

LA TEORIA DE LA INEXISTENCIA EN EL DERECHO POSITIVO COLOMBIANO

Por SAMUEL SYRO G.

Jurídicamente no es posible confundir, ni desde un punto de vista teórico, ni desde un punto de vista rigurosamente práctico, la noción de inexistencia de los actos jurídicos, con la idea de nulidad absoluta o de nulidad relativa. Entre estos conceptos existen diferencias sustanciales, las cuales no pueden ser desconocidas hoy por la jurisprudencia y la doctrina de ningún estado. En el Derecho Positivo Colombiano, aunque el Código Civil no ha consagrado en forma expresa la noción de la inexistencia, como lo hizo el Código Mejicano, (artículo 2224 del Código Civil Mejicano) existen numerosos textos que autorizan su aplicación. El simple hecho de que el artículo 1.741 del Código Civil, al hablar de las causales de nulidad absoluta, no las haya confundido con las causales de inexistencia, indica claramente que la finalidad del legislador se orientó hacia la distinción de estos dos fenómenos. De otra manera, hubiera incluido como causales de nulidad absoluta, no sólo la falta de formalidades o requisitos indispensables para el valor de ciertos actos, la incapacidad absoluta, la causa y el objeto ilícitos, sino también la falta de la solemnidad misma y la falta del consentimiento del objeto y de la causa, las cuales producen siempre la inexistencia del acto.

La distinción tácita que consagra el artículo 1741, entre inexistencia y nulidad, complementada con otros artículos en donde el legislador ha exigido categóricamente el objeto, la causa, el consentimiento total y las solemnidades, como elementos indispensables para la existencia de un acto jurídico, son suficiente argumento para sostener que en el Derecho Colombiano, *la falta de una de estas condiciones, determina de manera definitiva la inexistencia del acto, imposible de sanearse por confirmación o prescripción e imposible de producir efecto juri-*

dico alguno. Así, la inexistencia por falta de objeto, se deduce en forma irrefutable del artículo 1517 del Código Civil, cuando dice que “toda declaración de voluntad debe tener por objeto una o más cosas que se trata de dar, hacer o no hacer”... , lo cual significa que a faltar dicho objeto, no existirá acto jurídico alguno. Igual cosa debe decirse respecto de la causa, exigida por el art. 1524 como condición ineludible para la existencia de un acto, al establecer que “no puede haber obligación sin una causa real y lícita; pero no es necesario expresarla... Se entiende por causa el motivo que induce al acto o contrato; y por causa ilícita la prohibida por la ley, o contraria a las buenas costumbres o al orden público”... En relación con el consentimiento o en general con la manifestación de voluntad, tradicionalmente considerado como el primero de los elementos esenciales para que un acto nazca a la vida jurídica, es principio aceptado en todas las legislaciones del mundo, que cuando éste falta de manera absoluta, como sucedería en los casos de error en cuanto a la naturaleza del contrato o en cuanto a la identidad del objeto, el acto que se hubiere pretendido celebrar, será siempre un acto inexistente, una nada jurídica.

Pero la inexistencia no sólo se produce por la falta de objeto, de consentimiento o de causa, sino principalmente y con mayor frecuencia, por la falta de la solemnidad exigida por la ley, como indispensable para la existencia del acto jurídico. Dicha falta de solemnidad, constituye actualmente, en casi todas las legislaciones del mundo, el campo más amplio de aplicación de la doctrina de la inexistencia. A ello ha contribuido muchísimo, la tendencia eminentemente simbolista y formalista del Derecho Positivo Moderno, el cual trata de convertir en solemnes las más diversas clases de actos jurídicos, con el fin de comunicar una mayor seguridad a las relaciones contractuales, cada vez más numerosas y complicadas. De este modo, en la actualidad ya no es suficiente la voluntad, el objeto y la causa para que un contrato se reputé existente, sino que en un gran número de hipótesis, el acto jurídico se considera inexistente y como si nunca se hubiera celebrado, mientras no se cumpla la solemnidad expresamente prescrita por la ley. Por estos motivos y por la facilidad con que una tal inexistencia se presenta siempre a la consideración del juez, desde principios de este siglo la jurisprudencia ha hecho continua alusión a ella, como el resultado inmediato de no haberse cumplido la solemnidad prescrita por la ley para la existencia misma del acto jurídico. Así, la Corte de Casación Francesa y algunos tribunales ingleses, frecuentemente han cali-

ficado de inexistentes, aquellos matrimonios aparentes en donde no se ha observado la solemnidad exigida por la ley. (Véase: "Répertoire de Droit Français", Contrat de Mariage, número 253 a 281). A este respecto, en Colombia la Jurisprudencia de la Corte, al considerar ciertos actos carentes de la solemnidad necesaria para su existencia, se ha visto también en la obligación de distinguir el acto inexistente, del acto simplemente nulo, aunque sin asignarle a la distinción la importancia fundamental que reviste desde todo punto de vista. Refiriéndose por ejemplo a los actos que traen consigo cambios o mutaciones en la propiedad inmueble, la Corte Suprema de Justicia en sentencia de 7 de junio de 1904 sostuvo que "La falta de la escritura pública en los contratos que tienen por objeto las mutaciones de la propiedad raíz, *no produce nulidad absoluta sino inexistencia, pues siendo estos contratos solemnes, al faltar las solemnidades respectivas no se puede decir que ellos han existido.* No debe confundirse, añade la sentencia mencionada, la inexistencia de un contrato con la nulidad absoluta de que el mismo contrato pueda adolecer. Hay convenciones que por infinidad de circunstancias tienen necesariamente que reputarse inexistentes, es decir, que nunca han existido ni real ni jurídicamente, como por ejemplo, la compraventa de bienes raíces que se hiciera constar por documento privado". En una sentencia mucho más reciente de 15 de mayo de 1941, la Corte ha repetido una tesis idéntica a la anterior, en relación con la inexistencia por falta de solemnidades, al establecer que "Si dos personas han entendido celebrar la compra-venta de un inmueble sin escritura pública, ese contrato no existe y aquel erróneo concepto de haberse celebrado no da asidero a una acción de nulidad, sencillamente porque no hay contrato que anular... Pero si se supone que tal contrato se ha celebrado, es decir, si se otorgó escritura pública, y que por ejemplo adolece de ilicitud en su causa o en su objeto o en ambos, se tiene que en este caso sí hay contrato y, por tanto, algo atacable, y al propio tiempo, que, por lo mismo, para llegar a que no lo haya es preciso que desaparezca, infirmado por voluntaria declaración de las partes o por sentencia judicial. Sin esta infirmación, el contrato permanece en pie como tal, por vicioso que sea. (Casación, tomo I, números 1.966, 1967 y 1968, mayo 15 de 1941).

De lo anterior se deduce, cómo la Jurisprudencia de nuestra Corte Suprema no ha sido por completo indiferente al problema de los actos jurídicos inexistentes, ocupándose con ellos especialmente en los casos en los cuales se ha omitido la solemnidad indispensable para que

el acto pueda existir. *Pero la falta de la solemnidad legal, como causal de inexistencia, es completamente distinta de la omisión de una o alguna de las formalidades o requisitos inherentes a la solemnidad misma, la cual omisión determina sólo la nulidad absoluta a que hace alusión el artículo 1.741.* Por consiguiente, cuando existe la solemnidad, pero dentro de ella faltan ciertas formalidades o requisitos, el acto no será ya inexistente sino apenas nulo. En tal caso se han cumplido las condiciones, necesarias para su valor, para su plena eficacia y validez. Esta nulidad absoluta proveniente de la falta de formalidades o requisitos indispensables para el valor del acto, es bastante frecuente en todos aquellos casos en que se exige ineludiblemente una escritura pública, como solemnidad necesaria para que el contrato exista jurídicamente. Si en una hipótesis como ésta, la escritura pública se ha otorgado efectivamente; pero o se ha omitido en su otorgamiento alguna de las formalidades o requisitos legales, aunque el acto existe, estará viciado de una nulidad absoluta, la cual hará restaurar todas las cosas a su estado primitivo, cuando el juez la pronuncie. A esta clase de formalidades que deben reunir las escrituras públicas y cuya falta produce nulidad absoluta de las mismas y por consiguiente del acto, se refiere el artículo 2.595 del Código Civil, cuando dice que "*son formalidades sustanciales en las escrituras públicas, cuya falta invalida el instrumento, sin perjuicio de los motivos legales de nulidad de los actos o contratos que pasan ante los notarios, las siguientes: la expresión del lugar y fecha del otorgamiento; la denominación legal del notario ante quien se otorga; los nombres y apellidos, sexo, edad y vecindad de los otorgantes o de sus representantes legales; las firmas enteras de los otorgantes, de los testigos de abono en su caso, y de las otras personas que hayan intervenido en el acto o contrato o de las que firman por ruego de aquellos que no puedan o no sepan hacerlo; y las firmas enteras de los testigos instrumentales y del notario.*" Excepcionalmente, según el artículo 333 de la Ley 57 de 1887 "no se anularán los instrumentos públicos por la omisión de las formalidades del artículo 2.595 del Código Civil, cuando sean conocidos el notario ante quien se otorgaron, las personas que intervinieron como otorgantes, aceptantes y testigos, y sean suyas las firmas aunque no sean enteras". Fuera de estos casos de formalidades relativas a escrituras públicas, existen otras muchas hipótesis en que éstas hacen parte de una solemnidad distinta, como es por ejemplo la presencia del juez de la vecindad de la mujer y la de dos testigos hábiles y previamente juramentados, exi-

gida como solemnidad indispensable para la existencia de un matrimonio civil, la cual supone a su vez ciertas formalidades consistentes en la competencia de ese mismo juez y de los testigos. Por consiguiente, cuando esta formalidad falte, cuando el juez y los testigos ante quienes se ha celebrado el matrimonio civil son incompetentes, el matrimonio existirá, por haberse cumplido la solemnidad, pero estará viciado de nulidad absoluta, por carecer de las formalidades o requisitos indispensables para su validez. En consecuencia, es necesario distinguir siempre, cuando falta la solemnidad misma indispensable para la existencia del acto, y cuando falta únicamente una formalidad de esta solemnidad, en cuyo caso no hay inexistencia, sino nulidad absoluta, susceptible de sanearse por confirmación o por prescripción.

Así, pues, en el Derecho Colombiano, la inexistencia por falta de solemnidades, se entiende respecto de todos aquellos actos en los cuales la ley ha exigido expresamente, una solemnidad consistente ya en la escritura pública, ya en documento privado, ya en la presencia del juez y de un cierto número de testigos, etc., solemnidad sin la cual el acto no tiene existencia alguna, ni es susceptible de sanearse por confirmación o prescripción. El Código Civil Colombiano, en las diversas hipótesis en que exige las solemnidades mencionadas, como condiciones necesarias para que el acto pueda nacer y tener verdadera existencia, es absolutamente categórico y rotundo. Refiriéndose por ejemplo a la adopción, además del permiso del juez, el Código Civil exige ineludiblemente, *el otorgamiento de la correspondiente escritura pública, ante el notario respectivo, sin la cual la adopción no existe*. Tal escritura será firmada por el juez que concede el permiso, el adoptante, el adoptado, y en su caso también, por la persona que haya prestado el consentimiento para la adopción, autorizándola el notario y dos testigos. (Artículo 280 del Código Civil). Son también inexistentes, *por falta de la solemnidad de la escritura pública, las donaciones a título universal, aunque todos los bienes sean muebles*. (Artículo 1.464 del Código Civil). En estas mismas donaciones a título universal, el Código requiere además un inventario solemne, pero la omisión de éste, sólo produce la nulidad absoluta de la donación, mas no la inexistencia, la cual únicamente puede provenir en este caso de la falta de la escritura pública. Cuando la donación entre vivos versa sobre bienes raíces, con mayor razón será inexistente, en caso de faltar la escritura pública, e igual cosa debe decirse de la remisión de una deuda relativa a bienes inmuebles, cuando se ha verificado sin escritura pública. (Art. 1.457

del C. C.). De manera idéntica, son también inexistentes por carecer de escritura pública debidamente registrada, todos los actos jurídicos relativos a inmuebles, como la compraventa de bienes raíces (art. 1.857 del C. C.), la hipoteca que debe constar siempre en escritura pública, registrable únicamente durante el término de noventa días, y la cual puede ser la misma del contrato a que accede, y los fideicomisos, usufructos y derechos de uso y habitación que versen sobre inmuebles. (Arts. 2.434, 796, 826 y 871 del Código Civil). Las capitulaciones matrimoniales, cuando ascienden a más de mil pesos, en caso de no otorgarse por escritura pública, serán inexistentes, no tendrán valor alguno, según el artículo 1.772 del C. C. Será inexistente igualmente, al tenor de los artículos 2290 y 2292 del C. C., el contrato de constitución de renta vitalicia, que no se haya otorgado por escritura pública, aunque lo que se pague por el derecho de percibir la renta consista en dinero o en otras especies inmuebles. Fuera de estos ejemplos, en todas las otras hipótesis en que la ley ha exigido en general un instrumento público, como condición necesaria para la existencia de un cierto acto jurídico, su falta hará siempre el acto inexistente, según se desprende del artículo 1760 cuando dice que “la falta de instrumento público no puede suplirse por otra prueba en los actos y contratos en que la ley requiere esa solemnidad; y se mirarán como no ejecutados o celebrados aun cuando en ellos se prometa reducirlos a instrumento público, dentro de cierto plazo, bajo una cláusula penal: esta cláusula no tendrá efecto alguno”.

Además de los actos citados antes, en que la inexistencia se produce por falta de una solemnidad consistente en la escritura pública, existen otros casos en los cuales la solemnidad consiste apenas en un documento privado, cuya omisión hace asimismo el acto inexistente. En relación, por ejemplo, con la promesa de contrato, el artículo 89 de la Ley 153 de 1887 establece como condición necesaria para su existencia, un documento privado firmado por las partes. Por otra parte, respecto de las capitulaciones matrimoniales, cuando no ascienden a más de mil pesos los bienes aportados al matrimonio por ambos esposos juntamente, y cuando en estas capitulaciones no se constituyen derechos sobre bienes raíces, en caso de faltar la constancia en escritura privada, firmada por las partes y por tres testigos domiciliados en el territorio, no tendrán existencia, ni valor alguno. (Artículo 7772 del C. C.). Hay también inexistencia del acto jurídico, por falta de la solemnidad consistente en una simple escritura privada en las donaciones

de bienes muebles a plazo o bajo condición (Art. 1460 del Código Civil).

Pero no sólo en el Derecho Civil, sino aún en el campo del Derecho Mercantil, en donde la rapidez de las transacciones debiera exigir siempre el menor número de solemnidades, existen muchos casos de actos de comercio, en los cuales la omisión de éstas produce la inexistencia. Así, conforme al artículo 638 del Código de Comercio, el contrato de seguros que no conste en escritura privada, carecerá por completo de existencia jurídica, e igual cosa puede decirse de la fianza y de la prenda mercantiles, en donde la carencia de un escrito auténtico, bien escritura pública o documento privado reconocido, registrado, etc., deja el acto sin existencia, sin ningún valor ni efecto. (Art. 953 del Código de Comercio relativo a la fianza y art. 16 de la ley 27 de 1888 sobre la prenda mercantil como acto solemne). Excepcionalmente, la falta de solemnidades no produce inexistencia en el Derecho Mercantil, en relación con el contrato de sociedad, por el cual se constituye una compañía anónima, colectiva o de responsabilidad limitada, en donde se ha querido proteger siempre los intereses de terceros que han contraído obligaciones con la sociedad aparente. Por esta causa, la omisión de las solemnidades legales en esta clase de actos jurídicos, produce una nulidad absoluta de carácter especialísimo, en cuanto sólo tiene efectos entre las partes, sin ser nunca oponible a los terceros de buena fe.

El Derecho Positivo Colombiano, como se desprende del análisis anterior, no ha sido por completo ajeno a la noción de inexistencia. Por el contrario, a través de muchos de sus textos legales, existen argumentos poderosos, para insistir una y otra vez sobre la necesidad de aplicar ampliamente esta teoría, como único medio de evitar las graves contradicciones en que suelen incurrir jueces y magistrados, al confundir la inexistencia con las nulidades. Si antes, cuando la nulidad absoluta se consideraba siempre como algo imposible de sanearse por confirmación o por prescripción, se justificaba en cierta forma que pudiera confundirse con la inexistencia, ahora resulta inexplicable semejante confusión, después de la vigencia de la ley 50 de 1936, conforme a la cual todas las nulidades absolutas pueden sanearse por prescripción de veinte años, y aún por confirmación de las partes, cuando no provienen de objeto o causa ilícitos. De esta manera, dicha ley ha venido a acentuar cada vez más las diferencias fundamentales que hacen de las nulidades, en cuanto vicios que afectan la validez del acto y que



pueden sanearse por confirmación o por prescripción, figuras jurídicas perfectamente distintas de la inexistencia de un acto, la cual nunca es susceptible de sanearse por medio alguno. Así, jamás podrá consolidarse jurídicamente, el matrimonio civil que ha pretendido celebrarse sin la presencia del juez y de los testigos respectivos, ni será nunca posible sanear por confirmación o prescripción, la compraventa de inmuebles realizada consensualmente, etc. No sucedería lo mismo si se tratara en estos casos de simple nulidad absoluta o relativa, porque entonces habría siempre la posibilidad de hacer desaparecer el vicio, mediante el empleo de los medios de saneamiento, que al respecto establece la ley. Pero no sólo desde este punto de vista puramente sustantivo, resulta conveniente en nuestro Derecho la distinción entre la inexistencia y las nulidades, sino también desde el punto de vista probatorio. En efecto, tratándose de la inexistencia, en cualquier momento en que se discuta entre las partes o terceros, la calidad de tal de un acto jurídico, bastará la mera solicitud del interesado, ante la cual el juez se limitará a reconocer el carácter inexistente del acto, sin dictar ninguna sentencia declarativa, ni exigir pruebas especiales como en las hipótesis de nulidades. Todas estas razones indican pues, los aspectos esencialmente distintos de la inexistencia y de las nulidades, las consecuencias que se desprenden de uno y otro fenómeno, y la necesidad de mantener siempre infranqueable, el abismo que coloca a cada uno de ellos, en campos claramente independientes.

SAMUEL SYRO G.