istituzioni di diritto privato*, Milano, Giuffrè, 1983, p. 270

[60] TORRENTE, A.: *Manuale di diritto privato*, Milano, Giuffrè, 1968, p.240

[61] PLANIOL y RIPERT: *Tratado Práctico de Derecho civil francés*, Habana, Cultural la Habana, 1940, T. VI, p. 396

[62] NÚÑEZ, Waldo: *Ineficacias y nulidades de los actos y negocios jurídicos*, Lima, LEJ, 2003, p. 85

civil peruano. Como es el caso la figura de la oferta sin aceptación, así hay que tener en cuenta el artículo 1359 del código al establecer que "no hay contrato mientras las partes no estén conformes sobre todos sus estipulaciones, aunque la discrepancia sea secundaria". En esa misma línea de coherencia el artículo 1386 del código dispone: "se considera *inexistente* la aceptación si antes de ella o junto con ella llega a conocimiento de oferente la retractación". Este caso de inexistencia por falta de conformidad en las estipulaciones, también ha sido reconocido en la práctica, por ejemplo en la CAS N°1530-99 se señala que "cuando las partes no han llegado a la conformidad de la forma del pago del saldo del precio de un bien, no existe contrato de compraventa"

También se pueden considerar como supuestos de inexistencia el artículo 1875 código civil cuando dispone que "la fianza *no puede existir* sin una obligación válida....."; o el artículo 171 al establecer que "la condición resolutoria ilícita y la física y jurídicamente imposible se consideran no puestas"[63]. Abra que negarse la calificación de "actos inexistentes" a aquellos que el propio ordenamiento sanciona con nulidad (por ejemplo, cuando falta la declaración de voluntad, falta de objeto, simulación, etc.).

d) Declaración judicial de inexistencia

A diferencia de la doctrina que considera a los negocios inexistentes como intrascendentes y, por tanto, se le negaría tutela judicial a un pedido de esta naturaleza. Es precisamente la práctica la cual nos demuestra que los negocios inexistentes deben ser objeto de una declaración judicial. Por ello coincidimos con DUCCI cuando aseveraba: "…se dice que la inexistencia no necesita declaración judicial, pero, en la práctica, no se ve cómo podría declararse un acto inexistente sin una resolución judicial"[64].

Por su parte LARROUMET diría que "…los autores partidarios de la noción de inexistencia sostenían que a diferencia de la nulidad que supone una sentencia para pronunciarla, la inexistencia se impone de oficio sin sentencia. Pero esta concepción es errónea. En

[63]Acertadamente ha calificado éste supuesto como inexistencia, TANTALEAN, R. *La inexistencia negocial en el anteproyecto del código europeo de contratos*, en Revista Derecho y Cambio Social, http://www.derechoycambiosocial.com/revista015/codigo%20europeo%20de%20contratos.htm

[64] DUCCI: *Op cit*, p. 310

efecto, una de dos cosas: o hay una apariencia de contrato y una de las partes pretende atenerse a esta apariencia de contrato para exigirle la ejecución. En tal caso, la otra parte que cree que el contrato no es válido a consecuencia de la falta de una condición esencial de validez, exigirá a un tribunal restablecer la realidad con la cual no está conforme la apariencia, es decir declarar que el contrato es nulo o inexistente, que viene a ser lo mismo, por que lo que es nulo se considera como si nunca hubiera existido. O bien, no hay apariencia de contrato y las partes están de acuerdo en admitir ese hecho, porque no pueden hacerlo más que comprobarlo..”[65].

Por ello en el derecho peruano todos los casos de inexistencia reconocidos por la ley, que busquen tutela jurisdiccional, deberán ser objeto de declaración judicial.

e) Debería subsumirse la inexistencia a la nulidad (lege ferenda) :

Algunos consideran que “no es oportuno construir la inexistencia como una suerte inadmisible *tertium genus* de invalidez”[66]. Otros entienden que la teoría de las nulidades vuelven en innecesaria la de la inexistencia[67]. En realidad desde hace mucho la doctrina ha criticado la figura de la inexistencia, así el lúcido COVIELLO diría "...tan inútil y hasta perjudicial escombro, cual es el de la multiplicidad de palabras inexactas usadas para significar una misma cosa. No debe hablarse de inexistencia en vez de nulidad”[68]. Los franceses COLIN y CAPITANT sostenían que “...las palabras nulidad absoluta e inexistencia son casi sinónimas. Así lo era en el lenguaje jurídico de los romanos. Decir de un acto: *nullum est*, significa indistintamente: el acto es nulo, o bien, no existe acto, el acto es inexistente”[69]. Y el maestro español De COSSÍO sobre esta comparativa entre nulidad e inexistencia, afirmaba que “tal distinción, sin embargo, carece de trascendencia práctica y viene tan sólo a complicar innecesariamente la cuestión”[70].

---

[65] LARROUMET, C.: *Teoría general del contrato*, Colombia, Temis, 1993, T. I, p. 435-436.

[66]VENOSTA, Francesco: *Le nulità contrattuali nell´evoluzione del sistema*, Milano, Giuffrè Editore, 2004, vol. I, p. 271

[67] Por ejemplo, UGAS, A: *Il negozio giuridico come fonte de qualificazione e disciplina di fatti*, Torino, G. Giappichelli Editore, 2002, p. 263 y ss.

[68] COVIELLO, N.: *Doctrina General de derecho civil*, Trad. esp. México, 1938, p.257

[69] COLIN y CAPITANT: *Curso elemental de derecho civil francés*, Madrid, Artes Gráficas San Martín, 1959, T. I, p. 190

[70] DE COSSÍO, A.: *Instituciones de derecho civil*, Madrid, 1977, T. I, p. 182

Somos de la opinión que los ejemplos clásicos de inexistencia pueden comprenderse en los casos de nulidad. Incluso el del "matrimonio de personas del mismo sexo", puesto que si no se le considerase como un caso de nulidad virtual, también podría comprendérsele como un supuesto de imposibilidad jurídica del objeto (entendida como la imposibilidad de utilizar una institución jurídica para un hecho no regulado por ella).

IV.-DIFERENCIA ENTRE NULIDAD E INEXISTENCIA:

Independientemente que hemos adelantado que la institución de las nulidades podría comprender todos los supuestos de la inexistencia. También es cierto que por razones de tradición no se ha tomado dicho opción íntegramente en las legislaciones, de allí que actualmente se puede hacer un distingo entre estos dos supuestos de ineficacia. En efecto respecto a su contenido, señala CALLE que "...en la inexistencia falta, por ejemplo, el objeto o la causa, tratándose de nulidades se acude a la calificación de esos elementos a fin de determinar si su presencia en el negocio (la cual no se discute) es válida. Ya no se trata de la ausencia del objeto o de la causa, sino de su licitud."[71]

En sus efectos: a) la inexistencia puede ser pedida por cualquier interesado, la nulidad no; b) Si es manifiesta la inexistencia los jueces están obligados a sancionarla, aunque para la mayoría esta también es una característica de la nulidad-; c) El acto inexistente, diversamente a la nulidad, no puede ser sujeto a conversión o sanatoria. Aunque todos estos efectos deben ser considerados con ciertas reservas, puesto que en muchos sistemas se le da los efectos de inexistencia a la nulidad y, los de la nulidad a la anulabilidad[72].

Es así que según opinión mayoritaria el concepto de inexistencia supone la "carencia o falta" de algunos de los elementos esenciales para la constitución del acto jurídico. Pero la dificultad se presenta cuando los autores restringen las causales que la determinan, por ejemplo algunos

---

[71] CALLE: *Op cit*, p. 18, en el mismo sentido DUCCI CLARO, C.: *Op cit*., p. 309 "frente a un acto realizado materialmente pero que, por ejemplo, carezca de objeto o en el que no se haya manifestado la voluntad o el consentimiento, nos encontraríamos ante la apariencia de un acto que no es tal. El acto no existe"

[72] *Sic*. De RUGGIERO, R.: *Instituciones de derecho civil*, Madrid, Reus, s/f, T. I, p. 309 "....inexistencia y nulidad. Sólo dos términos tienen una significación bien determinada y precisa por corresponder a ellos dos especies de ineficacia o invalidez del negocio jurídico: nulidad y anulabilidad."

afirman que solo se producirá la inexistencia ante la carencia de la voluntad y el objeto[73]; otros en cambio, por la carencia del sujeto, objeto y la forma solemne[74]; y también no ha faltado quién incluyen en la lista el requisito de la causa fin[75]. Aunque la mayoría excluye éste último elemento, debido a que el mismo supone una valoración de legalidad o tiene una función calificadora[76] de los elementos *in totum*; y también se suele relativiza el elemento de la "formalidad" al ser únicamente una exigencia formal de la *fattispecie*.

En consecuencia en la inexistencia se supone que no hay un elemento o más de los que constituyen el negocio. Distinta es la teoría de la nulidad, puesto que ella se parte de la existencia de dicho elemento pero su sanción obedece a la juridicidad o legalidad de ese elemento. Es decir, la inexistencia es el "no ser" y la nulidad es el "no valer". Visto así la nulidad e inexistencia son conceptos distintos y por tanto no identificables e equiparables[77]. Empero ello no quita que una cabal regulación de la teoría de las nulidades convierta en innecesaria[78] la figura de la inexistencia, pues como la entendemos, en el plano formal, la subsume o contiene. Puesto que si se parte de la idea de que lo nulo es lo que no vale para el Derecho, y lo que no vale en Derecho no existe también para éste. De allí que un respetable sector de la doctrina considera que la teoría de la inexistencia se puede sustituir con la figura de la nulidad virtual[79] o incluirse en algún supuesto de nulidad textual.

---

[73] ROJINA VILLEGAS, R.: *Existencia e inexistencia de los actos jurídicos*, en Revista de la Facultad de Derecho de México, 1958, Nº 31-32, p. 206-207 afirma que la inexistencia es por la carencia de elementos esenciales o de existencia, como son la voluntad y el objeto. De la misma forma DE LOS MOZOS: *Op cit*. p.568

[74] BONNECASE, J.: *Op cit. Loc cit*, p. 277-278

[75] TORRES, A: *Acto Jurídico*, Lima, San Marcos, 1998, p. 584

[76] DE LOS MOZOS: *Op cit*, p.141 dice "Lo que sucede es que si falta el objeto y el consentimiento también faltará la causa; pero no por eso es inexistente el negocio cuando falte ella solamente"

[77] En contra, GASPERI –MORELLO: *Tratado de Derecho Civil*, Buenos Aires, 1964, T.I, p. 566 afirman: "¿Qué importa que los actos nulos de nuestro derecho se llamen inexistentes en el derecho francés, cuando la idea subyacente es la misma?". De igual modo BRUGGI, B.: *Instituciones de Derecho Civil*, México, 1946, p. 122; ROTONDI: *Instituciones de Derecho Privado*, Barcelona, 1953, p. 149; etc.

[78] Cfr. PASQUAU: *Nulidad y Anulabilidad*, Madrid, 1997, p. 165 dice "....la inexistencia como una causa de nulidad (hablándose así de nulidades <por inexistencia> y nulidades <por ilicitud>), en todo caso es cierto que no debe seguir utilizándose la expresión <causa de inexistencia> como algo diferente de las <causales de nulidad> como si, situados en el plano de las consecuencias jurídicas, nulidad e inexistencia fuesen diferentes".

[79] Así COLIN y CAPITANT: *Op cit*, T. I, p. 191 dicen "....para llegar al resultado querido hubiera bastado recurrir al principio de las nulidades virtuales que acabamos de

V.-CONCLUSIÓN

1) La inexistencia en cuanto es regulada por el ordenamiento jurídico puede adquirir trascendencia o relevancia jurídica negocial, en estos casos será necesario de un proceso judicial que elimine la incertidumbre generada por esta apariencia[80] negocial; de modo que destruida la apariencia aquél hecho jurídico es expulsado del ordenamiento jurídico y degradado a pura facticidad.
2) La figura de la inexistencia *debería* ser abandonada por la doctrina y los códigos, debiendo considerarse dichos supuestos como causales de nulidad textual (como falta de manifestación de voluntad, imposibilidad del objeto, etc.) o virtual.
3) Sin embargo, al constituirse base fundamental de la certeza jurídica y garantía de un Estado de Derecho, el acatamiento de los efectos que establezca la Legislación, un Magistrado deberá declarar la inexistencia del acto y, por tanto, sancionar la restitución de las prestaciones bajo esa nominación, cuando dicha sanción ha sido textualmente establecida por el ordenamiento jurídico.

---

exponer"; LUTZESCO: *Teoría y Práctica de nulidades*, México, 1945, p. 240, en el Perú TABOADA: *Acto Jurídico, Propuestas de Enmiendas*, en Diez años del Código Civil Peruano, Lima, 1995, T. I. ; *Nulidad del Acto jurídico*, Lima, Grijley, p.102

[80]"Una apariencia es presagio de existencia. La inexistencia, en cambio, es confirmación que la apariencia no es certidumbre, sino conjetura" NÚÑEZ, W.: *Ineficacias y nulidades de los actos y negocios jurídicos*, cit, p.75