



# EXISTENCIA E INEXISTENCIA DEL NEGOCIO JURIDICO Y SOLUCION DE SITUACIONES CONTRAHECHAS

AYDEE HURTADO DE ROJAS



## 1. CONCEPTO DE LOS TERMINOS EXISTENCIA E INEXISTENCIA:

Existencia, desde el punto de vista semántico, es el estado de lo que existe, y a contrario sensu, la inexistencia está referida al no ser o falta de existencia.

En derecho la existencia del negocio jurídico se produce cuando en la práctica se recorre totalmente su definición, la cual se encuentra en la tipicidad legal o social del respectivo negocio; así las cosas, la existencia del negocio jurídico depende de que se observen plenamente los elementos esenciales y las formalidades sustanciales que el ordenamiento exige.

La inexistencia se presenta al faltar algún elemento esencial o cuando no se observa la formalidad constitutiva, de tal suerte que la inexistencia determina que el negocio jurídico no nazca a la vida jurídica.

## 2. INEXISTENCIA DEL NEGOCIO JURIDICO:

La falta de las condiciones esenciales de todo acto jurídico produce la inexistencia del mismo; es por lo tanto inexistente el negocio jurídico cuando no se recorrió a plenitud su definición legal,

y por consiguiente éste queda reducido al plano simplemente social, desprovisto de juridicidad.

Los elementos de existencia del negocio jurídico, son los esenciales, sin los cuales no existe o degenera en un negocio diferente; igualmente se requiere para su existencia el cumplimiento de la formalidad sustancial cuando para el caso concreto la prescriba la ley.

La inexistencia fue negada durante mucho tiempo como figura autónoma, más bien fue asimilada en su tratamiento y efectos a la nulidad, posteriormente comenzó a ser aceptada por una parte de la doctrina, más en términos teóricos que prácticos.

“El acto inexistente es aquel al cual le falta un elemento esencial un órgano vital, de tal suerte que no responde a la definición genérica que de él da la ley ...”<sup>(1)</sup>

“... La inexistencia por cuanto se refiere en últimas al no ser del contrato y, por lo tanto, a algo que está por fuera de toda calificación jurídica, tiene siempre un significado propio para el derecho, toda vez que permite identificar una figura y una causa autónoma de irrelevancia e ineficiencia del contrato.”<sup>(2)</sup>

### 3. ANTECEDENTES HISTORICOS DE LA TEORIA DE LA INEXISTENCIA:

El primer planteamiento sobre la teoría de la inexistencia de los actos jurídicos, tuvo lugar en Francia, con ocasión de los trabajos preparatorios del Código Civil de Napoleón, en el año 1804, y más exactamente por motivo de la enmienda del texto del artículo 146 de dicho estatuto, cuya redacción de que “no hay matrimonio cuando no hay consentimiento libre”.

Tiene pues vemos su origen esta teoría en el Derecho Francés.

Inicialmente la inexistencia del negocio jurídico, se planteó dentro del tema general de las nulidades de los actos jurídicos, ya que hasta entonces la doctrina se encontraba en la misma situación del desarrollo, ya que la nulidad operaba de pleno derecho sin necesidad de declaración judicial, y el negocio nulo no producía efectos jurídicos; por análogas razones tampoco se desarrolló una teoría sobre la inexistencia del negocio jurídico.

En la doctrina antigua, con marcada tendencia al casuismo, podía sin embargo advertirse dos tipos de nulidad; una absoluta y otra relativa o anulabilidad, aunque sin una precisión conceptual. Es sólo a finales del siglo XIX y luego del XX cuando el tema de la inexistencia del negocio jurídico fue divulgado.

### 4. CONTROVERSIA DOCTRINAL:

La doctrina no se ha unificado en relación con el concepto de autonomía de la inexistencia del

negocio jurídico, algunos doctrinantes la consideran como algo superfluo o al menos como un simple ejercicio teórico.

Autores como Josserand, Colind y Capitán opinan que la inexistencia es una de las tres formas de invalidez junto con las nulidades absoluta y relativa.<sup>(3)</sup>

Parte de la doctrina considera que la inexistencia proviene de obstáculos en la formación del negocio, en tanto que las nulidades atacan un acto perfeccionado y por tanto existente.

Aún hoy, la doctrina no es unánime, algunos autores niegan la teoría de la inexistencia del negocio jurídico, bajo el postulado de que no se puede ser y no ser al mismo tiempo, de que lo no existe, no produce efectos jurídicos y no tiene por que ser objeto de pronunciamiento judicial; en tanto que otros manifiestan la necesidad de admitir la autonomía del concepto de inexistencia del pronunciamiento judicial.

### 5. EFICACIA E INEFICACIA:

Eficaz e ineficaz desde el punto de vista semántico son dos conceptos contrapuestos, la eficacia implica la cualidad de producir un efecto, por el contrario la ineficacia supone la ineptitud para producirlo.

En derecho, eficaz es el negocio jurídico que existiendo tiene aptitud para producir los efectos jurídicos correspondientes, en tanto que en la ineficacia aunque exista el negocio no los produce.

La ineficacia ataca el negocio en sus consecuencias, en sus efectos, pues se trata de un negocio existente, pero que no por vicios en su origen.

La ineficacia en sentido amplio se refiere al negocio que no produce efectos por cualquier causa incluidas inexistencia, invalidez, resolución, resciliación y rescisión.

En sentido estricto la ineficacia ocurre cuando los efectos del negocio jurídico no se producen de inmediato por existir una condición jurídica o una disposición particular como cuando hay cláusulas, plazo, condición, pacto modal, etc.

Como podemos observar en la ineficacia en sentido amplio se incluyó la inexistencia, ello se debe a que existen dos tesis opuestas; una de ellas incluye dentro de la noción de ineficacia, la inexistencia; la otra tesis afirma que no puede predicarse la ineficacia sino de lo que existe.

Con respecto a la ineficacia, la Corte Suprema ha dicho:

“La ineficacia en sentido propio o restringido consiste en la alteración de los resultados finales de la figura, aquellos que responden a su función práctico-social, timentados en el compromiso, pero que no se confunden con él; alteración en múltiples aspectos: por estipulación particular que refiere tales efectos a acontecimientos futuros, ciertos o aleatorios, en forma de condición, término o modo; por determinación legal, que los subordina en su iniciación o su permanencia a determinados factores contingentes (condicio iuris); o por fuerza de una impugnación de parte o de un extraño legitimado para ello; factores exógenos, pero referidos al negocio, en íntima

3. COLIN, Ambrosio y H., Capitan. Curso Elemental de Derecho Civil, Tomo I. Madrid 1975. p. 223.

1. DELACALLEL., Humberto. La Inoperatividad del Negocio Jurídico. Citando a Josserand, Monografías Jurídicas. p. 10.  
2. DELACALLEL. Humberto. La Inoperatividad del Negocio Jurídico. Citando a Scognamiglió Monografías Jurídicas p. 14.

conexión con él, pero que influyen decisivamente en su marcha sin afectar su validez, circunscritos en su operancia a los resultados prácticos de la reglamentación de intereses"<sup>4</sup>.

## 6. VALIDEZ E INVALIDEZ:

Semánticamente validez significa tener la calidad de válido o valedero, a contrario sensu la invalidez está referida a lo no válido o nulo.

En derecho la validez del negocio jurídico presupone necesariamente la existencia, ya que no podemos predicar la validez de lo que no existe; de igual forma, la invalidez también debe predicarse del negocio existente, pues solo puede ser válido o inválido aquello que existe. La invalidez está referida a la falta de relevancia del negocio jurídico, por carecer de alguno de los requisitos de validez señalados por la ley. Estos requisitos o presupuestos de validez, tanto en nuestro ordenamiento jurídico como en la mayoría de las legislaciones son: la capacidad de parte, la legitimación para actuar o poder de disposición, y la idoneidad del objeto. Cuando no se dan estos presupuestos el negocio jurídico existe pero es inválido.

Nuestro ordenamiento jurídico divide las causales de invalidez en nulidades absolutas y nulidades relativas, siendo absolutas aquellas que pueden ser alegadas por toda persona que tenga interés en ello, e incluso pueden ser decretadas de oficio por el juez, en tanto que las relativas sólo pueden ser alegadas por la persona en cuyo beneficio se han establecido.

Las nulidades tienen tipicidad legal, lo que implica que no puede haber nulidad sin texto legal expreso que la contenga por tanto las partes no pueden establecer causales de nulidad que la ley específicamente no contemple.

La declaración judicial de nulidad trae como consecuencia la destrucción del negocio jurídico y las cosas deben volver a su estado anterior como si nunca se hubiere celebrado el negocio.

Otros ordenamientos jurídicos las dividen en negocios nulos y negocios anulables, siendo la nulidad la que opera de pleno derecho y en este caso el acto o negocio solo produce ningún efecto desde su inicio, mientras que el acto anulable produce todos sus efectos hasta cuando se rescinda.

## 7. DIFERENCIA ENTRE INVALIDEZ E INEXISTENCIA:

Podemos diferenciar la inexistencia de la invalidez por los siguientes aspectos: a) el acto o negocio inexistente no produce ningún efecto jurídico, mientras el negocio nulo, se reporta válido hasta tanto la nulidad sea declarada judicialmente; b) La inexistencia opera ipso-jure, no requiere declaración judicial, en tanto que la nulidad debe ser siempre declarada por el juez; c) la inexistencia no puede convalidarse en cambio, las nulidades tanto absolutas como relativas son susceptibles de convalidación, con excepción de los casos de nulidad absoluta por objeto y causa ilícitos.

Seguindo al autor Emilio Betty podemos decir que debe en general considerarse inexistente el

4. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia de mayo 21 de 1968. Magistrado Ponente, Dr. Fernando Hinestrosa F

negocio, cuando: "al simulacro de tal que se cree haber dado vida no se enlacen efectos jurídicos del género correspondiente al tipo en cuestión, ni siquiera efectos de carácter negativo"<sup>5</sup>.

De otra parte tenemos que el negocio es nulo por falta de algún elemento esencial que produce su ineptitud para dar vida a una nueva situación jurídica que se ajuste a lo dispuesto por el tipo legal respectivo de acuerdo con la función económico-social que le corresponda.

En tanto que se denomina anulable al negocio que aunque sin carecer de los elementos esenciales del tipo respectivo e incluso originando la nueva situación jurídica que de acuerdo con el derecho debe acompañarle, puede ser removido con fuerza retroactiva por la parte interesada en ello, y de consiguiente ser considerado como si nunca hubiera existido, en este evento la nulidad surge sólo mediante sentencia pronunciada por el juez a instancia de parte, como una consecuencia de los vicios que afectan el negocio.

La anulabilidad implica deficiencias del negocio jurídico que son menos graves que las que producen la nulidad, puede entonces decirse que la anulabilidad se presenta cuando falta algún presupuesto de validez o cuando se encuentre viciado un elemento esencial. En este sentido y a manera de ejemplo podemos precisar que cuando falte un aspecto como la capacidad se dará como consecuencia la anulabilidad del negocio, en cambio si lo que falta es la forma constitutiva estaremos en presencia del fenómeno de la nulidad.

Podemos decir que con respecto a la teoría de la inexistencia se debe distinguir en todo acto jurídico, entre sus elementos esenciales, sin los cuales este no puede existir y los elementos no esenciales cuya falta repercutirá en su validez y en los efectos que esta llamado a producir. Por tanto no sería dable confundir la inexistencia de un acto jurídico que no se ha podido formar como tal por carecer de un órgano vital, con la nulidad producida por un vicio que lo hará perecer después de formado.

Parte de la doctrina se inclina por la teoría que distingue entre los elementos esenciales de los no esenciales de los actos jurídicos, y por tanto, en pro de la distinción entre la inexistencia y la nulidad de dichos actos como causantes de la ineficacia de ellos.

## 8. TRATAMIENTO DE LA INEXISTENCIA EN EL DERECHO COLOMBIANO:

Nuestra legislación civil, si bien no en forma expresa, sino implícita en algunas normas, prevé la ineficacia de los negocios jurídicos por la inexistencia de éstos, apartándose de otras legislaciones que le sirven de modelo y en las cuales se subsume la inexistencia en la nulidad; por su parte el estatuto comercial si prevé expresamente la inexistencia.

Nuestra legislación acoge el pensamiento de Pothier sobre la clasificación de los elementos esenciales de los actos jurídicos y su obligada consecuencia, la cual consiste en que la falta de esos elementos esenciales descarta "in-limine" la eficacia propia de los actos jurídicos a menos que se trate de un elemento específico que permita la conversión en un acto diferente y que no requiera del elemento faltante.

5. BETTY, Emilio. Teoría General del Negocio Jurídico. Tercera edición, 1983. p. 353.

Con referencia a los contratos establece el Código Civil en su artículo 1501 que: "Se distinguen en cada contrato las cosas que son de su esencia, las que son de su naturaleza, y las puramente accidentales. Son de la esencia de un contrato aquellas cosas sin las cuales, o no produce efecto alguno, o degenera en otro contrato diferente".

Respecto a la falta de formalidades sustanciales prevé el mismo estatuto en su artículo 1760 lo siguiente: "La falta de instrumento público no puede suplirse por otra prueba en los actos o contratos en que la ley requiere esa solemnidad; y se mirarán como no ejecutados o celebrados aún cuando en ellos se prometa deducirlos a instrumento público, dentro de cierto plazo, bajo una cláusula penal; esta cláusula no tendrá efecto alguno".

Debemos entender que en la norma citada anteriormente se está planteando la inexistencia del acto o contrato por faltar la solemnidad de la escritura pública.

Sobre contrato de sociedad preceptúa el Código Civil en su artículo 2081. "No hay sociedad si cada uno de los socios no pone alguna cosa en común..."

Así pues según esta norma al faltar el aporte el contrato de sociedad es inexistente.

Por su parte el estatuto comercial establece expresamente la inexistencia del negocio jurídico al disponer en su artículo 898 inc. 2º que: "Será inexistente el negocio jurídico cuando se halla celebrado sin las solemnidades sustanciales que la ley exige para su formación, en razón del acto o contrato y cuando falte alguno de sus elementos esenciales".

Igualmente el artículo 824 *Ibidem* dice: "Los comerciantes podrán expresar su voluntad de contratar u obligarse verbalmente, por escrito o por cualquier modo inequívoco. Cuando una norma legal exija determinada solemnidad como requisito esencial del negocio jurídico, éste no se formará mientras no se llene tal solemnidad".

Se plasma así por primera vez en nuestra legislación en forma expresa la inexistencia del negocio jurídico.

Igualmente el estatuto comercial prevé la llamada renovación del negocio al disponer en su artículo 898 inc. 1o. que: "La ratificación expresa de las partes dando cumplimiento a las solemnidades pertinentes perfeccionará el acto inexistente en la fecha de tal ratificación sin perjuicio de terceros de buena fe excenta de culpa".

Este aspecto ha sido criticado por considerarse que el negocio inexistente no puede ser convalidado, por la obvia razón de su inexistencia y en este caso lo que puede darse es una renovación.

Al establecer la norma en comento que el acto inexistente se perfeccionará en la fecha de la ratificación expresa con el cumplimiento de las solemnidades pertinentes, implica el empleo de una redacción y una terminología confusas y que llevan en sí mismas una contradicción.

Podemos deducir entonces que si en la definición de un negocio jurídico hay un elemento formal (forma ad-solemnitatem o constitutiva) que se omitió por las partes, habrá una falta de plenitud del factum, lo que no obsta para que las mismas partes que intentaron celebrar un negocio jurídico

que no alcanzaron a completar, pueden en cualquier momento, persistiendo en su interés, celebrarlo, sin que el antecedente se lo impida.

Nuestra legislación acoge la teoría de la inexistencia con base en la distinción entre los elementos esenciales y los no esenciales de los actos jurídicos, distingue entre la inexistencia y la nulidad de dichos actos, diferenciándolos así: la nulidad, cualquiera que sea su clase, siempre requiere la declaración judicial y mientras ésta no se de, el acto viciado produce todos sus efectos, como si fuera válido, mientras que el acto inexistente por carecer de alguno de los elementos esenciales no produce efecto alguno desde el punto de vista jurídico. Por lo cual no se requiere la sentencia judicial que si es necesaria tratándose de nulidad; basta pues, tratándose de inexistencia, la simple comprobación de la misma por el juez.

De igual forma se prevé lo referente a la conservación y conversión de los actos jurídicos, en cuya virtud la falta de algunos de los elementos esenciales pero específicos de determinado acto, no conduce inevitablemente a su total ineficacia, siempre y cuando sin contrariar la real voluntad de las partes, se configure un acto distinto que resulte perfecto y válido.

Así pues podemos concluir que: La falta de los elementos esenciales en todo acto jurídico, hace que el hecho aunque exista no se repute como negocio jurídico, ni que se le pueda atribuir la eficacia que a los negocios jurídicos les asigna la ley, de tal forma que el hecho aunque exista no produce efectos jurídicos.

## 9. ASPECTOS PROCESALES:

La inexistencia obra de pleno derecho, por lo cual no es necesario acudir al órgano jurisdiccional para solicitar su declaratoria, sin embargo, pueden haberse efectuado prestaciones derivadas del negocio que se pretendió efectuar, y en tal caso puede darse la necesidad de solicitar al juez su intervención con el fin de dar solución a hechos cumplidos.

Podría también pedirse la declaratoria de inexistencia, sin que ello constituya un contrasentido, por cuanto lo que el juez debe declarar es que determinados hechos o actos existen como tales, pero no alcanzan a tener la categoría de negocio jurídico, por lo cual como tal es inexistente y no produce los efectos correpondientes.

Posiblemente, la aplicación más práctica y frecuente de la teoría de la inexistencia del negocio jurídico podemos encontrarla en la proposición de esta como excepción.

## 10. SOLUCION DE SITUACIONES CONTRAHECHAS:

Puede suceder que al margen del negocio jurídico inexistente se presenten situaciones jurídicas contrahechas, las cuales en principio deben solucionarse aplicando las normas generales y la analogía *iuris* y *legis*.

Si nos encontramos en la práctica ante la realización de un negocio que por carecer de los elementos esenciales, o de formalidad ad-sustancian-actus, se repute inexistente, pero en el cual, las partes en desarrollo de éste, realizaron ciertas prestaciones o cumplieron con determinados

acuerdos, derivándose así efectos a los que es preciso, ante la inexistencia del negocio, dar solución; creo que sería factible acudir a las acciones pertinentes, en cada caso concreto, según el tipo correspondiente, así por ejemplo si se realizó un contrato de compra venta de un inmueble mediante escritura privada y en desarrollo del pretendido contrato se dan las prestaciones mutuas como son el pago del precio y la entrega del inmueble, la solución a esa situación anómala la encontramos en acciones, como el pago de lo no debido o la reivindicatoria, en este caso no sería necesario solicitar al juez la inexistencia del acto como acción, es decir este aspecto se puede y debe aducir dentro de la causa petendi, pero no constituye el aspecto principal de la demanda; ya que la inobservancia de la forma solemne prescrita por la ley para la compra venta de inmuebles, que la constituye la escritura pública, se sanciona con la inexistencia, que opera de pleno derecho sin necesidad de declaración judicial.

### 11. JURISPRUDENCIA:

Con el fin de ilustrar un poco más los temas que he venido tratando en este trabajo citare a continuación algunos apartes de Jurisprudencias de la Corte, en los cuales se tratan temas atinentes al negocio jurídico, la autonomía privada y los efectos del mismo así como lo relativo a la inexistencia, eficacia e ineficacia, validez e invalidez.

“Concebido el negocio jurídico como acto de autonomía privada jurídicamente relevante: acto de auto regulación de los propios intereses, que el ordenamiento recibe y dota de los efectos propios de la figura típica utilizada, en consonancia con los propósitos prácticos ciertos de las partes, subordinados a la validez de la operación, que a su turno estriba en la conformidad de la conducta con las exigencias legales atinentes a la formalidad, regularidad y corrección del negocio, obsérvese como, en pie de que de ordinario el comportamiento dispositivo está impulsado por una intención y decidido por una voluntad, la ley se esmera en proteger a los interesados, autorizándolos para impetrar la nulidad de los actos que realicen sin la conciencia o libertad requeridas para la validez de tales operaciones...”<sup>(6)</sup>

“Dentro de nuestro sistema político, la sociedad y, tras ella, el ordenamiento, reconocen a los particulares competencia para disponer de sus propios intereses, ofreciéndoles a propósito singulares instrumentos típicos que constituyen una consolidación depurada de procedimientos con determinada significación e idoneidad.

De esta suerte, cada forma negocial responde a una concreta función práctico-social que la caracteriza y define, de manera que su recorrido pragmático regular se traduce en la producción de los efectos propios del tipo, correspondientes a aquella función y, de ordinario también a la finalidad que impulsó a quienes celebraron el negocio.

Sin embargo, el mismo ordenamiento, al disciplinar la autonomía privada, en el campo del derecho patrimonial, de por sí más amplio que el atinente a los intereses familiares, en donde los

6. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Sentencia de mayo 4 de 1968. Magistrado Ponente, Dr. Fernando Hinestrosa.

conceptos de orden público sólo permiten una autonomía más restringida tolera que la figura se emplee apenas en apariencia, simplemente para crear un simulacro y mostrar una situación diversa de aquella que corresponde al entendimiento privado, para de tal modo dar al público una determinada impresión, de suyo falsa al propio tiempo que el régimen interno, perfectamente definido, es otro, según el designio particular. De otra parte, también la ley ha permitido que los miembros sociales, en ejercicio de dicha autonomía dispositiva, decididos a una completa atribución patrimonial e insatisfechos con las posibilidades típicas a su alcance o deseos de resultados más enérgicos que los que ellas otorgan, desplieguen su iniciativa a través de figuras cuyas proyecciones superan conocidamente el propósito limitado de las partes que la realizan, quienes así asumen deliberadamente un riesgo mayor del inherente a todo crédito; o que les conceden la oportunidad de conseguir determinados fines por vía indirecta, es decir, por un trámite que no es el inmediato y natural correspondiente a su propósito, pero que, a manera de atajo, les facilita el acceso al efecto buscado...”<sup>(7)</sup>

“El acto de autonomía privada, llamado de por sí a tener prevalencia jurídica, adquiere plena virtualidad a condición del ajuste cabal de la conducta a las prescripciones normativas. Al completarse el recorrido de la definición del tipo negocial empleado por los particulares para proveer a una determinada especie de colaboración intersubjetiva, la figura alcanza existencia jurídica, palpándose entonces su dinámica en el efecto compromisorio o vinculante para sus autores, que les es característico y da aptitud para los resultados prácticos en que seguidamente se proyecta la vinculación típica. Acto social, el negocio jurídico está sometido a las prescripciones legales que atienden a su identificación, regularidad y competente valoración, de modo que sólo se tenga por tal y dote de consecuencias a un comportamiento serio, con respaldo en su significación objetiva y en su corrección singular.

Gozando el individuo de competencia dispositiva de sus intereses y habiéndola de ejercer a través de los moldes sociales, preferentemente dentro de los legalmente denominados y disciplinados, el ordenamiento, a más de recoger las constantes del tráfico para darles consistencia normativa, en su política regulativa subordina en algunas oportunidades el valor de aquellos actos a su versión en determinadas formas o solemnidades, a la vez que de ordinario exige un grado básico de aptitud de conciencia y de libertad en quienes intervienen, y prescribe los conatos de trasgresión de las normas imperativas, estatuidas, antes que para salvaguarda particular, en pro del mantenimiento de un equilibrio general, acentado en el designio de preservación del orden social establecido, arraigado a su turno en una ética básica para su desarrollo.

En tal sentido, el vigor del negocio jurídico se mueve dentro de los hitos extremos de eficacia e ineficacia, con una rica variedad de estados intermedios, reflejo de la multitud de situaciones que ofrece la actividad práctica.

Por ello, las desviaciones de aquel poder en que incurran los miembros sociales están respondidas con reacciones de distinta índole, a tono con la magnitud y trascendencia del descarrío, según

7. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Sentencia de mayo 16 de 1968. Magistrado Ponente, Dr. Fernando Hinestrosa.

el designio legislativo, que provee a la sanción adecuada, en dando a una de la salvación del acto dispositivo y de impedirle todo efecto que pudiera desembocar en mengua de los preceptos fundamentales, orientadores o restrictivos de la dicha autonomía.

El artículo 1502 C.C. enuncia los requisitos generales de validez de la declaración, que en cada materia singular se desarrollan con relación a la figura, en ocasiones, adicionados o modificados a tono con las circunstancias, dentro de una modelación completa, que, en cuanto jurídica, se proyecta en la indicación de los efectos que acompañan el comportamiento conformes o disconformes con la función específica del acto o con esta y la intención cierta de los particulares que lo realizaron, con un tratamiento que, dada la naturaleza de creación del espíritu objetivo que distingue al negocio jurídico, no permite comparaciones naturalistas o su consideración como simple suma o compendio de elementos, puesto que siendo una conducta típica, todo se informa en las mencionadas precisión, delimitación y atribución de resultados, dentro del marco de circunstancias en que el acto se produce, el juego armonioso de factores positivos y particulares, que garantiza la seriedad de la actuación, responsabiliza a su autor y protege la justa confianza depositada en aquella por los demás sujetos.

Cuando quiera que no pueda hacerse la identificación de la figura iuris, porque no alcanzó a completarse su constitución en el mundo del derecho, cualquiera que llegue a ser su manifestación empírica, no puede hablarse de negocio, y las consecuencias que el fenómeno puede traer consigo no serán atribuidas a aquel, que no alcanzó a ser, sino al concreto supuesto de hecho que resulte de lo acontecido, a cuyo tratamiento atiende la ley sin reparar en las reglas atañederas a la autonomía privada, allí intrascendente. En cambio, si el acto llega a estructurar una entidad jurídica, pese a mayúsculas deficiencias o irregularidades en su constitución, existe ya como expresión negocial de necesaria ponderación, de la que se predica validez o invalidez, eficacia o ineficacia, y cuyos resultados, por precarios que sean, tienen en él su origen y razón de ser, aún cuando hayan de desaparecer pronta y totalmente. Así se explica que de ordinario el negocio inválido sea susceptible de "ratificación", convalecencia o conversión.

Ineficaz, en términos globales, es el negocio carente de las consecuencias propias de la autonomía privada en general o de aquellas características de la figura. En tal acepción la ineficacia comprende todo desconocimiento o alteración de dichos resultados, partiendo de la propia negativa del ser o inexistencia, fenómeno que no cuenta en nuestra legislación con una caracterización normativa, pero que es de indispensable contemplación desde un punto de vista lógico y pragmático, frente a reales ocurrencias vitales, que se desenvuelven con entera individualidad...

Inválido es el negocio aquejado de graves defectos congénitos, radicados en el acto en sí: en su contenido, en su orientación, en los intereses dispuestos o en los sujetos que lo celebran. La reacción legal golpea aquí al propio compromiso, condenándolo a su destrucción. El pronunciamiento judicial, indispensable, quebranta el nexo irregular y, por su virtud, al caer la vinculación particular, se disuelven los efectos finales que ella sustenta. De ahí el poder liberatorio de la nulidad y la necesidad de que lo ejecutado no retrotraiga, sin otras salvedades que las propias impuestas por la realidad o que la norma estatuya por razones de orden superior. Es así, en la

descomposición del negocio y en la de sus efectos, como se aprecian las repercusiones de la medida represiva, que se endereza a suprimir la relevancia que trae consigo la conducta dispositiva, que subsiste mientras no venga el decreto en contrario del juez...

La ineficacia en sentido propio o restringido, consiste en la alteración de los resultados finales de la figura, aquellos que responden a su función práctico-social, cimentados en el compromiso, pero que no se confunden con él; alteración en múltiples aspectos: por estipulación particular que refiere tales efectos a acontecimientos, ciertos o aleatorios, en forma de condición, término o modo; por determinación legal, que los subordina en su iniciación o en su permanencia a determinados factores contingentes (condicio iuris); o por la fuerza de una impugnación de parte o de un extraño legitimado para ello, factores exógenos, pero referidos al negocio, en íntima conexión con él, que influyen decisivamente en su marcha, sin afectar su validez, circunscritos en su operancia a los resultados prácticos de la reglamentación de intereses..."

Discriminada la nulidad en su entidad específica como una concreta medida legal, propia del negocio jurídico en el derecho privado, eliminatoria de sus efectos, los puramente vinculantes o negociales, se ofrece como sanción rezumante de la particular naturaleza dinámica del fenómeno en cuestión, con sabor represivo y eliminatorio a la vez, que emerge de la necesidad de negar o limitar los alcances de los negocios contrarios al derecho, como la actitud más apropiada para tales contingencias, de donde su entidad, mejor que de irrelevancia del comportamiento, de negación y supresión de la trascendencia que posee, con lo que garantiza el impero fundamental de la ilegalidad en las relaciones particulares resultantes de la iniciativa privada.

Según la redacción del artículo 1740 C.C., "es nulo todo acto o contrato a que falta alguno de los requisitos que la ley prescribe para el valor del mismo acto o contrato según su especie y la calidad o estado de las partes".

Tradicionalmente, al poner en juego esta disposición con el artículo 1502 citado, inadecuadamente se han solido explicar validez y eficacia del negocio jurídico en función de agregado de elementos y requisitos legales, cuya ausencia o vicio determinaría la falta de la operación a su nulidad, asimilada esta a todo género de ineficacia; e inclusive se ha llegado a concebir el negocio como una yuxtaposición mecánica de dichos factores, cayendo en un círculo vicioso al fundamentar la validez en la ausencia de motivos de nulidad y explicar esta por la presencia de los factores características de la reacción...

La invalidez no es una creación lógica, sino legal; es una categoría iuris concebida y disciplinada por el ordenamiento, que se aplica frente a ciertas disposiciones en que las partes incurran en su afán dispositivo (casación mayo 13 1968), ante la actuación de los agentes adviértese: su desentendimiento en los casos de inexistencia de la figura; su patrocinio de los negocios completos y regularmente conformados, y su activa repudiación de las conductas que le son contrarias...<sup>(8)</sup>

8. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Sentencia de mayo 21 de 1968. Magistrado Ponente, Dr. Fernando Hinestrosa.

**CONCLUSION**

Después de haber hecho un análisis de las diferentes teorías con respecto a la figura de la inexistencia del negocio jurídico, puedo concluir que: desde el punto de vista de la simple lógica se puede entender que al hablar de inexistencia nos referimos a algo que no existe para el derecho, de tal suerte, que el negocio inexistente sencillamente no lo es, sin embargo, el problema se presenta frente a las consecuencias que de este puedan surgir; aunque parezca un contrasentido hablar de consecuencias de lo que no existe, en la práctica, del acontecer cotidiano de los negocios se presentan situaciones en las que las personas han pretendido efectuar un negocio que resulta jurídicamente inexistente por carecer de sus elementos esenciales o de su formalidad constitutiva ; pero que sin embargo, ha producido situaciones marginales que requieren de una decisión judicial; dado que no podemos buscar esa solución en la nulidad puesto que para que el negocio jurídico sea susceptible de ella es necesario que exista, se hace necesario hallar el mecanismo adecuado de solución y posiblemente esta sea la razón que ha llevado a una parte de la doctrina a predicar la teoría de la autonomía de la inexistencia del negocio jurídico.

Es claro que nuestra Legislación Civil no prevé en forma expresa la inexistencia del negocio jurídico, sin embargo, a mi modo de ver, podemos encontrarla en forma implícita, en algunas normas. El Código de Comercio por el contrario sí establece la inexistencia en norma expresa.



**BIBLIOGRAFIA**

BETTY, Emilio. Teoría general del negocio jurídico, Tercera edición. 1983. Traducción y comentarios con el derecho español por A, MARTIN PEREZ, editorial de revistas de derecho privado, Madrid.

BIGLIAZZI GERI, Lina; BRECCIA, Humberto; D. BUSNELLI, Francesco y NATOLI, Ugo. Derecho Civil. Tomo 1, volumen 2, hechos y actos jurídicos. Traducción Dr. Fernando Hinestrosa. Universidad Externado de Colombia.

CODIGO CIVIL COLOMBIANO. Legis Editores S.A.

DE LA CALLE L., Humberto. La inoperatividad del acto jurídico, Monografías jurídicas. 1990.

G. OSPINA F./E. OSPINA A., Teoría general de los actos o negocios jurídicos, segunda edición. Editorial Temis. 1983.

HINESTROSA FORERO, Fernando. Derecho Comercial Colombiano. Medellín 1985, Conferencias Universidad Externado de Colombia.

HINESTROSA FORERO, Fernando. Derecho Civil Obligaciones. Publicación Universidad Externado de Colombia. Bogotá 1969.

HINESTROSA, Fernando y NAMEN, William. Negocio Jurídico. Texto guía postgrado de derecho comercial. Universidad Externado de Colombia, UNAB.

NUEVO CODIGO DE COMERCIO. Legis Editores S.A.

SCOGNAMIGLIO, Renato. Teoría General del Contrato, Traducción del doctor Fernando Hinestrosa, Conferencias Universidad Externado de Colombia.

