

¿ES ÚTIL LA DISTINCIÓN ENTRE NULIDAD E INEXISTENCIA EN LOS NEGOCIOS JURÍDICOS? (UN ANÁLISIS CRÍTICO SOBRE EL SER Y EL NO SER DE LOS ACTOS DE AUTONOMÍA PRIVADA).

Fort NINAMANCCO CÓRDOVA^{222*}.

Recibido: 17-06-2015

Aceptado: 26-06-2015

SUMARIO: 1.- Introducción. 2.- Una aproximación a la teoría de la inexistencia del acto jurídico. 3.- Conceptos implicados: inexistencia, validez e ineficacia del acto jurídico. 4.- La relevancia de la distinción entre nulidad e inexistencia. 5.- Aproximación crítica a la distinción: los supuestos de inexistencia y su inevitable asimilación a los supuestos de nulidad contemplados en el Código Civil. 6.- Una peculiar defensa de la distinción.

Resumen

En el presente artículo se pretende diferenciar entre la nulidad e inexistencia del acto jurídico. Se reconocen tres planos para comprender la dinámica del negocio en la experiencia jurídica: la existencia, la validez y la eficacia. Así, antes de verificar si nos hallamos ante un negocio válido o inválido, debemos determinar previamente si el negocio existe realmente o no. Sólo los negocios existentes pueden recibir el calificativo de válido o inválido. Luego de verificar si el negocio es válido o inválido, cabe analizar su eficacia. Se nota, pues, que la inexistencia sería la

primera “patología” que podría advertirse al pretender evaluar un negocio jurídico.

En esencia, se habla de inexistencia-jurídica- para designar a “algo” que, si bien se presenta en la realidad de los hechos, en la experiencia sensible, resulta inapreciable o invisible para el sistema jurídico primordialmente porque no existe una norma que lo prevea de algún modo. Sin embargo, con razón, se ha sostenido que la noción clásica de inexistencia jurídica es imprecisa o equívoca, resultando más conveniente hablar de “irrelevancia jurídica”. En tal sentido, se señala que, bien vistas las cosas, para ordenamiento jurídico no es tan importante que algo efectivamente exista o no exista, sino la posibilidad de ese algo para incidir sobre intereses humanos. Si esos intereses son tomados en cuenta por el ordenamiento para brindarles una determinada tutela o protección, ese algo tendrá relevancia jurídica, de lo contrario no. Un fenómeno que afecta intereses que le son indiferentes al ordenamiento, no tiene relevancia jurídica.

^{222*} Abogado y Magíster en Derecho, con mención en Derecho Civil y Comercial, por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Estudios de Doctorado en la misma casa de estudios. Profesor de Teoría Legal y Derecho Civil en las universidades Ricardo Palma, Mayor de San Marcos y San Juan Bautista. Ganador del Premio Nacional “Francisco García Calderón Landa”. Miembro del Consejo Consultivo del Instituto de Derecho Privado. Colaborador permanente de la revista especializada “Gaceta Civil & Procesal Civil”.

Abstract:

In this article we try to differentiate between annulment and non-existence of the measure. The existence, validity and effectiveness: three levels to understand the dynamics of business legal experience are recognized. So, before checking if we are faced with a valid or invalid business, we must first determine whether the business actually exists or not. Only existing businesses can be qualified as valid or invalid. After verifying whether the business is valid or invalid, it should analyze their effectiveness. It is noted, therefore, that the absence would be the first “condition” that could be noticed when trying to evaluate a transaction. In essence, there is talk of non-legally to designate “something” which, although presented in the reality of the facts, in the sense experience is invaluable and invisible to the legal system primarily because there is no rule that somehow anticipated. However, rightly, it has argued that the classical notion of legal absence is inaccurate or misleading, being more convenient to speak of “legal irrelevance”. In this regard, it is noted that frowned things, for law is not so important that something actually exists or not, but the possibility that something to influence human interests. If these interests are taken into account by the system to provide a particular care or protection, that something will have legal significance, otherwise no. A phenomenon that affects interests that are indifferent to the system, no legal relevance.

Palabras clave

Acto jurídico – Negocio jurídico – Nulidad – Inexistencia – Ordenamiento jurídico – Validez – Ineficacia.

Key Word

Legal act - Legal Business - Nullity - None - Legal order - Validity - Ineffectiveness.

1. Introducción

La escena IV del acto III del drama más extenso y, según creo, importante de William Shakespeare, *Hamlet*, empieza con la que seguramente es la frase más famosa de una pieza teatral en la cultura occidental: *Ser o no ser, esa es la cuestión*²²³

Este dicho es el reflejo paradigmático del lamento que siente el protagonista, al sentirse abrumado por la duda respecto a la conveniencia de matar a su tío Claudio. Como se sabe, al inicio de la obra se relata que el fantasma del muerto rey Hamlet se aparece a su joven hijo (escena X del acto I) el príncipe Hamlet, para revelar que la muerte del rey no fue debido a ninguna accidental mordedura de serpiente, sino que fue víctima de un fratricidio perpetrado por Claudio (escena XII del acto I). El príncipe está decidido a hacerse justicia con sus propias manos para que semejante crimen no quede impune, pero de inmediato la duda lo asalta: ¿realmente cabe creerle a un fantasma? ¿Debe matar a su propio tío en base a lo dicho por una sombra?

²²³ Por cierto, en la obra original se consigna la frase *To be or not to be. That is the question*, misma que ha sido traducida de diferentes maneras, pero, claro está, la que he tomado para este ensayo es la versión más conocida, aunque no sea la que normalmente se maneja en las más importantes traducciones. Así, por ejemplo, una de las primeras versiones en nuestra lengua indica *Existir o no existir. Ésta es la cuestión* (William SHAKESPEARE. *Hamlet*. Traducida e ilustrada, con la vida del autor y notas críticas de Inarco Celenio [que no es otro que el reputado Leandro Fernández de Moratín]. Madrid: Oficina de Villalpando, 1798).

Me resulta llamativo que la célebre frase que muestra la duda de Hamlet, se relacione bastante con uno de los más interesantes puntos sobre la eficacia del negocio jurídico (o acto jurídico, siendo fiel a la nomenclatura empleada por nuestro Código Civil): la distinción entre la nulidad y la inexistencia, el ser y el no ser del negocio jurídico, junto a la gran cuestión o duda que se refiere a la necesidad de tal distinción (“¿Realmente es indispensable diferenciar la nulidad de la inexistencia?”). Pero, no se crea que dicha cuestión sea producto de las últimas reflexiones de la doctrina foránea más actual. Al contrario, la inexistencia, como una categoría diferenciada de la nulidad, es muy antigua en los discursos de los juristas europeos, originándose dentro del ámbito de la regulación de los vicios que puede padecer la celebración del matrimonio en el Derecho Canónico.

En nuestro medio, desde hace ya buen tiempo, ha venido ganado mucho terreno la corriente de opinión que—siguiendo los pasos de un importante sector de la doctrina extranjera, sobre todo la italiana— resalta la importancia de la distinción no sólo a nivel teórico, sino también en la praxis, toda vez que entiende que si nos valiéramos solamente de la nulidad, ello importaría inaceptables consecuencias de orden práctico. Entonces, conforme a esta postura doctrinal, no habría lugar a duda alguna respecto a la necesidad de la distinción.

El éxito de esta postura se ha dado principalmente en nuestros círculos académicos, porque de inexistencia se suele hablar poco en la práctica legal diaria. La gran mayoría de los operadores jurídicos (hago referencia principalmente a jueces, fiscales y abogados litigantes) no acostumbra utilizar el concepto de inexistencia, usando sólo el de nulidad cuando se trata de designar al nego-

cio jurídico que carece de efectos de modo definitivo. De hecho, ninguno de los textos peruanos que suelen contener interesantes análisis jurisprudenciales sobre casos relativos al acto jurídico, hace referencia a una decisión judicial que maneje el concepto de inexistencia²²⁴.

Hay algunas decisiones de la Corte Suprema que utilizan el término “inexistencia”, pero indicando de forma clara su asimilación al concepto de nulidad.

Así, por ejemplo, puedo hacer referencia a la Cas. N° 907-2006-HUÁNUCO del 20.10.2006, en la que se afirma, sin ninguna vacilación, que la nulidad implica inexistencia:

Quinto: Que, en cuanto a la acumulación de pretensiones, nuestra normativa a través de los artículos 219 y 221 del Código Sustantivo, distingue claramente los actos jurídicos nulos de los anulables; siendo nulos, y por tanto inexistentes, aquellos en que falta alguno de los requisitos esenciales para su validez, que establece el artículo 140 del mismo cuerpo de leyes o falte a los mismos el consentimiento.

De igual manera, la Cas. N° 526-2007-LIMA del 07.11.2007, en la cual se asevera que la declaración de nulidad de un acto jurídico se traduce en la constatación de su inexistencia:

²²⁴ No parecen haber hallado una decisión judicial que maneje el concepto de inexistencia: Juan ESPINOZA ESPINOZA. *El acto jurídico negocial*. 3a ed. Lima: Rodhas, 2012, pp. 485-535; Aníbal TORRES VÁSQUEZ. *Acto jurídico*. 4a ed. Lima: IDEMSA, 2012, pp. 828-883; e ID. *Teoría general del Contrato*. T. II. Lima: Pacífico, 2012, pp. 1025-1042.

Quinto.- Entonces, se llega a la conclusión que hablar de ineficacia y/o nulidad de acto jurídico es hablar de género a especie, puesto que la declaración de ineficacia no necesariamente conlleva a la declaración de nulidad del mismo porque –como se ha anotado- la ineficacia puede ser relativa, esto es, puede ser ineficaz frente a una de las partes o frente a terceros, mientras que al haberse declarado nulo un acto, este no tiene efectos para nadie, pues nunca existió.

También puedo mencionar a la Cas. N° 1147-2008-UCAYALI del 12.06.2008, en la que se alcanza a distinguir en cierto grado el concepto de inexistencia, como distinto al de la nulidad, pero sin más se concluye que para nuestro Código Civil ambos conceptos son asimilables. O sea, la inexistencia no es conceptualmente idéntica a la nulidad, pero se admite que para la ley sí lo sería:

Quinto: Que, la falta de manifestación del agente supone, en principio, no la nulidad del negocio sino la inexistencia del mismo, pues sin aquella resulta imposible que se forma el supuesto de hecho en el que se resuelve éste último; considerando este inciso que el negocio es nulo cuando no está presente el componente volitivo.

No obstante lo dicho hasta aquí, hay que reconocer que sería cuestión de tiempo para que la corriente de opinión reseñada también prospere fuera de los círculos académicos.

A pesar de ello, cual Hamlet, sigo albergando la gran duda sobre este tema. Es más, diría que la respuesta negativa es la correcta, es decir que no es esencial distinguir entre nulidad e inexistencia. Y mi situación se

mantiene más aún cuando recuerdo mi asistencia a la I Convención Latinoamericana de Derecho Civil, donde distinguidos profesores concluyeron que la figura de la inexistencia era prescindible, básicamente a nivel práctico²²⁵.

Ahora bien, tal como Hamlet intentó quitarse la duda sometiendo a un singular examen a su tío Claudio aprovechando la llegada de una compañía de actores itinerantes a Elsingor (escena XI del acto II), en el presente capítulo -que no pretende ser exhaustivo- trataré de esbozar una respuesta a la gran duda, para lo cual llevaré a cabo un examen de las más recientes consideraciones que nuestra doctrina ha efectuado para sostener la necesidad de la distinción a nivel de nuestro Código Civil.

2. *Una aproximación a la teoría de la inexistencia del acto jurídico*

Aunque sé bien que voy a pecar de decir lo obvio, algo quiero dejar en claro desde ahora a usted, amable lector. La distinción entre nulidad e inexistencia, en el plano teórico, es algo que difícilmente se puede negar toda vez que es una diferenciación que cuenta con cierta claridad que no es difícil de captar. La cuestión radica en si la distinción tiene un relevancia fuera del ámbito estrictamente conceptual, fundamentalmente a la luz de la normativa que contempla nuestro Código Civil. A continuación efectuaré un pequeño esbozo sobre la manera como se ha desarrollado la categoría de la inexistencia en la doctrina, teniendo bien presente la doctrina del país donde se originó y ha sido objeto

²²⁵ La I Convención Latinoamericana de Derecho Civil, que también fue un homenaje al profesor argentino Ricardo Luis Lorenzetti, fue organizada por el Instituto de Derecho Privado Latinoamericano (IDPL) y realizada en Lima los días 25, 26 y 27 de noviembre de 2010 en el auditorio de Telefónica del Perú. A las respectivas actas de dicho instituto me remito.

de mayores reflexiones por parte de los juristas: Francia. De hecho, creo que no es del todo exagerada la siguiente afirmación:

[...] la teoría de la inexistencia, expresión viviente de los principios del derecho natural, es obra exclusiva de la doctrina francesa. A ésta exclusivamente se deben sus primeras manifestaciones en el campo del derecho patrimonial; sólo a ésta debe su éxito y por ésta perderá también la aceptación de que había gozado ampliamente.²²⁶

Siguiendo a una acreditada doctrina en nuestra región²²⁷, parece que la idea de distinguir entre nulidad e inexistencia se instaló primero en el Derecho Canónico, a través de la distinción entre *matrimonium nullum* y *matrimonium non existens*. Se consideraba que, a diferencia de otros componentes, el consentimiento era el elemento esencial de la celebración del matrimonio, por lo que su ausencia no implicaba un matrimonio nulo, sino uno aparentemente existente. Por ejemplo, tal ausencia se apreciaba en el caso del matrimonio contraído por un demente. La diferenciación resalta claramente en una famosa decretal del papa Inocencio III (siglo XIV), donde antes de calificar como nulo un matrimonio donde el hombre intencionalmente había dicho mal el nombre de su esposa en el sacramento, se dijo que no había ni la forma ni la sustancia de un matrimonio.

La distinción fue “afinada” por vez primera en el Derecho moderno por Karl Za-

chariae, a inicios del siglo XIX. Este jurista sajón señaló la necesidad de diferenciar entre las condiciones esenciales y las condiciones de validez del matrimonio. Las primeras representan una cuestión de hecho, mientras que las segundas una cuestión de Derecho. Antes de evaluar la validez del matrimonio, debe previamente establecerse si éste existió o no (o sea si el matrimonio celebrado de hecho debe ser considerado válido en Derecho), no pudiéndose evaluar la validez de matrimonios que ni siquiera existen de hecho (únicamente pueden ser válido o inválidos los matrimonios existentes en el plano de los hechos). Para que el matrimonio pudiera ser considerado de hecho celebrado debía, pues, reunir tres condiciones esenciales: el consentimiento de las partes y la capacidad civil y física de las mismas. La carencia de condiciones de validez acarrearía la nulidad del matrimonio, pero la falta de condiciones esenciales determinaría su inexistencia²²⁸.

El pensamiento de Zachariae, que como he dicho resulta ser el “padre” de esta categoría, es expuesto de forma muy interesante por una acreditada doctrina francesa, en los términos que paso a transcribir en seguida:

Es necesario decir que ante la atmósfera tan embrollada que rodeaba constantemente el juego de las nulidades, la exigencia de los autores no parecía te-

²²⁶ Georges LUTZESCO. *Teoría y práctica de las nulidades*. Traducción de Manuel Romero Sánchez y Julio López de la Cerda. México: Porrúa, 1993, p. 174.

²²⁷ Para la reseña que se expone a continuación puede consultarse las interesantes líneas de: Augusto BELLUSCIO. *Derecho de Familia*. T. I. Buenos Aires: Depalma, 1979, pp. 54 y ss.

²²⁸ En nuestro medio, citando a Louis Josserand, se ha dicho que: “[...] la diferenciación entre inexistencia y nulidad no tiene un origen romano; hizo su aparición, en el momento de la elaboración del Código Civil francés, a propósito del matrimonio y por la sugestión del primer Cónsul Napoleón Bonaparte que no admitió que se tratase de la misma manera el caso en que la mujer hubiera dicho *no* ante el oficio del estado civil y el caso en que hubiera dicho *sí* después de haber sido objeto de violencia. En el primer caso, hizo observar, no hay en absoluto matrimonio; en el segundo, hay un matrimonio nulo” (Aníbal TORRES VÁSQUEZ. *Teoría general del Contrato*. cit., p. 1028).

ner muchas probabilidades de éxito, tanto más que la interpretación estaba ineludiblemente limitada a la letra de la ley.

Sin embargo, por un milagro imprevisto, el signo de la claridad se perfila en el horizonte al amparo de la razón, del buen sentido y de la lógica. Una vez más el derecho natural abre las puertas al amparo de la razón (...) corresponde a Zachariae el mérito de haber desprendido de la razón los principios directores y la fórmula salvadora.

Las premisas de su razonamiento dieron prueba de una sencillez tan atrayente que su conclusión no tardó en ser acogida y considerada entre los más notables éxitos de la ciencia jurídica. En relación con el sexo de los futuros esposos-dice-, la ley no tenía necesidad de referirse a él, no había razón para establecer una condición más, puesto que dicha condición es obvia, es de la naturaleza misma de las cosas; el legislador sin lugar a duda, la supuso tácticamente. Y el penetrante espíritu de Zachariae concluye en la inexistencia de tal matrimonio.

El matrimonio no es nulo, porque esta sanción no se encuentra prevista por la ley en ninguna parte, pero debe considerarse como inexistente, y la inexistencia puede fundarse en la presunción tácita del legislador.

La elección del término fue, reconozcámoslo, verdaderamente ingeniosa. Es una de las raras fórmulas que llevan en sí mismas toda su elocuencia. Para decir que un acto es inexistente desde el punto de vista legal, no es necesario empeñarse en largos comentarios. Esto es de la más clara y firme lógica²²⁹.

Por su parte, la escuela francesa de la

exégesis haría suya la distinción, aunque con ciertos matices entre los diversos autores, coincidiendo éstos básicamente en calificar como causales de inexistencia-no de nulidad- a la identidad de sexo de los contratantes, la ausencia de consentimiento y la no participación del oficial público prescrito por la ley. En conclusión, los exégetas, refiere Gabriel Baudry Lacantinerie, consideraban que la nulidad implicaba al menos una existencia precaria del matrimonio que se encontraba acompañada de ciertos efectos legales, más la inexistencia no implicaba siquiera el menor vestigio de un matrimonio y, por ende, carecía por completo de efectos.

Según indica otra importante fuente doctrinaria²³⁰, la diferenciación entre nulidad e inexistencia, poco a poco, fue siendo aplicada de manera general a todos los actos jurídicos. Así, prestigiosos autores como Charles Aubry y Frédéric Rau consideraban que el acto que no reuniera los elementos de hecho que supone su naturaleza u objeto, y en ausencia de los cuales es imposible concebir su existencia, debiera ser catalogado como inexistente, más que nulo. Era el caso, por ejemplo, de la compraventa sin precio o sin cosa vendida.

Sin embargo, en pleno apogeo de la exégesis, un autor tan prestigioso como Charles Beudant (nada menos que el maestro de Marcel Planiol) manifestó su oposición, sin lograr eco entre sus compatriotas. Sería en los inicios del siglo XX que la distinción entraría en crisis en la propia Francia, ya que ilustres autores, como Raymond Saleilles, empezaron a sostener con firmeza que el

²²⁹ Georges LUTZESCO. *Op. cit.*, pp. 166 y 167.

²³⁰ Para las líneas que siguen a continuación, me valdré de Federico DE CASTRO Y BRAVO. *El negocio jurídico*. Madrid: Civitas, 1985, pp. 464 y 465, y Jorge LLAM-BÍAS. *Tratado de Derecho Civil: Parte General*. T. II. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1991, pp. 582 y ss.

régimen de las nulidades era más que suficiente para dar cuenta de los actos celebrados irregularmente, resultando innecesaria la figura de la inexistencia.

Es en ese contexto que a inicios del siglo pasado se alza la voz de Julien Bonnecase en defensa de la teoría de la inexistencia. Señala este autor que el acto jurídico debe ser entendido como un “verdadero organismo” que, para existir, necesariamente debe contar con la presencia de ciertos “elementos vitales”. De este modo la inexistencia quedaría deducida de la estructura del acto y aplicaría siempre que falte uno o más de dichos elementos²³¹.

Al respecto, ya bien entrado el siglo pasado, Georges Planiol y Jean Boulanger consideraban que el pivote más importante de la tesis de la distinción entre nulidad e inexistencia no era otro que el principio *pas de nullité sans texte*, según el cual un acto o negocio jurídico no puede ser nulo por una causa que no se encuentre expresamente contemplada como tal en la ley (“no hay nulidad sin texto”). No obstante, aunque tal principio era ampliamente aceptado, el mismo –curiosamente– no se encontraba contemplado en ninguna ley de modo expreso. Cedo la palabra a los profesores parisinos:

“Para corregir los resultados desastrosos del principio *no hay nulidad sin texto*, los autores modernos se vieron llevados a construir, respecto del matrimonio, la teoría de los *actos inexistentes* a la que se dio más tarde un alcance general. Como hay casos en los que la ley no pronuncia la nulidad, y en los que es razonablemente imposible admitir que el matrimonio produzca sus efectos, una forma de salir del paso es decidir que el matrimonio es inexistente, y por lo tanto no hay necesidad

de anularlo. Esta fue la razón práctica de esta teoría, de la que no se experimentó jamás necesidad en el antiguo derecho francés”²³².

Pero hay más, la teoría de la inexistencia también ha encontrado justificación en la necesidad de explicar casos de actos defectuosos en donde no resulta necesario recurrir al juez para la constatación del defecto. Si al acto le falta alguno de sus “elementos vitales” establecidos en la ley, no tendrá vida y, por eso mismo, será inexistente, lo cual, a su vez, se traduce en la ausencia de efectos jurídicos, por lo que “carece en lo absoluto de interés someter el acto a la decisión judicial” ¿Para qué ir al juez, se pregunta parte de la doctrina defensora de la inexistencia, “si el pretendido acto jurídico no ha creado ningún derecho, no ha dado nacimiento a ninguna obligación”?²³³

3.- Conceptos implicados: inexistencia, validez e ineficacia del acto jurídico

En los últimos años, como adelanté líneas arriba, se encuentra ampliamente difundida la diferenciación entre la nulidad y la inexistencia. Tal diferenciación puede ser explicada del siguiente modo:

Se reconocen tres planos para comprender la dinámica del negocio en la experiencia jurídica: la existencia, la validez y la eficacia. Así, antes de verificar si nos hallamos ante un negocio válido o inválido, debemos determinar previamente si el negocio existe realmente o no. Sólo los negocios existentes pueden recibir el calificativo de válido o inválido. Luego de verificar si el negocio es válido o

²³¹ Georges LUTZESCO. *Op. cit.*, p. 173.

²³² Georges RIPERT y Jean BOULANGER. *Tratado de Derecho Civil*. T. II. Vol. II. Traducción de Delia García Daireaux, Buenos Aires: La Ley, 1963, p. 290.

²³³ Georges LUTZESCO. *Op. cit.*, p. 175.

inválido, cabe analizar su eficacia. Se nota, pues, que la inexistencia sería la primera “patología” que podría advertirse al pretender evaluar un negocio jurídico²³⁴.

En esencia, se habla de inexistencia-jurídica- para designar a “algo” que, si bien se presenta en la realidad de los hechos, en la experiencia sensible, resulta inapreciable o invisible para el sistema jurídico primordialmente porque no existe una norma que lo prevea de algún modo. Sin embargo, con razón, se ha sostenido que la noción clásica de inexistencia jurídica es imprecisa o equívoca, resultando más conveniente hablar de “irrelevancia jurídica”. En tal sentido, se señala que, bien vistas las cosas, para ordenamiento jurídico no es tan importante que algo efectivamente exista o no exista, sino la posibilidad de ese algo para incidir sobre intereses humanos. Si esos intereses son tomados en cuenta por el ordenamiento para brindarles una determinada tutela o protección, ese algo tendrá relevancia jurídica, de lo contrario no. Un fenómeno que afecta

intereses que le son indiferentes al ordenamiento, no tiene relevancia jurídica²³⁵.

Es evidente que al margen de que se opte por la “existencia” o por la “relevancia” del negocio, la validez del mismo es materia de un análisis posterior: es obvio que un negocio irrelevante jurídicamente, no puede ser válido ni inválido.

Ahora bien ¿qué es, pues, un negocio inexistente? En la doctrina²³⁶ se suele señalar que un negocio es inexistente cuando ni siquiera su apariencia se puede constatar de alguna manera. En otras palabras, un negocio es inexistente cuando no se puede verificar la presencia de sus propios elementos de identificación derivados del nombre que lo designa. El negocio nulo es objeto, por lo menos, de alguna calificación por parte del Derecho (pues tiene relevancia o existencia para el sistema jurídico), pero el negocio inexistente se traduce en una no calificación. La inexistencia, pues, sobrepasa los límites de la nulidad, ya que el negocio nulo es identificable como negocio, mas el inexistente no, toda vez que carece de los ingredientes mínimos que permiten hablar de un cierto evento como de negocio. En todos aquellos casos donde no sea factible considerar formado el supuesto de hecho en el que se resuelve el negocio jurídico, nos hallamos ante la inexistencia negocial. En tal sentido, se indica, como caracteres del acto inexistente: i) “no puede ni podrá jamás crear efectos jurídicos”, ii) en principio, “no hay necesidad de someterlo al juez para obtener la declaración oficial de sus imperfecciones, pero la

²³⁴ Este enfoque conceptual puede desprenderse de la doctrina que puede considerarse hoy prevaeciente. Al respecto, de modo meramente referencial cabe citar a: Renato SCOGNAMIGLIO. *Teoría General del Contrato*. Traducción de Fernando Hinestrosa. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1996, pp. 227 y ss.; Massimo BIANCA. *Derecho Civil 3. El contrato*. Traducción de Fernando Hinestrosa y Edgar Cortés. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007, pp. 631 y y ss; Werner FLUME. *El negocio jurídico*. Traducción de José María Miquel y Esther Gómez Calle. Madrid: Fundación Cultural del Notariado, 1998, pp. 643 y ss.; Andrea BELVEDERE. *L'inesistenza negoziale tra dogmatica e semantica*. En: AAVV. *L'invalidità degli atti privati*. Padova: CEDAM, 2001, pp. 19 y ss; y Luis DIEZ-PICAZO. *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*. 6ª Edición. Vol. I. Madrid: Thomson-Civitas, 2007, pp. 454 y ss. Destaco, pues, a la doctrina italiana, tan influyente en nuestro medio. No puedo dejar de reiterar en este punto que prácticamente nadie discute –mucho menos el que esto escribe– la posibilidad de efectuar la diferenciación en un nivel teórico.

²³⁵ Natalino IRTI. *Rilevanza giuridica*. En: *Jus. Rivista di Scienze Giuridiche*. Fascicolo I- Fascicolo II. Anno XVIII. Milano: Università Cattolica del Sacro Cuore, gennaio-giugno, 1967, p. 103.

²³⁶ Para las líneas que siguen a continuación, me remito a la doctrina consignada en la nota 12.

intervención de aquel será inevitable, si de alguna manera ha sido ejecutado en lo más mínimo”²³⁷.

En ese orden de ideas, como se dijo ya, el negocio nulo –al ser relevante y, por ende, objeto de calificación normativa por parte del ordenamiento jurídico- puede producir cierta eficacia jurídica. Sin embargo, el negocio inexistente ningún efecto habrá de producir, sencillamente porque el Derecho no le presta atención (no hay calificación) puesto que se trata de un fenómeno jurídicamente irrelevante.

Luego de comprobar la existencia del negocio, cabe analizar su validez y eficacia: la validez presupone un análisis sobre la estructura del negocio, mientras que la eficacia un análisis sobre sus efectos.

La validez importa establecer que el negocio no tenga defectos o vicios en alguno de sus componentes, puesto que si los tuviera el negocio devendría en inválido. Es muy gráfica la doctrina que indica que la validez significa que los componentes del negocio cumplen con las “directrices” que para ellos establece el sistema jurídico. El negocio válido es, pues, un negocio jurídicamente “regular”. Es fácil entender a la invalidez, entonces, como “irregularidad jurídica”²³⁸.

La invalidez tiene dos tipos: la nulidad y la anulabilidad. La nulidad se presenta cuando el defecto o vicio que aqueja al negocio involucra intereses que el ordenamiento jurídico considera relevantes para toda la comunidad, o sea intereses no “disponibles” por los particulares que celebran el negocio. En otras palabras, la “irregularidad” que pre-

senta el negocio nulo afecta intereses que el ordenamiento considera de relevancia general. La anulabilidad, en cambio, se tiene cuando la “irregularidad” del negocio únicamente afecta intereses particulares, que son, por consiguiente, “disponibles” por la o las partes²³⁹.

Después de constatar si el negocio es válido o inválido, toca verificar la eficacia del mismo²⁴⁰.

Si un negocio jurídico es válido, ello no necesariamente quiere decir que habrá de producir sus efectos normales o típicos de manera plena. Si bien, por regla general, un negocio válido produce eficacia plena, ello no siempre es así. Piénsese, por ejemplo, en el caso de un contrato (negocio jurídico por excelencia) sometido a una condición suspensiva. Tal contrato no produce de manera inmediata su normal eficacia, a pesar de no padecer de ningún vicio o “irregularidad” en sus componentes. Se trata, pues, de un contrato válido pero ineficaz.

De modo análogo, si un negocio es inválido, esto no significa que el mismo ineludiblemente será ineficaz, toda vez que puede ocurrir que el negocio sea inválido y, al mismo tiempo, eficaz ya que alcanza a producir sus efectos normales o típicos. Veamos:

Si al analizar la validez de un determinado negocio jurídico, concluimos que el mismo adolece de una “irregularidad” que

²³⁷ Georges LUTZESCO. *Op. cit.*, p. 177.

²³⁸ Massimo BIANCA. *Op. cit.*, p. 631.

²³⁹ Lina BIGLIAZZI GERI, Umberto BRECCIA, Ugo NATOLI y Francesco BUSNELLI. *Derecho Civil*. T. I. Vol. II. Traducción de Fernando Hinestrosa. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1995, pp. 1032 y 1045, aparte de la doctrina ya citada

²⁴⁰ Para las líneas que siguen, junto a la doctrina ya citada, fundamentalmente: Vincenzo ROPPO. *El contrato*. Traducción de Nélvor Carreteros, al cuidado de Eugenia Ariano. Lima: Gaceta Jurídica, 2009, pp. 676 y 677.

origina nulidad, pues-en el plano de la eficacia se podrá observar que - el negocio no producirá las consecuencias a las cuales está dirigido, es decir, será absolutamente ineficaz. En cambio, si concluimos que el negocio presenta una “irregularidad” que conlleva la anulabilidad, pues- en el plano de la eficacia será posible apreciar que- el negocio producirá inicialmente y sin mayor inconveniente las consecuencias a las cuales está dirigido, aunque éstas puedan ser “extinguidas” en un momento posterior (por ello, en sede de anulabilidad se suele hablar de “eficacia precaria”)²⁴¹.

Como se podrá advertir, un negocio válido puede ser eficaz o ineficaz. De igual forma, un negocio inválido puede ser eficaz o ineficaz. Siempre que se pueda verificar una “anormalidad” en la eficacia de un negocio jurídico, tendremos lo que se denomina *ineficacia en sentido lato*. Ineficaces (en sentido lato) son, por lo tanto, los negocios inválidos²⁴² junto a los negocios válidos pero ineficaces. La denominación *ineficacia*

en sentido estricto, está reservada solamente para los negocios válidos pero ineficaces. Así, siempre que un negocio no presente ninguna “irregularidad” que acarree nulidad o anulabilidad, pero a pesar de esto resulta tener alguna anormalidad en el plano de su eficacia, podemos afirmar que nos hallamos ante un negocio *ineficaz en sentido estricto*. El paradigma de este tipo de negocio es el ya referido contrato sometido a una condición suspensiva²⁴³.

Ahora bien, en relación al negocio nulo, se dice que el mismo puede llegar a tener alguna eficacia y excepcionalmente podría ser saneado mediante la conversión. Se suele citar como ejemplo de la eventual eficacia del negocio nulo, el caso de un tercero adquirente de derechos precisamente en base a un negocio cuya nulidad se establece posteriormente: piénsese en el caso en que A vende un inmueble a B, luego éste a su vez lo vende a C, que es un tercero de buena fe. Si pasado un tiempo, A solicita al Poder Judicial la nulidad del contrato de compraventa que celebró con B y gana el proceso, ello de ninguna

²⁴¹ Un importante sector de la doctrina, sin embargo, se muestra renuente con la doctrina tradicional sobre la eficacia del acto anulable. En efecto, un ilustre autor ha señalado que la presencia de efectos jurídicos provisionales en los negocios anulables no puede asumirse como una verdad genuina, ya que entre la celebración de un negocio anulable y la intervención (o falta de intervención) de la declaración judicial de anulación, no se tiene tanto una eficacia provisoria del negocio, sino una incertidumbre objetiva sobre su resultado. Así, quien ha celebrado un negocio anulable no puede considerarse realmente obligado a cumplirlo, ya que, desde el instante de la celebración del negocio, dispone de la facultad de anularlo ¿cómo decir, entonces, que el negocio es, en verdad, eficaz (aunque sea provisionalmente)?: Rodolfo SACCO. En: Rodolfo SACCO y Giorgio DE NOVA. *Il contratto*. T. II. Torino: Unione Tipografica Editrice Torinese, 1993, p. 479. Esta doctrina, tengo que reconocerlo, me seduce en no poco grado, aunque no es el lugar para analizarla con detenimiento.

²⁴² Evidentemente, no puede pretenderse excluir al negocio jurídico anulable, en base a su eficacia “precaria”, del grupo de la eficacia en sentido lato, precisamente porque bajo ningún punto de vista puede entenderse que la “eficacia precaria” no sea una “anormalidad”.

²⁴³ Vincenzo ROPPO. *Op. cit.*, p. 678. Justamente sobre esto último, cabe indicar que un sector importante de nuestra doctrina considera que *los supuestos de ineficacia en sentido estricto son todos aquellos en los cuales donde un acto de autonomía privada que venía produciendo normalmente los efectos jurídicos programados, deja de producirlos posteriormente por la aparición de un hecho jurídico externo al reglamento de intereses o por el incumplimiento de un requisito legal* (Rómulo MORALES HERVIAS. *Inexistencia e invalidez del contrato en el Código Civil de 1984*. En *Revista Jurídica del Perú*. T. 100. Lima: Normas Legales, junio de 2009, p. 86). Si bien esta idea es correcta, nótese que no describe todos los supuestos de ineficacia en sentido estricto, como el del contrato sometido a una condición suspensiva: en este caso, ciertamente no puede decirse que el contrato produce normalmente sus efectos hasta la verificación de la condición. Por el contrario, acá el contrato *no produce normalmente sus efectos hasta la verificación de la condición*. Y si la condición no se verifica, pues se tiene que el contrato *nunca produjo normalmente sus efectos*. El autor citado se cuidaría de subsanar ello páginas después (p. 95).

manera afectará la adquisición de C, quien mantendrá su derecho adquirido en base al contrato que ha sido declarado nulo (artículo 2014 del Código Civil)²⁴⁴. De otro lado, en relación a la posibilidad de saneamiento del negocio nulo, se sostiene que la conversión de éste implica también una excepcional eficacia del mismo.

En efecto, el negocio nulo puede, a través de su conversión, servir para la producción de efectos, pero como negocio de un tipo distinto, cuandoquiera que reúna los requisitos de sustancia y forma de éste último. La razón de ser de la figura de la conversión es el principio de conservación del negocio jurídico: si dentro del negocio (nulo) celebrado por las partes se encuentra implicado un negocio diferente, con eficacia más restringida, puede aceptarse que el acto de autonomía privada de las partes alcance al menos este objetivo más reducido. Sobre la conversión existen ásperos e interesantes debates que no es el caso abordar en esta sede²⁴⁵. Así las cosas, no debe ser difícil apreciar la diferencia que existe entre un negocio nulo y un negocio inexistente. “El negocio inexistente se compara a un fantasma y el nulo al nacido ya muerto”²⁴⁶.

A diferencia de la nulidad, que es un modo de ser del negocio jurídico, la inexistencia se desenvuelve en un plano del no ser. He ahí, pues, el ser y el no ser del negocio jurídico.

4.- *La relevancia de la distinción entre nulidad e inexistencia.*

Como ya indiqué, en el Perú, desde hace ya buen tiempo se sostiene que la relevancia de la distinción entre la nulidad y la inexistencia del negocio jurídico no sólo se da en la teoría, sino también en el campo de la praxis, razón por la cual es indispensable mantener tal distinción al ser inevitable la insuficiencia de la nulidad para dar cuenta de ciertas patologías que puede presentar un negocio. Se llega a sostener, pues, que el Código Civil peruano recogería la mentada distinción.

Esta idea ha sido defendida por Shoschana Zusman²⁴⁷ hace ya varios años. En la doctrina reciente destacan Eric Palacios²⁴⁸, Juan Espinoza²⁴⁹ y Rómulo Morales²⁵⁰. Las ideas que maneja este importante sector de nuestra doctrina son sustancialmente parecidas, salvo la de Palacios que, como veremos más adelante, reconoce la notable dificultad que implica llevar la distinción a la práctica. Veamos:

Zusman expone dos ideas que, sin lugar a dudas, resultan ser el basamento de la argumentación que sostiene la distinción a nivel de nuestro Código Civil:

“Razones técnicas justifican mantener la inexistencia como figura autónoma: únicamente el negocio nulo puede ser salvado mediante su conversión entre negocio válido o mantenido como putativo, como es el valor de la letra nula como reconocimiento de deuda en el primer

²⁴⁴ Julio FERIA ZEVALLOS. *La eficacia del acto inválido y sus aplicaciones jurisprudenciales*. En: *Diálogo con la jurisprudencia*. N° 147. Lima: Gaceta Jurídica, diciembre de 2010, pp.115 y ss.

²⁴⁵ Con encomiable poder de síntesis: Domenico BARBERO. *Sistema de Derecho Privado*. T. I. Traducción de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: EJE, 1967, pp. 458 y 459.

²⁴⁶ Federico de CASTRO Y BRAVO. *Op. cit.*, p. 464.

²⁴⁷ Shoschana ZUSMAN TINMAN. *Teoría de la invalidez y de la ineficacia*. En *Ius et Veritas*. Año IV. N° 7. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 1993, pp. 159 y ss.

²⁴⁸ Eric PALACIOS MARTINEZ. *La conversión y la nulidad del negocio jurídico*. Lima: Ara, 2002, pp. 239 y ss.

²⁴⁹ Juan ESPINOZA ESPINOZA. *Op. cit.*, pp. 485 y ss.

²⁵⁰ Rómulo MORALES HERVÍAS. *Op. cit.*, pp. 85 y ss.

caso y la validez del matrimonio nulo del cónyuge de mala fe en el segundo caso. **Se requiere, entonces, de una figura extrema que impida toda posibilidad de convalidación**²⁵¹.

[...] pese a que el Código Civil no ha considerado expresamente la figura de la inexistencia, **esta puede ser invocada en aquellos casos en que, no siendo de aplicación ninguna de las hipótesis del artículo 219, el negocio jurídico no puede ser aceptado como tal**. De otra forma y aplicando la misma lógica formalista, se llegaría al absurdo de considerar al negocio inexistente por su naturaleza, como en negocio válido, al no estar incluido dentro de las hipótesis del artículo 219²⁵².

Adhiriéndose a estas ideas de Zusman y sobre la base de consideraciones realizadas por Manuel De La Puente²⁵³ y Hugo Forno²⁵⁴, Espinoza sostiene que los artículos 1359 y 1360 del Código Civil hacen referencia a la inexistencia, no a la invalidez. En efecto, el 1359 dice claramente que *no hay contrato* cuando las partes no estén conformes sobre todas sus estipulaciones. Se resalta, pues, que esta norma no dice que el contrato sea inválido, nulo o ineficaz, sino que simplemente dice que “no hay contrato”. Y esto sería así

precisamente porque estas normas regulan la etapa de “formación” del contrato, o sea antes de que el mismo adquiriera existencia, razón por la cual la regulación de dicha etapa no podría referirse a otra cosa que no sea la inexistencia. Por ende, conforme al artículo 1360 citado, el contrato no se forma en el momento en que se estipula la reserva, ya que, eventualmente, sólo se formará en el futuro, cuando aquella se haya satisfecho. Finalmente, el autor, concluye citando a una autorizada doctrina italiana:

La importancia de la distinción entre nulidad e inexistencia se encuentra en lo siguiente: el contrato o **el acto inexistente no produce aquellos efectos limitados que [...] el contrato o el acto nulo producen**²⁵⁵.

Morales, por su parte, toma y desarrolla las ideas anteriores:

[...] el contrato tiene cinco elementos. Las partes, el acuerdo, la causa, el objeto y la formalidad obligatoria son los elementos del contrato. Si falta alguno de estos elementos, el contrato será nulo o inexistente según la normativa de cada Código Civil.

En Italia, la ausencia del acuerdo, de la causa, del objeto o de la formalidad obligatoria produce la nulidad del contrato. En el Perú, solo la ausencia de la manifestación de la voluntad (numeral 1 del artículo 219 del CC) y de la formalidad obligatoria bajo sanción de nulidad (numeral 6 del artículo 219 del CC) ocasiona la nulidad del acto. En cambio expresamen-

²⁵¹ Shoschana ZUSMAN TINMAN. Op. cit. p. 161 (el resaltado me pertenece).

²⁵² Ibid. p. 162 (el resaltado me pertenece). Este mismo enfoque es el manejado por otro sector importante de nuestra doctrina que ha dedicado algunas líneas a nuestro tema: “(...) como quiera que el Código Civil no contempla todos los casos de inexistencia como supuestos de nulidad, la categoría debe mantenerse vigente. De este modo, por ejemplo, un negocio que no tenga causa no será nulo, sino inexistente” (Freddy ESCOBAR ROZAS. *Causales de nulidad absoluta*. En: AAVV. *Código Civil comentado*. T. I. Lima: Gaceta Jurídica, 2003, p. 676).

²⁵³ Manuel DE LA PUENTE Y LAVALLE. *El contrato en general*. Lima: Palestra, 2003, pp. 299 y ss.

²⁵⁴ Hugo FORNO FLOREZ. *La oferta al público: razones para una discrepancia*. En: *Derecho*. N° 45. Lima: PUCP, diciembre de 1991, p. 222.

²⁵⁵ Francesco GALGANO. *El negocio jurídico*. Traducción de Francisco Blasco Gascó y Lorenzo Prats Albentosa. Valencia: Tirant lo Blanch, 1992, p. 261 (el resaltado me pertenece).

te la ausencia del acuerdo produce la inexistencia (artículo 1359 del CC).²⁵⁶

Morales habla de “normas de inexistencia”, que serían normas que contemplan supuestos de inexistencia en nuestro Código Civil. En tal sentido, cita al artículo 1386 (que contempla la *inexistencia* de la aceptación) y luego refiere que:

La condición resolutoria ilícita y la condición física o jurídicamente imposible se consideran no puestas (segundo párrafo del artículo 171 del CC). En realidad no es que la condición sea ilícita o imposible sino que la cláusula se tiene por no puesta cuando el fin del contrato sujeto a una condición resolutoria es ilícito o cuando el objeto es imposible jurídicamente. Asimismo, si el hecho que constituye el cargo es ilícito o imposible, o llega a serlo, el acto jurídico subsiste sin cargo alguno (artículo 189 del CC). Tampoco el cargo es ilícito o imposible jurídicamente sino el fin del contrato con cargo es ilícito o el objeto del contrato con cargo es imposible jurídicamente²⁵⁷.

Morales, basándose en doctrina portuguesa, indica también tres ventajas que reportaría el uso de la categoría de la inexistencia: i) permite excluir la aplicación de las normas que regulan la nulidad para aquellos casos donde no sea ni siquiera posible reconocer la noción de negocio jurídico, ii) permite afrontar las lagunas legislativas en el tema de invalidez de actos jurídicos, y iii) cualquier persona puede invocar en todo tiempo (sin plazo de prescripción) la inexistencia jurídica, independientemente de la declaración judicial²⁵⁸.

El mismo autor añade que “tenemos tres hipótesis no reguladas taxativamente por el CC: la ausencia de las partes, del objeto y de la causa. Como quiera que la nulidad deba ser indicada expresamente en la ley (numeral 7 del artículo 219 del CC), consideramos que la ausencia de las partes, del objeto y de la causa deriva que el acto de autonomía privada debe ser considerado inexistente mediante una aplicación analógica del efecto jurídico del artículo 1359 del CC”²⁵⁹.

Cabe resaltar, finalmente, que Morales no cree en la nulidad virtual, dice al respecto:

Las nulidades expresas y nulidades tácitas o virtuales. En ese sentido, el numeral 7 del artículo 219 del CC regularía la hipótesis de la nulidad expresa. Esta clasificación es falsa. **En realidad las nulidades siempre son las expresamente previstas en un texto legal.** No existen las nulidades tácitas o virtuales. **Lo tácito o virtual se aplica a la declaración de voluntad y no a las causales de nulidad [...]. Entonces, el numeral 7 del artículo 219 del CC es una norma jurídica redundante** porque siempre será necesario que toda norma legal que incluya la consecuencia jurídica de la nulidad— se fundamente en la ausencia de algún elemento o requisito del acto de autonomía privada²⁶⁰.

5. *Aproximación crítica a la distinción: los supuestos de inexistencia y su inevitable asimilación a los supuestos de nulidad contemplados por el Código Civil*

El análisis de los argumentos expuestos —cuyas ideas centrales he considerado pertinente

²⁵⁶ Rómulo MORALES HERVIAS. *Op. cit.*, p. 87 (el resaltado me pertenece).

²⁵⁷ *Ibid.*, pp. 87 y 88.

²⁵⁸ *Ibid.*, p. 88.

²⁵⁹ *Ibid.*, p. 97.

²⁶⁰ *Ibid.*, p. 104.

resaltar en el texto- debe empezar con una advertencia de meridiania importancia:

“La ausencia de los elementos normalmente implica la inexistencia o la nulidad. Ello dependerá de la normativa de cada Código Civil”²⁶¹.

Esta idea de Morales me parece muy importante y es una premisa –creo yo- imprescindible y que nunca está demás destacarla. Aunque no esté de acuerdo con este autor en varios puntos, debo reconocer que mi enfoque se basa precisamente en la cita que acabo de realizar.

De este modo, pues, no resulta correcto creer que la inexistencia tiene un rol “natural” dentro de cualquier sistema jurídico. El rol de la inexistencia, si bien puede ser definido de alguna manera general en el campo de la teoría, en el campo de la praxis dependerá fundamentalmente de lo que diga el Código Civil. Es innegable, por consiguiente, que puede haber normativas que rechacen la figura de la inexistencia y otras que la admitan sin mayor problema. Si el legislador se lo propone puede confeccionar un modelo que acoja la inexistencia, pero también puede hacer todo lo contrario, de manera que sea demasiado difícil reconocer la inexistencia en el sistema jurídico. Y es que, siempre que se respeten los límites marcados por la norma fundamental que es la Constitución, debe tenerse siempre presente que el legislador cuenta con un arbitrio al momento de diseñar las diferentes instituciones que forman parte del ordenamiento jurídico²⁶².

²⁶¹ Ibid., p. 97.

²⁶² Natalino IRTI. *Introducción al estudio del Derecho Privado*. Traducción de Rómulo Morales y Leysser León. Lima: Grijley, 2004, p. 140.

Ahora bien, sin más preámbulo, paso a presentar mi examen sobre las diferentes consideraciones que defienden la distinción en el plano aplicativo, empezando por las de Zusman:

- i) si se tiene presente que no todo negocio jurídico se puede convertir, no habría necesidad de una figura extrema que impida toda posibilidad de convalidación. Nótese, pues, que la figura extrema a la que alude Zusman ya existe: el negocio nulo no susceptible de conversión. La no posibilidad de conversión del negocio nulo, por lo demás, es la regla general. La conversión opera en supuestos excepcionales, tan es así que la doctrina ha reclamado “extrema prudencia” al momento de aplicarla²⁶³.
- ii) el citado artículo 219 es más amplio de lo que parece en base a la nulidad virtual. Además, aunque no lo diga casi nadie, cabe una interpretación *a contrario sensu* del artículo 140 del Código Civil para establecer otros supuestos de invalidez del negocio jurídico.

El argumento que se basa en el citado artículo 1359 (y 1360) no creo que sea capaz de superar estas dos objeciones: i) la falta de acuerdo o conformidad con todas las estipulaciones se encuadra perfectamente en el supuesto contemplado en el inciso 1 del artículo 219 del Código Civil (falta de manifestación de voluntad), por lo que opino que mal se haría en querer ver en aquella norma un caso sustancialmente distinto a la nulidad de conformidad con lo preceptuado en dicho cuerpo legal, ii) el argumento bajo examen

²⁶³ Domenico BARBERO. Op. cit. p. 459; Federico DE CASTRO Y BRAVO. Op. cit. p. 490 y 491.

es demasiado “ontológico”, es decir, implica una noción de inexistencia basada exclusivamente en parámetros espacio-tiempo, tal como la entendían Aubry y Rau.

Así es, decir que el artículo 1359 del Código Civil regula una situación diferente a la contemplada en el inciso 1 del artículo 219, necesariamente implicaría concluir que, a tenor de nuestro Código Civil, la falta de manifestación de voluntad genera nulidad en todo negocio jurídico, salvo en el contrato, donde genera inexistencia ¿Cuál sería la razón para semejante diferenciación de “trato legal”? Si el contrato es el negocio jurídico por excelencia, ¿por qué tendría que estar necesariamente sometido a una diferente regulación a la de los demás negocios? (!) Ciertamente no se ve razón de peso para esto. Nótese la contradicción que acarrea este argumento en defensa de la figura de la inexistencia.

Esta crítica podría responderse diciendo que, en realidad, todos los negocios jurídicos resultan ser inexistentes por falta de declaración de voluntad, en base a una aplicación analógica de las tantas veces mencionado artículo 1359. En efecto, si precisamente el contrato es el arquetipo entre los negocios jurídicos, no habría ningún inconveniente en efectuar tal analogía. Pero si se acepta esta idea²⁶⁴, ¿qué rol pasa a cumplir, entonces, el inciso 1 del artículo 219? Pienso que se le estaría vaciando por completo de significado, lo cual no es compatible con la buena técnica de interpretación de las normas.

Por lo tanto, soy del parecer que en este contexto tendríamos dos interpretaciones: una que ocasiona contradicciones y priva de sentido a las normas, que se basa en entender

que el 1359 regula inexistencia, y otra que no genera ninguno de estos inconvenientes, que se basa en entender que el artículo 1359 se refiere a un supuesto más de nulidad. Tal como manda la teoría de la interpretación jurídica, es imperativo optar por la segunda interpretación²⁶⁵.

En relación a la otra objeción. Decir que el artículo 1359 regula *formación* del contrato, de manera que inevitablemente hace referencia a la inexistencia porque “el contrato no formado (o en proceso de formación si se quiere) no es contrato”, es una idea que se presta a la dura crítica de Doménico Barbero, a quien prefiero ceder la palabra:

“Será entonces inexistente el negocio no cumplido, lo cual es una perogrullada, como lo es la inexistencia de la casa no construida, de la persona no concebida, de la letra de cambio no firmada. Así, para recoger entre los ejemplos más recientes puestos, es inexistente, en este sentido, el contrato del cual sólo se ha hecho la propuesta (o sea el contrato en formación) y no se ha dado ni puede darse la aceptación, el matrimonio con el consentimiento solamente de uno de los novios”²⁶⁶.

De otro lado, prosiguiendo en el examen del argumento siguiente, es claro que una distinción entre nulidad e inexistencia en el plano conceptual no puede ser considerada suficiente para mostrar de por sí la utilidad de la distinción en el plano de la praxis o que la normativa acoja la distinción. Así, recor-

²⁶⁴ Como parece hacerlo Rómulo MORALES HERVIAS. *Op. cit.*, p. 97.

²⁶⁵ Giovanni TARELLO. *L'interpretazione della legge*. Milán: Giuffrè, 1980, p. 371.

²⁶⁶ Domenico BARBERO. *Op. cit.*, p. 634 (el resaltado y el agregado entre paréntesis me pertenece). Comparte la crítica por completo Luis DIEZ PICAZO. *Op. cit.*, p. 455.

dado nuestra premisa principal, la inexistencia no es una categoría que “naturalmente” se encuentre adoptada por los ordenamientos jurídicos. Cabe, pues, insistir: que se pueda distinguir la nulidad de la inexistencia en el plano teórico, no necesariamente conlleva a una diferenciación en el plano normativo.

Por lo tanto, decir que la importancia de la distinción radica en que el acto inexistente no produce ningún efecto, mientras que el nulo sí los produce, es hacer referencia a una diferencia teórica, que no necesariamente tiene que tener asidero normativo o aplicación práctica. Una cosa no presupone la otra, lo cual ha demostrado en demasía Rudolf von Ihering²⁶⁷. Además, para reforzar esta crítica mencionaré dos ideas adicionales: i) los supuestos de inexistencia también involucran efectos jurídicos, no siendo hechos jurídicamente irrelevantes, ii) los propios defensores de la distinción han admitido esto incluso a propósito de cuerpos normativos que consagrarían la inexistencia de modo claro.

Así es, recordando los ejemplos de Barbero, es claro que en un contrato en vías de formación sí existen efectos jurídicos a tener en cuenta, como los estados de sujeción y derechos potestativos derivados de las formulaciones de ofertas (artículo 1382 del Código Civil) y contraofertas (artículo 1376 del Código Civil)²⁶⁸ o, sobre todo, el deber de

comportarse de buena fe durante las negociaciones (artículo 1362 del Código Civil)²⁶⁹. En el caso del matrimonio donde finalmente el novio se echa para atrás en plena ceremonia, puede apreciarse una obligación de indemnizar (artículo 240 del Código Civil). Decir, pues, que el negocio inexistente implica una “nada jurídica”, o sea un hecho jurídicamente irrelevante, no es exacto.

Asimismo, como dije, el propio Morales, que considera que el Anteproyecto del Código Europeo de los Contratos consagra la inexistencia de manera explícita, señala sobre éste que:

“Aunque parece un contrasentido que **la inexistencia produce efectos jurídicos**, es necesario aclarar que no son los del contrato inexistente sino de la ley”²⁷⁰.

Se ve, pues, que el argumento que incide en la diferente eficacia del negocio nulo frente al inexistente no resulta decisivo. Es, insisto, una diferencia exclusivamente doctrinaria, que es harto difícil de reconocer en el campo operativo gobernado por las normas.

no es más que una oferta también) generan un estado de sujeción en la esfera jurídica del oferente, y un derecho potestativo en la del destinatario de la oferta (al respecto: Hugo FORNO FLOREZ. *Los efectos de la oferta contractual*. En *Ius et Veritas*. N° 15. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 1997, pp. 183 y ss.)

²⁶⁷ El maestro alemán, como es sabido, dedica una obra entera a fustigar el excesivo conceptualismo, demostrando que la “teoría por la teoría” muchas veces conduce a resultados que nada aportan en la realidad de las cosas. Que “algo” pueda ser posible en la mente del jurista, no implica necesariamente que ese “algo” tenga una importancia de orden práctico de acuerdo con las normas vigentes. Por el contrario, Ihering, a lo largo de tal obra, demuestra que lo opuesto pasa en muchas ocasiones (la obra a la que aludo, como es evidente, es: Rudolf von IHERING. *Bromas y veras en la ciencia jurídica: Ridendo dicere verum*. Traducción de Tomás A. Banzhaf. Madrid: Civitas, 1987, pp. 219 y ss.)

²⁶⁸ La formulación de una oferta y una contraoferta (que

²⁶⁹ Las solas negociaciones de un contrato, que no necesariamente terminan con su celebración, pueden llegar a involucrar problemas peliagudos para el operador jurídico, ya que se involucra toda la denominada “responsabilidad precontractual”, cuya consagración en el artículo 1362 nadie ha puesto seriamente en duda (para una visión general de este asunto en nuestro medio: Renzo SAAVEDRA VELAZCO. *La responsabilidad precontractual en debate: panorama de la doctrina jurídica nacional*. En *Ius et Veritas*. N° 31. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2005, pp. 144 y ss.)

²⁷⁰ Rómulo MORALES HERVIAS. *Op. cit.*, p. 86 (el resaltado me pertenece).

No obstante, alguien podría replicar diciendo que no estoy captado la idea completa de Morales: si bien la inexistencia estaría produciendo efectos, éstos-bien vistas las cosas- no corresponden al negocio inexistente (que, justamente por no existir, ningún efecto produce), sino a la ley. Esta réplica, como se verá en seguida, le hace un flaquísimo favor a la idea que intenta defender y, por el contrario, resulta haciéndole un gran favor a la opinión crítica que vengo defendiendo.

En efecto, si se dice que el negocio inexistente no produce efectos, ya que éstos derivan de la ley. Pues exactamente lo mismo se puede decir del negocio jurídico nulo, cuyos efectos no derivan del negocio, sino del imperio de la ley.

Donde se quiere ver la gran diferencia, en realidad se aprecia la gran semejanza.

El negocio jurídico nulo no produce ningún efecto como negocio, sino que produce efectos emanados directamente de la ley. El negocio jurídico nulo, entonces, no es un negocio, sino un acto jurídico en sentido estricto, toda vez que la eficacia que tiene no está determinada por lo dispuestos o declarado por la o las partes (como ocurre en el negocio jurídico), sino por el ordenamiento. Si el negocio jurídico nulo produce algunos efectos, éstos no se dan por consideración a lo declarado en su realización (lo declarado, más bien, es rechazado o “atacado” por el ordenamiento jurídico), sino en virtud a lo dispuesto en la ley²⁷¹.

Para precisar este argumento, es necesario explicar la diferencia, ampliamente reconocido en la doctrina nacional y extranjera, entre efectos “negociales” y efectos “no negociales”:

Un distinguido autor alemán enseña que los negocios jurídicos producen efectos “configurados por la autonomía privada” y “efectos legales”. Los primeros encuentran base en la voluntad declarada por los celebrantes del negocio, en tanto que en los segundos tal voluntad no es decisiva. Veamos:

Los efectos jurídicos producidos en virtud de la autonomía privada son siempre, ciertamente, efectos jurídicos legales, en la medida en que el acto de autonomía privada sólo tiene eficacia jurídica en virtud del Ordenamiento jurídico. El Ordenamiento jurídico se limita, sin embargo, a atribuir eficacia jurídica a la configuración autónomo-privada en la medida en que la reconoce. Por eso, con razón se puede hablar de efectos jurídicos en virtud de la autonomía privada. Por otro lado, son consecuencias jurídicas legales aquellas que se producen sólo en virtud de la Ley, en cuanto que la Ley determina la consecuencia valorando jurídicamente relaciones y acontecimientos, en especial actos humanos.

[...]

La consecuencia jurídica del contrato de compraventa se produce porque las partes han acordado que el vendedor debe entregar al comprador la mercancía y el comprador debe pagar el precio al vendedor. El Ordenamiento jurídico solamente pone en vigor el acuerdo de las partes contratantes. En el caso del acto ilícito, por el contrario, la consecuencia jurídica de la indemnización de los daños se produce porque el Ordenamiento jurídico valora la lesión antijurídica y dolosa o culpable de la vida, etc. de modo que el agente debe estar obligado a indemnizar los daños²⁷².

²⁷¹ Domenico BARBERO. *Op. cit.*, p. 424.

²⁷² Werner FLUME. *Op. cit.*, pp. 25 y 26.

En este mismo sentido, un prominente estudioso italiano del derecho contractual anota que es necesario que se reconozca la distinción entre competencia de las partes y competencia del ordenamiento de cara a la eficacia del contrato (que, como sabemos, es el acto o negocio jurídico por excelencia). La competencia de las partes se agota en crear las reglas con las cuales buscan regular sus intereses, con miras a que el ordenamiento las reconozca y las haga suyas. Por su parte, la competencia del ordenamiento se manifiesta precisamente al establecer si y dentro de qué límites las reglas creadas por las partes deben tener fuerza de ley²⁷³.

En nuestro medio, sobre el particular, se ha dicho que:

[...] si bien es cierto que todos los efectos jurídicos emanan directamente de la norma, también lo es que cuando la misma contempla la figura del negocio jurídico, los efectos que establece se *nutren* de la reglamentación de intereses fijada y acordada, respectivamente, por la parte o las partes que celebran dicho negocio. A estos efectos de los denomina *negociales*. Junto a los efectos *negociales* normalmente surgen otros, denominados *no negociales*, que no se alimentan de la referida reglamentación²⁷⁴. De modo análogo se afirma que “los principales efectos jurídicos provenientes de la manifestación de voluntad son los previstos y queridos por el sujeto (agente o parte que realiza o celebra el acto), reconocidos y garantizados por el Derecho; otros efectos secundarios, en cambio, aunque no sean queridos y previstos

están íntimamente conectados al acto y se derivan directamente del ordenamiento jurídico²⁷⁵.

En tal contexto, es fácil concluir que no puede siquiera concebirse al negocio sin la presencia de los efectos “negociales”. La capacidad de producir tales efectos es, por decir de algún modo, el “corazón” del acto o negocio jurídico. Siguiendo lo dicho por Werner Flume, si no hay efectos configurados por la autonomía privada, pues simple y llanamente no puede hablarse de acto de autonomía privada, no puede hablarse de negocio jurídico.

Así las cosas, en el negocio nulo no hay negocio porque no hay efectos negociales, razón por la cual la diferencia entre inexistencia y nulidad se hace todavía más difícil de apreciar en el ámbito de la praxis. En ambos casos no hay efectos negociales. Todo, por ende, se reduciría a sólo dos alternativas: o hay negocio (validez) o no lo hay (inexistencia), lo que dependerá de la posibilidad de apreciar efectos negociales genuinos. La autonomía de la inexistencia frente a la nulidad, en consecuencia, se termina “evaporando” ya que, jurídicamente hablando, ambas formarían parte de un mismo grupo: inexistencia del negocio²⁷⁶.

Pero otra vez sería posible intentar defender la autonomía de la inexistencia frente a la nulidad, diciendo que la crítica que se acaba de efectuar es de orden estrictamente formal, ya que el negocio nulo sigue siendo negocio, dado que posee la estructura del mismo, cosa que no ocurre en la inexistencia, donde no es factible apreciar ni siquiera su apariencia. Sin embargo, este argumento

²⁷³ Franco CARRESI. *Il contratto*. Milano: Giuffrè, 1987, p. 562.

²⁷⁴ Freddy ESCOBAR ROZAS. *Op. cit.*, p. 677.

²⁷⁵ Aníbal TORRES VÁSQUEZ. *Acto jurídico*. Cit. p. 85.

²⁷⁶ En sentido análogo: Natalino IRTI. *Due saggi sul dovere giuridico (obbligo-onere)*. Napoli: Jovene, 1973, p. 102.

no consigue ya que de inmediato se le puede aplicar la ácida crítica de Barbero, porque así se estaría volviendo a defender una noción de inexistencia en base a parámetros de espacio-tiempo.

En relación a las *normas de inexistencia* cabe señalar, en primer lugar, que no estoy de acuerdo en entender que el artículo 1386 regule un supuesto de inexistencia. Y es que el asunto es más complejo de lo que puede parecer a primera vista:

Efectivamente, el artículo 1386 regula la revocación de la aceptación, no su inexistencia.

La revocación es un negocio extintivo por medio del cual un sujeto contradice su precedente declaración negocial; mediante la revocación se evita que ella produzca (o concurra a producir) efectos jurídicos. La revocación se da por un impulso de arrepentimiento que lleva al autor del acto a rechazar aquello que quiso²⁷⁷. Así, pues, la “retractación” de la que habla el artículo 1386 es una genuina revocación. Se habla de la revocación de la aceptación.

Si bien la aceptación no surte efectos hasta que llegue a conocimiento del oferente, en ese lapso la aceptación ya existe y, por ende, resulta ser un hecho jurídicamente relevante. No

puede seriamente sostenerse que el oferente es destinatario de una “nada jurídica” una vez declarada la aceptación. Por tanto, mientras el aceptante no revoque debidamente la aceptación, se encontrará “sujeto” a formar parte de un contrato si de algún modo se cumple el requisito legal de eficacia de la aceptación: el conocimiento y/o recepción por parte del oferente. Como dije, la sola declaración de la aceptación es jurídicamente relevante y su efecto es la “sujeción” que se acaba de mencionar. Cuando el aceptante revoca elimina tal “sujeción”, evitando así que la aceptación concurra a la formación del contrato.

En consecuencia, cuando el artículo 1386 dice que la aceptación *se considera inexistente*, quiere decir que la misma se *considera privada de efectos* en virtud, pues, de la revocación. La revocación es un supuesto de ineficacia, no de invalidez ni de inexistencia. Hay que concluir, entonces, que el artículo 1386 emplea el vocablo inexistencia en un sentido no técnico: la aceptación *inexistente* equivale a una aceptación *sin efectos*, cosa perfectamente posible dentro de un lenguaje no técnico, coloquial o natural. La validez de esta interpretación, claro está, no puede ser discutida porque no niega o viola los límites del texto de la norma objeto de interpretación, marcado por el significado “usual” de las palabras²⁷⁸.

Ahora bien, los supuestos regulados en las otras normas de inexistencia referidas bien pueden reconducirse a la nulidad parcial a la que se refiere el artículo 224 del Código Civil ¿hay una razón poderosa para negar que la

²⁷⁷ Giovanni GENTILE. *Revoca degli atti*. En *Enciclopedia Giuridica*. Vol. XXVII. Roma: Istituto della Enciclopedia Italiana, 1991, p. 1 y ss.; Luigi FERRI. *Revoca (Diritto Privato)*. En *Enciclopedia del Diritto*. T. XL. Milano: Giuffrè, 1989, p. 197. Para una autorizada doctrina clásica sobre la materia, la revocación es la manifestación de una facultad para retractarse de un acto jurídico, realizada o provocada por su propio autor, o por quien se encuentre autorizado a sustituirlo o a ocupar su lugar, con el efecto de impedir el surgimiento de una nueva situación jurídica, o la continuación de la ya existente: Salvatore ROMANO. *La revoca degli atti giuridici privati*. Padova: CEDAM, 1935, p. 52.

²⁷⁸ Al respecto Luis DIEZ PICAZO. *Experiencias jurídicas y teoría del Derecho*. Barcelona: Ariel, 1982, pp. 195-199; Chaim PERELMAN. *Lógica jurídica y nueva retórica*. Traducción de Luis Diez-Picazo. Madrid: Civitas, 1979, p. 193; Giovanni TARELLO. *Op. cit.*, pp. 67 y ss.

condición resolutoria ilícita y la físicamente o jurídicamente imposible resulta ser una disposición nula que no perjudica a las otras que forman parte del negocio jurídico? ¿Hay una razón poderosa para negar que un cargo ilícito o imposible sea también una disposición nula que no perjudica a las demás que integran el negocio? Opino que no la hay.

Todas las disposiciones viciadas o “irregulares” que sean separables de las demás que forman un negocio jurídico, se considerarán nulas sin afectar al negocio mismo, salvo en el caso de la condición resolutoria ilícita, la condición física o jurídicamente imposible, el cargo ilícito y el cargo imposible, donde no habría nulidad, sino inexistencia ¿por qué este diferente “trato legal” para estas disposiciones? ¿Cuál sería la razón de peso para esta distinta regulación?²⁷⁹

Además cabe preguntarse lo siguiente: ¿si en un contrato efectivamente se llega a consignar, en sendas disposiciones, una condición resolutoria ilícita o un cargo imposible, podemos decir realmente que tales disposiciones no existen? ¿no se supone, para este caso, que la aplicación de la figura de la inexistencia presupone un supuesto donde no sea siquiera reconocible la apariencia de una disposición? Pienso que negar la existencia de dichas disposiciones es hartamente difícil.

Por lo tanto, cuando el artículo 171 dice que las condiciones allí indicadas *se consideran no puestas*, pues sin el menor problema puede decirse que el artículo significa que dichas condiciones *se consideran no declara-*

radas, o sea nulas de acuerdo al inciso 1 del artículo 219. De igual forma, cuando el artículo 189 indica que el negocio *subsiste sin cargo alguno*, debe entenderse que el negocio *subsiste como si el cargo no hubiese sido declarado*.

Como se podrá advertir, optar por la nulidad conlleva una interpretación más libre de inconvenientes que optar por la inexistencia. Son aplicables, pues, las mismas objeciones que se plantearon al argumento que sugería una aplicación analógica del mentado artículo 1359.

En relación a las tres ventajas, en orden: i) ya hemos analizado el argumento que basa la diferenciación en la posibilidad de apreciar casos donde ni siquiera es posible distinguir la apariencia de negocio. Se trata de una noción regida por los parámetros de tiempo y espacio, ya criticada con detenimiento; ii) el argumento referido a las lagunas en materia de invalidez también ya se ha examinado, lo veremos con más detalle dentro de poco, y iii) lo mismo ocurre en la nulidad, la cual opera de pleno derecho y puede ser invocada por cualquier persona con interés. La sentencia que declara la nulidad no constituye nada, es meramente declarativa. Pero estoy seguro que contra lo que acabo de decir, alguien replicará con dos ideas: a) la nulidad puede ser alegada ante un Juez sólo por alguien que tenga interés, mientras que en la inexistencia por cualquiera, y b) la nulidad está sometida a un plazo de prescripción, cosa que no ocurriría con la inexistencia, que a ningún plazo estaría sometida, por lo que puede ser esgrimida o alegada en un proceso en cualquier momento.

Pues bien, nadie puede pedirle algo a un Juez si no tiene interés relevante que requiere tutela, eso lo ordena claramente el Cód-

²⁷⁹ Las “modalidades” del negocio jurídico (condición, plazo y cargo) son, en esencia, disposiciones como cualquier otra. Las modalidades, en rigor, son cláusulas en los contratos, no tienen ninguna estructura extraña o peculiar (Massimo BIANCA. *Op. cit.*, p. 559, quien señala, sin más, que la condición es una disposición o cláusula).

go Procesal Civil (artículos III, IV e inciso 2 del artículo 427), así que esa diferencia se diluye. En relación al plazo de prescripción, pues ello es un asunto de regulación y una diferencia de orden conceptual, no indica supuestos concretos en los cuales pueda hablarse de inexistencia y no de nulidad. Además, si bien ha sido un error que el legislador peruano consagre un plazo de prescripción para alegar la nulidad de un negocio jurídico ante las autoridades judiciales, tal inconveniente normativo ha sido superado ya que se admite sin mayor problema que la parte contra la que se pretenda hacer valer el acto nulo, tendrá la posibilidad de defenderse deduciendo la nulidad, ya no como “acción” sino como excepción. Así pues, al final del día, la nulidad puede ser esgrimida en un proceso aunque haya transcurrido el plazo de prescripción²⁸⁰. No habría, pues, mayor diferencia.

La ausencia de partes, del objeto y de causa (que debe ser entendida como regulada en el inciso 3 del artículo 140 del Código Civil), son supuestos que pueden ser entendidos como de invalidez (nulidad) en virtud de una interpretación *a contrario sensu* del ya referido artículo 140. No creo que puedan ser considerados como supuestos de inexistencia y no de nulidad, en base a que no existe regulación para tales casos, porque sí la hay ¿Qué fundamento contundente existe para no derivar consecuencia de una interpretación *a contrario sensu* del artículo 140? Pienso que no existe impedimento para efectuar esta interpretación *a contrario sensu*.

Ahora bien, Morales niega la nulidad virtual, aduciendo que las nulidades siempre son

las expresamente previstas en un texto legal. Las razones de fondo para que Morales desconozca la nulidad virtual no las conozco, es muy breve en torno al asunto en el ensayo que cito. No pienso especular al respecto, solamente expondré, brevemente, dos razones por las que yo sí creo en la nulidad virtual, a parte del hecho de que este tipo de nulidad ha sido reconocida por casi toda nuestra doctrina sin mayores reparos:

- i) A lo largo de mucho tiempo, se ha tratado de responder la siguiente cuestión: ¿es necesario que el Derecho Positivo establezca expresamente la nulidad en atención a una específica irregularidad o, por el contrario, la nulidad también puede darse por la presencia de una irregularidad que se deduce del sistema jurídico, al no haber sido considerada como tal de manera especial y expresa por éste? En la doctrina se ha respondido de las dos formas posibles. Como se dijo ya, hace mucho tiempo en Francia se sostenía la vigencia del principio *pas de nullité sans texte* para postular que la nulidad sólo podía ser expresa. Hoy en día, por el contrario, se admite ampliamente la posibilidad de que la nulidad se genere no sólo cuando la establece expresamente la ley, sino también cuando el negocio contradiga el significado y la finalidad de las normas que puedan verse involucradas o, incluso, los Principios Generales del Derecho; esta es la denominada nulidad virtual o tácita. Al margen de la discusión que legítimamente se pueda plantear a nivel doctrinario, el Código Civil peruano ha tomado expresamente partido por la admisión de la nulidad virtual, tal como

²⁸⁰ Lizardo TABOADA CÓRDOVA. *Acto jurídico, negocio jurídico y contrato*. Lima: Grijley, 2002, pp. 323 y 324. En el mismo sentido: Freddy ESCOBAR ROZAS. *Ult. cit.*

se aprecia en el artículo V del Título Preliminar del Código Civil. Negar la nulidad virtual en nuestro Derecho Positivo significaría privar de todo sentido relevante a una norma que se supone tiene una vocación de aplicación a todo nuestro sistema jurídico²⁸¹, lo cual es algo claramente inapropiado a la luz de las reglas de la interpretación jurídica.

- ii) El principio *pas de nullité sans texte* se justifica bajo una ideología intensamente liberal, como la que imperaba en la época de la dación del Código de Napoleón²⁸². Tal ideología ponía en el pedestal a la voluntad de los sujetos, la cual es considerada un instrumento todopoderoso al punto que en ella se hace reposar la justificación y razón de ser de los contratos. La propia idea de la libertad de actuación de los particulares encuentra su basamento en la voluntad individual (la llamada autonomía de la voluntad). No era posible, entonces, que los actos jurídicos -generados por la omnipotente voluntad del

individuo- pudiesen ser limitados de cualquier manera. Si se quería limitar algo tan “sagrado”, tal limitación debía constar de manera expresa en una ley. La única manera de salvaguardar los actos jurídicos, manifestaciones por excelencia de la sacra voluntad, era que los límites que no pudiesen transgredir tales actos se encuentren consignados expresa y concretamente en las leyes como causales de nulidad²⁸³. Habiendo cambiando la realidad social hoy en día, donde el rol de la voluntad del sujeto está muy lejos de ser objeto de pleitesía exacerbada, el justificativo del principio *pas de nullité sans texte* ha desaparecido, por lo que se hace necesario concebir a la nulidad y a su establecimiento de una manera sustancialmente diferente, abriéndose así la puerta para la consagración de la nulidad virtual.

Para terminar este apartado, me parece oportuno recordar a la doctrina francesa que señala que “la nulidad no siempre se apoya en un texto legal. El principio que tanto se ha defendido en materia de procedimiento de que *no hay nulidad sin texto*, ha sido totalmente desechado y la doctrina como la jurisprudencia han admitido que al lado de las *nulidades textuales*, hay también las *nulidades virtuales*, que apoyan su fuerza en un texto general, o en el espíritu de la ley. Tal cosa sucede sobre todo en los actos jurídicos contrarios

²⁸¹ Marcial RUBIO CORREA. *Título Preliminar*. 10ª ed. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2012, p. 11: “El Título Preliminar del Código Civil no solo tiene que ver con el derecho civil propiamente dicho y ni siquiera con solo el derecho privado. Por el contrario, es un conjunto de normas que históricamente ha sido preparado para regir todo el sistema jurídico”. Juan ESPINOZA ESPINOZA. *Los principios contenidos en el Título Preliminar del Código Civil peruano de 1984*. 3ª ed. Lima: Grijley, 2011, p. 35: “El Título Preliminar del Código Civil contiene una serie de principios que todo operador jurídico necesita conocer para poder interpretar los modelos jurídicos circulantes no sólo en el Código Civil sino en la generalidad de todo ordenamiento jurídico”.

²⁸² La necesidad de intentar captar el trasfondo ideológico del principio *pas de nullité sans texte*, a efectos de establecer su vigencia hoy en día, ha sido resaltada con toda pertinencia por Jorge Baraona González, ponente chileno en el ya referido evento internacional.

²⁸³ El voluntarismo, como no podía ser de otra manera, tuvo una influencia enorme en la configuración de institutos tan importantes como el contrato y el ejercicio de los derechos (al respecto: Giuseppe OSTI. *Contratto*. En: *Novissimo Digesto Italiano*. IV. Torino: UTET, 1959, p. 477 y ss; Pietro RESCIGNO. *Abuso del diritto*. En: *Rivista di Diritto Civile*. I. Padova: CEDAM, 1965, p. 222 y ss.), por lo que resulta evidente que tuvo también un decisivo papel en la manera de concebir los límites a los pactos o convenciones, el cual he tratado de describir.

al orden público y de una manera mucho más acentuada, en los contrarios a las buenas costumbres”²⁸⁴.

6. Una peculiar defensa de la distinción

A diferencia de los otros autores que defienden la distinción, Palacios, que también admite la nulidad virtual, reconoce que:

En nuestra opinión, la construcción de la inexistencia, en un sentido estrictamente técnico no puede basarse sobre la necesidad de cubrir lagunas dejadas por un sistema legislativo de nulidades textuales. Aceptar dogmáticamente a la inexistencia, en este sentido, es quitarle autonomía teórica y sustantiva, ya que esta podría llamarse en última instancia nulidad virtual y no ya inexistencia, identificándose en el plano práctico-efectual ambas figuras [...]. Resulta entonces necesario [...] encontrar otro criterio que nos permita distinguirlo [...]²⁸⁵.

¿Cuál sería ese nuevo criterio? Pues el que dio en su momento Francesco Santoro-Passarelli: se tiene un negocio inexistente cuando falta en él algún componente que hace imposible su identificación en un tipo negocial²⁸⁶. Esto implicaría, dice Palacios, reconducir al negocio inexistente a la esfera de la irrelevancia, con la consecuencia de mantenerlo fuera del sistema de ineficacias, “en tanto se considere que en el negocio inexis-

tente no puede darse una calificación destinada a la privación de efectos en el mismo, sino solo una, con resultados negativos, destinada a concluir si efectivamente estamos ante un hecho que pueda ser tomado como negocio”²⁸⁷.

Comparto las ideas de Palacios, pero pienso que lo dicho no es suficiente para sustentar una autonomía de la inexistencia frente a la nulidad en el plano de la praxis. En efecto, como se habrá podido percatar el lector, si se intenta sustentar dicha autonomía con base en tales ideas, de inmediato se puede oponer la contundente crítica de Barbero. Manejar un enfoque “ontológico” de la inexistencia es algo relevante en el plano teórico o didáctico, mas no es suficiente para sostener su plena funcionalidad autónoma en la práctica.

Palacios, finalmente, agrega que nos “encontraremos ante la inexistencia, en definitiva, en los casos en los que falte la causa del negocio, en los que hay declaración *jocandi causa* o en una exposición didáctica; en los que la formalidad requerida, al faltar, impide identificar al negocio (matrimonio no celebrado ante autoridad correspondiente); en los casos en los que la declaración se torna completamente irrelevante para el ordenamiento (casos de ausencia de declaración o de contravención a la forma requerida para considerarla productora de efectos)”²⁸⁸. Discrepo.

Así es, en caso de falta de causa o declaración hecha en broma, tenemos supuestos de invalidez, nulidad, por interpretación *a contrario sensu* del artículo 140 y aplicación del inciso 1 del artículo 219 del Código Civil. Lo primero ya lo sustenté. En relación a lo segundo, es claro que cuando nuestro

²⁸⁴ Georges LUTZESCO. *Op. cit.*, p. 240.

²⁸⁵ Eric PALACIOS MARTÍNEZ. *Op. cit.*, p. 248.

²⁸⁶ Francesco SANTORO-PASSARELLI. *Doctrinas generales del Derecho Civil*. Traducción de Agustín Luna Serrano. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1964, p. 296. Cabe advertir que los planteamientos de este autor han sido considerados, al fin y al cabo, como imprecisos (Massimo BIANCA. *Op. cit.* p. 635, nota 16)

²⁸⁷ Eric PALACIOS MARTÍNEZ. *Op. cit.*, p. 251 (el subrayado me pertenece).

²⁸⁸ Loc. cit.

Código Civil habla de *manifestación de voluntad*, ciertamente se refiere a una manifestación seria, no hecha en broma. De modo que si se realiza una manifestación de voluntad de modo no serio, pues estamos ante un caso donde *falta la manifestación de voluntad*, por lo que no se puede excluir la aplicación del inciso 1 del artículo 219. Lo mismo vale para los casos donde falta la formalidad requerida, ya que no veo inconveniente en que estos casos se subsuman dentro de lo dispuesto en el inciso 6 del mismo artículo. En todo caso, también se puede postular la referida interpretación *a contrario sensu*.

Hamlet, luego de su examen a su tío, confirmó sus sospechas de manera indubitable.

No puedo pretender decir lo mismo, simplemente he querido contribuir en algo al debate que el tema estudiado plantea exponiendo una opinión crítica a nivel de doctrina peruana, defendiendo la idea que maneja nuestra Corte Suprema al respecto. La categoría de la inexistencia ha sido defendida por brillantes autores europeos como Franco Carresi²⁸⁹ y Renato Scognamiglio²⁹⁰, pero un análisis (crítico, porque por más autorizados que sean estos autores, debo decir que sus argumentos no convencen al suscrito) de la situación de la doctrina extranjera excede claramente los objetivos de este capítulo. No obstante, espero que mis argumentos lo hayan convencido, amable lector. Me basta, sin embargo, con poder haber efectuado dicha contribución.

²⁸⁹ Franco CARRESI. *Op. cit.*, pp. 615 y ss.

²⁹⁰ Renato SCOGNAMIGLIO. *Contribución a la teoría del negocio jurídico*. Traducción de Leysser León. Lima: Grijley, 2004, pp. 425 y ss.