

Andrés Felipe Navarrete Basto

LA APLICACIÓN DE LA INEFICACIA NEGOCIAL EN
COLOMBIA: ENTRE PRAGMATISMO E IDEALISMO

Tesis de grado para optar al título de abogado

Universidad Externado de Colombia
Facultad de Derecho
Departamento de Derecho Civil
Bogotá D.C.
2018

Universidad Externado de Colombia
Departamento de Derecho Civil
Facultad de Derecho

Rector

Dr. Juan Carlos Henao Pérez

Secretaria General

Dra. Martha Hinestrosa Rey

**Director del Departamento
de Derecho Civil**

Dr. Felipe Navia Arroyo

Director de Tesis

Dr. Édgar Cortés Moncayo

Presidenta de Tesis

Dra. Margarita Morales Huertas

Examinadores

Dr. Fernando Alarcón Rojas
Dr. Carlos Chinchilla Imbett

A Ana Judith, Elba y Alberto por la indeleble paciencia y cariño

TABLA DE CONTENIDO

INTRODUCCIÓN	1
CAPÍTULO I	
ACOTACIONES GENERALES EN TORNO A LA INEFICACIA DEL NEGOCIO JURÍDICO	
SECCIÓN PRIMERA: el concepto de ineficacia del negocio jurídico: sentido lato y restringido	
1. INTRODUCCIÓN	4
2. LENGUAJE NATURAL Y ETIMOLOGÍA DE LA PALABRA 'INEFICACIA'	5
3. CONCEPTO DE INEFICACIA EN SENTIDO AMPLIO O LATO	6
4. EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL DE LA INEFICACIA EN SENTIDO AMPLIO	6
5. CONCEPTO DE LA INEFICACIA EN SENTIDO PROPIO O RESTRINGIDO	8
SECCIÓN SEGUNDA: las concreciones o manifestaciones de la ineficacia del negocio jurídico	
6. INTRODUCCIÓN	9
I. LA INEXISTENCIA DEL NEGOCIO JURÍDICO	
7. INTRODUCCIÓN A LA INEXISTENCIA DEL NEGOCIO JURÍDICO	10
8. ORIGEN HISTÓRICO DE LA INEXISTENCIA DEL NEGOCIO JURÍDICO	10
9. RECEPCIÓN DE LA INEXISTENCIA DEL NEGOCIO JURÍDICO EN EL ORDEN JURÍDICO COLOMBIANO	11
10. CONCEPTO DE LA INEXISTENCIA DEL NEGOCIO JURÍDICO	14
11. CRÍTICAS A LA CATEGORÍA DE LA INEXISTENCIA DEL NEGOCIO JURÍDICO	16
12. EFECTOS DE LA INEXISTENCIA DEL NEGOCIO JURÍDICO	17
II. LA RESOLUCIÓN DEL NEGOCIO JURÍDICO	
13. INTRODUCCIÓN A LA RESOLUCIÓN DEL NEGOCIO JURÍDICO	17
14. ORIGEN HISTÓRICO DE LA RESOLUCIÓN DEL NEGOCIO JURÍDICO	17
15. RECEPCIÓN DE LA RESOLUCIÓN DEL NEGOCIO JURÍDICO EN EL ORDEN JURÍDICO COLOMBIANO	21
16. CONCEPTO DE LA RESOLUCIÓN DEL NEGOCIO JURÍDICO	23
17. LA RESOLUCIÓN DEL NEGOCIO JURÍDICO: ¿ES, STRICTO SENSU, UNA “CONDICIÓN”?	24
18. ¿MANIFESTACIÓN DE LA INEFICACIA DEL NEGOCIO JURÍDICO O REMEDIO NEGOCIAL?	25
19. EFECTOS DE LA RESOLUCIÓN DEL NEGOCIO JURÍDICO	25

III. LA NULIDAD DEL NEGOCIO JURÍDICO

20. INTRODUCCIÓN A LA NULIDAD DEL NEGOCIO JURÍDICO	27
21. EL ORIGEN HISTÓRICO DE LA NULIDAD DEL NEGOCIO JURÍDICO	28
22. LA RECEPCIÓN DE LA NULIDAD DEL NEGOCIO JURÍDICO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COLOMBIANO	30
23. CONCEPTO DE LA NULIDAD DEL NEGOCIO JURÍDICO	33
24. EFECTOS DE LA NULIDAD DEL NEGOCIO JURÍDICO	35

IV. LA RESCISIÓN DEL NEGOCIO JURÍDICO

25. INTRODUCCIÓN A LA RESCISIÓN DEL NEGOCIO JURÍDICO	37
26. HISTORIA DE LA RESCISIÓN DEL NEGOCIO JURÍDICO	37
27. RECEPCIÓN DE LA RESCISIÓN DEL NEGOCIO JURÍDICO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COLOMBIANO	41
28. CONCEPTO DE LA RESCISIÓN DEL NEGOCIO JURÍDICO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COLOMBIANO	43
29. LA RESCISIÓN DE CARA A LA ANULABILIDAD DEL NEGOCIO JURÍDICO	44
30. LOS EFECTOS DE LA RESCISIÓN DEL NEGOCIO JURÍDICO	45

V. LA INEFICACIA DE PLENO DERECHO DEL NEGOCIO JURÍDICO

31. INTRODUCCIÓN A LA INEFICACIA DE PLENO DERECHO DEL NEGOCIO JURÍDICO	47
32. ORIGEN HISTÓRICO DE LA INEFICACIA DE PLENO DERECHO DEL NEGOCIO JURÍDICO	47
33. CONCEPTO DE LA INEFICACIA DE PLENO DERECHO DEL NEGOCIO JURÍDICO	52
34. LA INEFICACIA DE PLENO DERECHO DE CARA A LA INEXISTENCIA DEL NEGOCIO JURÍDICO	53
35. LOS EFECTOS DE LA INEFICACIA DE PLENO DERECHO DEL NEGOCIO JURÍDICO	54

VI. LA INOPONIBILIDAD DEL NEGOCIO JURÍDICO

36. INTRODUCCIÓN A LA INOPONIBILIDAD DEL NEGOCIO JURÍDICO	55
37. ORIGEN HISTÓRICO DE LA INOPONIBILIDAD DEL NEGOCIO JURÍDICO	56
38. CONCEPTO DE LA INOPONIBILIDAD DEL NEGOCIO JURÍDICO	58
39. RECEPCIÓN DE LA INOPONIBILIDAD DEL NEGOCIO JURÍDICO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COLOMBIANO	59
40. LA INOPONIBILIDAD DEL NEGOCIO JURÍDICO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COLOMBIANO: ¿FORMA DE LA INEFICACIA NEGOCIAL?	61
41. EFECTOS DE LA INOPONIBILIDAD DEL NEGOCIO JURÍDICO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COLOMBIANO	61

CAPÍTULO II

LA APLICACIÓN DE LA INEFICACIA DEL NEGOCIO JURÍDICO

SECCIÓN PRIMERA: los mecanismos jurídicos de aplicación del Derecho

42. INTRODUCCIÓN	62
43. ¿QUÉ SIGNIFICA “APLICAR” EN EL CONTEXTO DEL DERECHO?	62
44. ¿CÓMO SE “APLICA” EL DERECHO?	63

I. LA SUBSUNCIÓN

45. CONCEPTO DE SUBSUNCIÓN	66
46. CRÍTICAS A LA SUBSUNCIÓN	67

II. LA PONDERACIÓN

47. CONCEPTO DE PONDERACIÓN	68
48. CRÍTICAS A LA PONDERACIÓN	70
49. LA PONDERACIÓN DE CARA A LA SUBSUNCIÓN	71

III. LA MATERIALIZACIÓN DE LA SUBSUNCIÓN Y LA PONDERACIÓN

50. LAS “DECLARACIONES” PÚBLICAS O PRIVADAS	72
51. ¿ <i>IPSO IURE O IPSO FACTO</i> ?	74

SECCIÓN SEGUNDA: la aplicación de la ineficacia negocial y sus concreciones

52. INTRODUCCIÓN	75
53. ¿SUBSUNCIÓN O PONDERACIÓN EN LA APLICACIÓN DE LA INEFICACIA NEGOCIAL EN SENTIDO AMPLIO?	75
54. LA PONDERACIÓN EN LA APLICACIÓN DE LA INEFICACIA NEGOCIAL: CONSERVACIÓN DEL NEGOCIO JURÍDICO	77
55. LA PONDERACIÓN EN LA APLICACIÓN DE LA INEFICACIA NEGOCIAL: CONSERVACIÓN DEL NEGOCIO JURÍDICO Y DERECHOS FUNDAMENTALES	82
56. EL RESULTADO DE LA SUBSUNCIÓN Y DE LA PONDERACIÓN EN MATERIA DE INEFICACIA NEGOCIAL	85
57. CONCLUSIÓN PARCIAL	86

I. LA MATERIALIZACIÓN DE LA INEXISTENCIA DEL NEGOCIO JURÍDICO

58. LA REGLA GENERAL	87
59. LA EXCEPCIÓN A LA REGLA GENERAL	89

II. LA MATERIALIZACIÓN DE LA RESOLUCIÓN DEL NEGOCIO JURÍDICO

60. LA REGLA GENERAL	92
----------------------	----

61. LA EXCEPCIÓN A LA REGLA GENERAL	95
62. EL CONTRATO DE SEGURO (ARTÍCULO 1068 DEL CÓDIGO DE COMERCIO COLOMBIANO)	101
63. EL CONTRATO DE SUMINISTRO (ARTÍCULO 973 DEL CÓDIGO DE COMERCIO COLOMBIANO)	105
64. EL DERECHO DE RETRACTO EN LOS CONTRATOS DE CONSUMO (ARTÍCULO 47 DE LA LEY 1480 DE 2011)	107
65. ¿EL “DESISTIMIENTO UNILATERAL” EN EL CONTRATO DE COMPRAVENTA (ARTÍCULO 1882 DEL CÓDIGO CIVIL COLOMBIANO)?	110
66. LA COMPRAVENTA INTERNACIONAL DE MERCADERÍAS (LEY 518 DE 1999 O CONVENCIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE LOS CONTRATOS DE COMPRAVENTA INTERNACIONAL DE MERCADERÍAS)	114
67. OTRAS HIPÓTESIS DE RESOLUCIÓN O TERMINACIÓN MATERIALIZADA POR DECLARACIÓN PRIVADA	117
III. LA MATERIALIZACIÓN DE LA NULIDAD DEL NEGOCIO JURÍDICO	
68. LA REGLA GENERAL	119
69. LA EVENTUAL EXCEPCIÓN A LA REGLA GENERAL	122
IV. LA MATERIALIZACIÓN DE LA RESCISIÓN DEL NEGOCIO JURÍDICO	
70. LA ÚNICA REGLA EN LA MATERIA	124
V. LA MATERIALIZACIÓN DE LA INEFICACIA DE PLENO DERECHO DEL NEGOCIO JURÍDICO	
71. LA REGLA GENERAL	126
72. LA EXCEPCIÓN A LA REGLA GENERAL	128
VI. LA MATERIALIZACIÓN DE LA INOPONIBILIDAD DEL NEGOCIO JURÍDICO	
73. LA REGLA GENERAL	128
74. LA EXCEPCIÓN A LA REGLA GENERAL	130
CONCLUSIONES GENERALES	132
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	134
JURISPRUDENCIA	148

INTRODUCCIÓN

Al emprender el estudio del Derecho, ineluctablemente, se presentan tres problemas a considerar, esto es, aquellos relacionados con “la *fuerza* del derecho, su *finalidad* y su *aplicación*, incluyendo en esta [sic] última el complejo problema referido a los métodos por medio de los cuales el derecho es o puede hacerse eficaz”¹. En efecto, un punto relevante de reflexión en toda arista de la disciplina jurídica es el tocante con la manera en que se aplica el Derecho, en tanto que su vocación -más allá de la finalidad puntual que se pretenda concretar- es la de materializarse en la *praxis*².

Es en torno a la reflexión de la aplicación del Derecho que dimanan las categorías jurídicas de eficacia e ineficacia, las cuales, en términos generales, designan la correspondencia o falta de correspondencia entre “las normas [jurídicas] y las acciones humanas”³ a fin de indicar la producción o no producción de efectos jurídicos. Ahora bien, siendo que la aplicación del Derecho es una reflexión común a todo ámbito de la disciplina jurídica, no resulta extraño que, bajo la égida de la teoría general del contrato o, más ampliamente, del negocio jurídico, las categorías jurídicas de la eficacia e ineficacia revistan una especial importancia, en razón a que “el contrato se dirige, esencialmente, a producir efectos jurídicos, pues no es otra cosa que un acuerdo con miras a constituir, modificar o extinguir relaciones jurídicas”⁴, o lo que es lo mismo, la finalidad del instituto contractual es la proyección de efectos jurídicos, lo mismo puede afirmarse respecto del negocio jurídico, ya que aquel es “acto de voluntad, declaración de voluntad enderezada a fines jurídicos y *productora de modificaciones de derecho*: creación, transformación, mantenimiento o extinción de situaciones y relaciones jurídicas”⁵ (cursiva por fuera del texto original).

En este sentido, el desenvolvimiento de la eficacia o ineficacia del contrato o del negocio jurídico, ha generado variados cuestionamientos de índole general, como aquellos referidos a ¿qué es la eficacia y la ineficacia?, ¿cuál es su origen?, ¿por qué existe la eficacia y la

¹ Dewey, J., “Mi filosofía del derecho”, en *Revista de Derecho Privado*, trad. Alberto Supelano, Pablo Moreno Cruz, Universidad Externado de Colombia, n.º 24, 2013, p. 337.

² Por supuesto se trata de un escenario ideal, habida cuenta de que no siempre el Derecho proveído o consagrado es el que resulta aplicado; incluso podría sostenerse que es una vicisitud connatural a la teoría jurídica y a la administración de justicia. Dicha circunstancia es una divergencia descrita con claridad por Roscoe Pound en los términos “*law in books*” y “*law in action*”, esto es “distinctions [...] between the rules that purport to govern the relation of man and man and those that in *fact* govern them” (cursiva por fuera del texto original). Pound, R., “Law in Books and Law in Action”, en *American Law Review*, n.º 44, 1910, p. 15.

³ Navarro, P. y Moreso, J., “Aplicabilidad y eficacia de las normas jurídicas”, en *Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, Instituto Tecnológico Autónomo de México, n.º 5, 1996, p. 120.

⁴ Bianca, C.M., *Derecho Civil: el contrato*, 2.ª ed., trad. Fernando Hinestrosa, Edgar Cortés, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007, p. 545.

⁵ Hinestrosa, F., *Tratado de las obligaciones II: de las fuentes de las obligaciones: el negocio jurídico vol. I*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2015, p. 268.

ineficacia?, ¿cuáles son sus consecuencias?, ¿cuál es su organización normativa en Colombia?, ¿qué fenómenos aglutina la categoría jurídica de la ineficacia contractual? No obstante, un cuestionamiento que, de ordinario⁶, es olvidado o, a lo menos, restringido al estudio de una sola manifestación de la ineficacia contractual -la resolución del contrato-, es aquel relacionado con ¿cómo se aplica la ineficacia en materia contractual?, donde la respuesta⁷ ha oscilado entre la exigencia de una decisión jurisdiccional que declare la ineficacia o, de otro lado, la admisión de la posibilidad de que el contrato sea tenido como ineficaz *ipso iure* o *ipso facto*, esto es, automáticamente, sin necesidad de una decisión jurisdiccional que lo declare.

Así las cosas, la respuesta a aquel interrogante, esto es, ¿cómo se aplica la ineficacia contractual?, constituye el objeto del presente escrito. Para cuyo propósito, es útil tener en cuenta tres aspectos preliminares: en primer lugar, el presente escrito empleará la categoría jurídica de negocio jurídico y de contrato indistintamente, en homenaje al carácter comprensivo y sucinto que debe revestir un escrito de esta naturaleza⁸. En segundo lugar, si bien a lo largo de este trabajo se hará referencia a ordenamientos jurídicos foráneos, el interrogante formulado, en procura de la razonable brevedad del escrito, será absuelto desde la óptica del ordenamiento jurídico colombiano. En tercer lugar, el interrogante presentado y, a decir verdad, los que de él derivan, no pueden ser estudiados desde una óptica binaria, sino en consideración de “la imposibilidad de restringir la temática respectiva a los términos de una contraposición elemental entre blanco y negro”⁹, esto es, en atención a los variados matices y vicisitudes que engloba la materia de la ineficacia del negocio jurídico, lo cual, como se verá a lo largo del presente escrito, explica en buena medida el devenir de la aplicación de la ineficacia del negocio jurídico.

⁶ Cfr. Bianca, C.M., *Derecho Civil: el contrato*, 2.^a ed., cit.; Hinestrosa, F., *Tratado de las obligaciones II: de las fuentes de las obligaciones: el negocio jurídico vol. II*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2015; Ramírez, E., *La ineficacia en el negocio jurídico*, Bogotá, Editorial Universidad del Rosario, 2008; Scognamiglio, R., *Teoría general del contrato*, trad. Fernando Hinestrosa, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1996; Carrasco, A., *Derecho de Contratos*, Navarra, Editorial Aranzadi S.A., 2010.

⁷ Cfr. Navia, F., “La terminación unilateral del contrato de derecho privado”, *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, n.º 14, 2008, p. 35-67; Rengifo, E., *Las facultades unilaterales en la contratación moderna*, 2.^a ed., Bogotá, Legis Editores S.A., 2017.

⁸ Es una verdad ya averiguada que la categoría jurídica de negocio jurídico comporta una mayor amplitud que la de contrato, en la medida en que supone “una concepción universal y dinámica de la autonomía privada [...] Las ventajas del estudio general del acto de autonomía privada son evidentes, pues [...] facilita la captación del fenómeno y la individualización de sus especies y las respectivas peculiaridades”: Hinestrosa, F., *Tratado de las obligaciones II: de las fuentes de las obligaciones: el negocio jurídico vol. I*, cit., p. 242 y 253. Y, por demás, engloba tanto actos patrimoniales como extrapatrimoniales. Cfr. Hinestrosa, F., *Tratado de las obligaciones II: de las fuentes de las obligaciones: el negocio jurídico vol. I*, cit., p. 242 y 253.

⁹ Cataudela, A., *Sul contenuto del contratto*, Giuffrè, Milano, 1966, p. 77.

Como corolario de lo anterior, el interrogante de ¿cómo se aplica la ineficacia negocial en Colombia?, para su adecuada respuesta, exige múltiples consideraciones que tocan con la materia misma: en primer término, debe tratarse de un estudio que comprenda las diversas concreciones de la ineficacia contractual, no sólo una de ellas, ya que sólo así es dable vislumbrar, tanto genérica como específicamente, cómo se aplica la ineficacia negocial y, es más, denotar los puntos comunes en la materia. En segundo término, es importante considerar y escudriñar los mecanismos jurídicos por medio de los cuales se aplica la ineficacia negocial, lo cual implica, a su turno, el análisis de otros interrogantes, como ¿por qué frente a ciertas formas de la ineficacia negocial se exige una declaración judicial, y respecto de otras, no?, ¿por qué cuando la ley o las partes de un contrato indican que acaecida determinada circunstancia, aquel contrato se entiende ineficaz automáticamente, no se sigue dicha consecuencia, sino que se exige una declaración judicial sobre el particular?; ¿cuál es el verdadero alcance de aseverar que un negocio jurídico es o deviene como ineficaz “automáticamente”?

Así, corresponde señalar que, en procura de una exposición clara y suficiente del objeto de este escrito, aquel se dividirá en dos capítulos: en primer lugar, se procederá al estudio de las generalidades de la ineficacia del negocio jurídico, haciendo particular mención a su noción en sentido amplio y a sus diversas concreciones. En segundo lugar, se hará referencia a las generalidades de los mecanismos jurídicos ideados para aplicar las consecuencias de las diversas formas de la ineficacia negocial, para, consecuentemente, explicar por conducto de qué mecanismo jurídico se aplica cada concreción de la ineficacia del negocio jurídico, indicando las razones que, en nuestro sentir, sustentan dicha circunstancia.

CAPÍTULO I

ACOTACIONES GENERALES EN TORNO A LA INEFICACIA DEL NEGOCIO JURÍDICO

SECCIÓN PRIMERA: el concepto de ineficacia del negocio jurídico: sentido lato y restringido

1. INTRODUCCIÓN

El estudio de la ineficacia negocial suele ser un acápite imprescindible en la dogmática de la teoría general del negocio jurídico; aquel interés no es extraño si se considera que la ineficacia, en esencia, comporta que la finalidad del negocio jurídico resulta turbada, en el sentido de que, como consecuencia de la ineficacia, se inhibe una modificación de derecho que el negocio jurídico, en principio, estaba llamado a generar¹⁰. El estudio generalizado de la ineficacia negocial, como es de esperarse, ha suscitado una fragmentación conceptual y terminológica importante, puesto que ha dotado de una naturaleza ambivalente -por lo menos en cuanto toca con la univocidad de la terminología- a las categorías jurídicas que integran el fenómeno de la ineficacia negocial.

Así, y a pesar de la numerosa doctrina en la materia, se estima que una sucinta aproximación a la noción de ineficacia del negocio jurídico, en su tradicional caracterización entre ineficacia en sentido lato y restringido, permitirá, en primer lugar, mantener una terminología uniforme bajo la égida de este escrito y, en segundo lugar, dar cuenta, a la postre, de las razones que sustentan la manera en que se aplica cada manifestación de la ineficacia negocial.

En la materia bajo estudio, vale la pena traer a cuento dos anotaciones preliminares: en primer lugar, desde la perspectiva de la teoría general del negocio jurídico, el análisis se focaliza en la ineficacia jurídica, es decir, aquella “que se produce por medio de una decisión normativa mediante la que se expresa que el [negocio jurídico] no puede producir efectos o deja de producir efectos”¹¹, no en la ineficacia fáctica, porque “este juicio normativo es distinto del mero *fracaso empírico* [del negocio jurídico]”¹². En efecto, las vicisitudes del mundo fáctico “pueden hacer fracasar las expectativas económicas de las partes, pero no hacen *jurídicamente ineficaz*”¹³ al negocio jurídico.

En segundo lugar, cabe preguntarse ¿qué efectos produce un negocio jurídico?, pues ello

¹⁰ Hinestrosa, F., *Tratado de las obligaciones II: de las fuentes de las obligaciones: el negocio jurídico vol. I*, cit., p. 268.

¹¹ Carrasco, A., *Derecho de Contratos*, cit., p. 649.

¹² *Ibídem*.

¹³ *Ibídem*.

permite denotar, puntualmente, qué es lo que inhibe o suprime la ineficacia. Tradicionalmente, se suele sostener que los efectos jurídicos del negocio jurídico comprenden “la distinción funcional entre el 'efecto negocial', remitido al 'reconocimiento del negocio como acto de regulación de intereses privados', y los 'efectos finales' correspondientes a la 'realización en el plano jurídico del reglamento de intereses contemplado por las partes'”¹⁴. Otra perspectiva, ligeramente distinta, afirma que, dentro de los efectos que produce el negocio jurídico, vale la pena destacar “los efectos finales, o sea el resultado práctico, a la vez que jurídico, que se proponen los interesados y en razón del cual se desenvuelven, con diferenciación entre 'la fuerza obligatoria' o, mejor, compromisoria de aquel y su contenido”¹⁵. Una tercera posición, afirma que es dable distinguir entre los “efectos negociales generales”¹⁶, “específicos”¹⁷ y “particulares o individuales”¹⁸.

2. LENGUAJE NATURAL Y ETIMOLOGÍA DE LA PALABRA 'INEFICACIA'

Un punto de partida que, sin duda, permite abordar con claridad la noción de ineficacia del negocio jurídico es, como lo indica Ramírez Baquero¹⁹, el concepto que se deslinda del

¹⁴ Quadri, E., “A proposito della ristampa del 'Contributo alla teoria del negozio giuridico' di R. Scognamiglio”, *Rivista di diritto civile*, Università degli Studi di Napoli Federico II, n.º 4, 2009, p. 385-402, citado (y traducido) por Hinestrosa, F., *Tratado de las obligaciones II: de las fuentes de las obligaciones: el negocio jurídico vol. II*, cit., p. 684.

¹⁵ Hinestrosa, F., *Tratado de las obligaciones II: de las fuentes de las obligaciones: el negocio jurídico vol. II*, cit., p. 469.

¹⁶ Es decir, “son consecuencias propias de la institución del derecho que estamos identificando bajo las palabras acto y negocio jurídico [...] si el negocio existe, desatará siempre estas secuelas generales. Estos efectos, fundamentalmente, son los siguientes [...] el efecto existencial del negocio jurídico [...] [El] efecto general, que vamos a llamar “funcional”, presta atención al oficio o rol que cumple la institución [...] [El] “efecto presencial”, que significa que los actos jurídicos, para las partes y para los terceros que en el tráfico entran en contacto con el acto y sus efectos negociales [...] se convierte para estos sujetos en una entidad presente y relevante”: Ramírez, E., *La ineficacia en el negocio jurídico*, cit., p. 16 y 17.

¹⁷ Esto es, aquellos que “están en conexión con la función económica-social que en consideración de su tipología (*categoría juris*) el acto o negocio satisface en el tráfico [...] De esta clase son, por ejemplo, para el caso de los contratos, según nuestro Código Civil, la génesis de relaciones obligacionales; y según nuestro Código de Comercio, el nacimiento, la regulación o la extinción de una relación jurídica estimable en dinero (patrimonial)”: Ibidem, p. 18.

¹⁸ Es decir, aquellos que “tocan con la singular e individual condición de cada uno de los sujetos negociales y ponen al descubierto las modificaciones que en la esfera de cada uno de estos sujetos se generan al emerger eficazmente el acto o negocio [...] al desatarse este tipo de efectos alguna mutación del estado de las cosas acontece en la situación concreta particular de quienes toman posición negocial [...] De estos efectos particulares el más relevante es el que consiste en el relacionamiento entre los sujetos negociales, esto es, en el establecimiento de una vinculación sancionada por el orden jurídico, entre quienes como sujetos de derecho toman posición en él como partes [...] bien puede este efecto denominarse bajo las expresiones “efecto relacional” y “efecto vinculativo”, como quiera que con ellas se destaca el rol relacionista, vinculante y colaboracionista que entre sujetos de derecho el acto o negocio cumple en el tráfico”: Ibidem, p. 19.

¹⁹ Ramírez, E., *La ineficacia en el negocio jurídico*, cit., p. 14.

lenguaje natural, de acuerdo con el cual, la ineficacia es “falta de eficacia y actividad”²⁰, entendiendo por eficacia la “capacidad de lograr el efecto que se desea o se espera”²¹. Consecuentemente, desde la perspectiva de la etimología, la palabra ineficacia deviene del latín “*inefficacia*”²², la cual, a su turno, se compone del prefijo privativo “*in*”²³ y del latín “*efficacia*”²⁴, esto es, “virtud, actividad; recursos para obrar, habilidad, destreza talento”²⁵, de tal modo que la ineficacia es la falta de virtud, actividad o recurso para obrar.

3. CONCEPTO DE INEFICACIA EN SENTIDO AMPLIO O LATO

En el argot jurídico, la aproximación inicial a la ineficacia del negocio jurídico suele coincidir con la clasificación que distingue entre la ineficacia en sentido lato y la ineficacia en sentido restringido²⁶. Con arreglo a dicha clasificación, la ineficacia del negocio jurídico en sentido lato alude a “todas las hipótesis en las cuales sus efectos no se producen, o están llamados a decaer en un momento posterior”²⁷ o, dicho de otra forma, la ineficacia del negocio jurídico en sentido lato o amplio “abarca todo fenómeno privativo de consecuencias del negocio, y comprende desde la inexistencia hasta la simple reducción del exceso y la inoponibilidad, pasando por la nulidad, la anulación, la rescisión, la revocación”²⁸.

4. EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL DE LA INEFICACIA EN SENTIDO AMPLIO

La jurisprudencia nacional ha adoptado la concepción de la ineficacia en sentido lato. La Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia²⁹, ha tenido ocasión de pronunciarse

²⁰ Real Academia Española de la Lengua., *Diccionario de la Lengua Española*, 23.1.^a ed., 2017, disponible en: <http://dle.rae.es/?id=LSNvc8s> [consultado el 9 de enero de 2018].

²¹ Real Academia Española de la Lengua., *Diccionario de la Lengua Española*, 23.1.^a ed., 2017, disponible en: <http://dle.rae.es/?id=EPQzi07> [consultado el 9 de enero de 2018].

²² De Miguel, R. y Gómez de la Cortina, J., *Nuevo diccionario latino-español etimológico*, Madrid, Saenz de Jubera Hermanos Editores, 1921, p. 463.

²³ *Ibidem*.

²⁴ *Ibidem*, p. 319.

²⁵ *Ibidem*.

²⁶ Ciertamente es una clasificación recurrente en la materia, pues, permite definir la ineficacia de forma omnicomprendensiva, en tanto da cuenta de la variedad de matices que reviste el asunto; podría decirse que aquella concepción se basa en una premisa común, esto es, que la ineficacia es, en esencia, una sanción prevista por el ordenamiento jurídico para inhibir o suprimir los efectos de un negocio jurídico que inobservó las prescripciones que lo disciplinan. Cfr. Cubides Camacho, J. y Prada Márquez, Y., “Eficacia del acto jurídico: visión unificada en los ordenamientos civil y comercial”, *Revista de Derecho Privado*, Universidad de los Andes, n.º 45, 2011, p. 1-62.

²⁷ Scognamiglio, R., *Teoría general del contrato*, cit., p. 225.

²⁸ Hinestrosa, F., *Tratado de las obligaciones II: de las fuentes de las obligaciones: el negocio jurídico vol. II*, cit., p. 683.

²⁹ En pronunciamientos anteriores, la Sala de Casación Civil ya había manifestado, con alguna suerte de sutileza, su sentir en cuanto al reconocimiento de los diversos temperamentos de la ineficacia, en tanto ya distinguía diversas concreciones de la ineficacia negocial, en particular, la nulidad, inexistencia, resiliación y resolución. Sobre este punto, Cfr. Cas. 15 de junio de 1892, VII, p. 261; cas. 15 de marzo de 1941, L, n.º

en punto de la ineficacia del negocio jurídico en los siguientes términos: “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 [...] 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”³⁰.

La Sección Tercera del Consejo de Estado³¹, a su turno, ha aludido a la noción de ineficacia del negocio jurídico, arguyendo que “la ineficacia *lato sensu* de un negocio jurídico se refiere a su carencia de efectos, por motivos diferentes que versan sobre la carencia de los elementos para su nacimiento –inexistencia–; o por predicarse del mismo defectos, distorsiones, vicios o irregularidades –invalides–; o por circunstancias que le inhiben relevancia –condiciones o situaciones subordinantes– según se trate, que emergen de un juicio negativo”³².

La jurisprudencia arbitral también ha echado mano de la noción de ineficacia en sentido amplio, en tanto ha afirmado que los efectos del negocio jurídico “se producirán dentro de lineamientos que involucran el respeto de los límites que impone el propio ordenamiento [...] cuya violación encuentra respuesta en *la consagración de sanciones de distinto calado y naturaleza*, no plenamente uniformes en la legislación civil y en la comercial, pero genéricamente referidas, como es conocido, a fenómenos de inexistencia, ineficacia de pleno derecho y nulidad —en su doble modalidad de absoluta y relativa— del acto o de la estipulación, para mencionar las más relevantes”³³ (cursiva por fuera del texto original).

La Corte Constitucional, siguiendo la tendencia de las corporaciones precitadas, se ha referido al asunto de la siguiente forma: “bajo el concepto de *ineficacia en sentido amplio*

1967-1969, p. 802 y ss; cas. 15 de septiembre de 1943, LVI, n.º 2000-2005, p. 125 y 126; cas. 18 de septiembre de 1944, LVII, n.º 2010-2014, p. 580; cas. 2 de julio de 1963, CIII-CIV, n.º 2268-2269, p. 76 y 77; cas. 13 de mayo de 1968, CXXIV, n.º 2297-2299, p. 138 y ss. De forma más reciente, la Sala de Casación Civil ha hecho ahínco en las diferencias que dimanar de las diversas categorías de ineficacia, Cfr. cas. 6 de agosto de 2010, n.º rad. 05001-3103-017-2002-00189-01, p. 20-29; cas. 25 de agosto de 2017, n.º rad. 25286-31-84-001-2005-00238-01, p. 18-21.

³⁰ Cas. 21 de mayo de 1968, CXXIV, n.º 2297-2299, p. 167 y 168.

³¹ En otras oportunidades, ha evidenciado su predilección por la acepción de ineficacia en comento, en tanto diferenció las diversas concreciones o grados intermedios de la ineficacia del negocio jurídico. Sobre el particular, Cfr. Sentencia del 30 de octubre de 2003, n.º rad. 11001-03-26-000-2003-00005-01, p. 28-33; Sentencia del 12 de febrero de 2015, n.º rad. 44001-23-31-000-2003-00657-01, p. 45 y 46; Sentencia del 19 de julio de 2017, n.º rad. 11001-03-26-000-2017-00043-00, p. 50 y 51.

³² Sentencia del 30 de abril de 2012, n.º rad. 25000-23-26-000-1995-00704-01, p. 19 y 20.

³³ Laudo Arbitral del 16 de diciembre de 2005, dictado dentro del proceso arbitral de Herpaty Ltda. vs. Sociedad de Concesionarios S.A. “Concesa S.A”, árbitro Edgar Garzón Saboya. A este respecto, también puede vislumbrarse la utilidad práctica de la categoría en el Laudo Arbitral del 5 de mayo de 2006, dictado dentro del proceso arbitral de DDB Worldwide Colombia S.A. vs. Colombia Móvil S.A. ESP, árbitros Enrique Gaviria Liévano, José Francisco Chalela Mantilla y Fernando Romero Velazco.

suelen agruparse diferentes reacciones del ordenamiento respecto de ciertas manifestaciones de la voluntad defectuosas u obstaculizadas por diferentes causas. Dicha categoría general comprende entonces fenómenos tan diferentes como la inexistencia, la nulidad absoluta, la nulidad relativa, la ineficacia de pleno derecho y la inoponibilidad”³⁴.

5. CONCEPTO DE LA INEFICACIA EN SENTIDO PROPIO O RESTRINGIDO

Ahora bien, la segunda parte de la clasificación comentada concierne a la llamada ineficacia en sentido propio o restringido. Sobre el particular existe una dificultad considerable, consistente en “la ausencia de univocidad terminológica [...] es visible al rompe que los vocablos que los autores utilizan para designar las categorías de ineficacia no son similares”³⁵. De hecho, se trata de una desarmonización que no sólo existe en el plano doctrinal, sino también a nivel jurisprudencial, por ello se abordará la noción de ineficacia en sentido restringido en consideración de lo que podría estimarse como la acepción mayoritaria, pues es la más reiterada³⁶.

Con arreglo a lo dicho anteriormente, la ineficacia en sentido restringido o propio es aquella que “se aprecia como una situación relativa a la 'funcionalidad' del negocio, o sea a sus efectos finales”³⁷. En efecto, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia³⁸, ha sostenido que “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 [...] alteración en múltiples aspectos: por estipulación particular que refiere tales efectos a acontecimientos futuros, ciertos o aleatorios [...] por determinación legal, que los subordina en su iniciación o en su permanencia a determinados factores contingentes [...] o por fuerza de una impugnación de parte o de un extraño legitimado para ello, factores exógenos, pero referidos al negocio [...]

³⁴ Sentencia de Constitucionalidad 345 del 24 de mayo de 2017, p. 23.

³⁵ Ramírez, E., *La ineficacia en el negocio jurídico*, cit., p. 14.

³⁶ Cfr. Hinestrosa, F., *Tratado de las obligaciones II: de las fuentes de las obligaciones: el negocio jurídico vol. II*, cit.; cas. 21 de mayo de 1968, CXXIV, n.º 2297-2299; Sentencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Tercera, del 30 de abril de 2012, n.º rad. 25000-23-26-000-1995-00704-01; Sentencia de Constitucionalidad 345 del 24 de mayo de 2017.

³⁷ Hinestrosa, F., *Tratado de las obligaciones II: de las fuentes de las obligaciones: el negocio jurídico vol. II*, cit., p. 684.

³⁸ A este respecto, la conceptualización jurisprudencial ha sido menos copiosa que la formulada frente a la ineficacia en sentido amplio, pero podría afirmarse, sin yerro alguno, que la relativa uniformidad que existe en la jurisprudencia ordinaria en cuanto a la categoría en comento se debe al paso que tuvo el maestro Fernando Hinestrosa por la Corte Suprema de Justicia, tratamiento que, posteriormente, se trasladó a la jurisprudencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Tercera del Consejo de Estado; aquella Corporación se refirió a la noción de la ineficacia en sentido restringido, citando para ese propósito a Fernando Hinestrosa, en tanto alegó que es aquella que consiste en la “supresión o atenuación de sus efectos finales [...] presupone un comportamiento relevante y, además, válido”: Sentencia del 30 de abril de 2012, n.º rad. 25000-23-26-000-1995-00704-01, p. 23.

que influyen decisivamente en su marcha, sin afectar su validez”³⁹.

En suma, la clasificación comprensiva de la ineficacia en sentido amplio y sentido estricto ilustra *de forma general* el hecho de que la ineficacia del negocio jurídico, en tanto categoría jurídica, consta de un espectro amplio de manifestaciones y matices, pues “al lado de la actitud de rechazo total, o sea de la nulidad, obran reacciones más blandas y graduadas variadamente: anulabilidad, rescisión, resolución”⁴⁰.

SECCIÓN SEGUNDA: las concreciones o manifestaciones de la ineficacia del negocio jurídico

6. INTRODUCCIÓN

Como quedó dicho, la ineficacia del negocio jurídico en sentido amplio es una categoría jurídica que engloba toda situación, en cuya virtud, el negocio jurídico resulta desprovisto de los efectos que, en principio, estaría llamado a proyectar. Sin embargo, sus matices no pueden pasar desapercibidos, de tal modo que ahora corresponde acometer el estudio - sucinto, por supuesto- de las diversas concreciones de la ineficacia del negocio jurídico, ya que así se establecerá el sustento conceptual que permitirá indicar con nitidez cómo se aplica cada concreción de la ineficacia negocial. Se estima necesario poner de manifiesto que el propósito de este acápite no es añadir a la ya copiosa doctrina orientada a la sistematización de las diversas categorías de ineficacia, sino simplemente sentar y, sobretodo, unificar el lenguaje y base conceptual del presente escrito. En la consecución de ese fin, se analizará *el origen histórico, concepto y efectos* de cada una de las manifestaciones o concreciones de la ineficacia del negocio jurídico, esto es, de: la *inexistencia, resolución, nulidad, rescisión, ineficacia de pleno derecho* y la *inoponibilidad*.

Valga decir que se procederá al estudio de las categorías prenotadas, y no otras, porque se estima que son las más representativas del fenómeno de la ineficacia del negocio jurídico en el ordenamiento jurídico colombiano, pues han hecho carrera a nivel jurisprudencial, normativo y doctrinal. En este sentido, se considera que aquellas concreciones de la ineficacia negocial constituyen un catálogo lo suficientemente amplio como para denotar, con detalle, los diversos perfiles y matices de la materia que ocupa el objeto de este escrito, puesto que, algunas, como la inexistencia, en relación con el curso del negocio jurídico, tienen un carácter originario y, otras, como la resolución, tienen un carácter sobrevenido.

³⁹ Cas. 21 de mayo de 1968, CXXIV, n.º 2297-2299, p. 168.

⁴⁰ Cataudela, A., *Sul contenuto del contratto*, cit., p. 77, citado (y traducido) por Hinestrosa, F., *Tratado de las obligaciones II: de las fuentes de las obligaciones: el negocio jurídico vol. II*, cit., p. 677.

I. LA INEXISTENCIA DEL NEGOCIO JURÍDICO

7. INTRODUCCIÓN A LA INEXISTENCIA DEL NEGOCIO JURÍDICO

Como nota introductoria, debe indicarse que la inexistencia, concebida como una manifestación o concreción propia de la teoría general del negocio jurídico o del contrato, es “una figura [...] resistida en amplios sectores de la literatura jurídica, tanto en la orientación de origen francés [...] como en la de raigambre germano-italiano”⁴¹, fundamentalmente, por razones que oscilan entre su falta de consagración positiva hasta la supuesta inutilidad de la figura. A pesar de aquel álgido debate, lo que sí es cierto es que, en Colombia, la inexistencia es una figura que “ostenta perfiles propios, nítidos, y que presta valioso servicio para el entendimiento de muchos de los temas vinculados con la ineficacia negocial”⁴², y por ello, su estudio es relevante.

8. ORIGEN HISTÓRICO DE LA INEXISTENCIA DEL NEGOCIO JURÍDICO

La inexistencia -como muchos otros institutos del Derecho- encuentra su antecedente más remoto en el Derecho Romano, donde debe tenerse en cuenta que “si bien los juristas romanos no elaboraron un sistema de ineficacia de los actos jurídicos, la doctrina romanista es uniforme en que la invalidez de los actos tenía en Roma una doble recepción: en Derecho civil y en Derecho pretorio [...] los juristas se referían al acto señalando que este 'no existe' o que 'no hay nada' (*nullus momenti est* o *nullum actum est*). De esta manera, la calificación de un negocio en términos de nulidad expresaba la 'inexistencia' del mismo y, por lo mismo, operaba *ipso iure*, es decir, no podía iniciarse un juicio con base en el contrato nulo, pues no existía la posibilidad de poner en movimiento una actio [...] Junto a esa forma de ineficacia existían remedios pretorios que comportaban la privación de eficacia a un acto civilmente válido”⁴³.

Posteriormente, con “la desaparición de la figura del pretor y la unificación de los ordenamientos civil y pretorio, el sistema de nulidades romano dejó de tener una justificación intrínseca, pero el *Corpus Iuris* conservó vestigios de ambas formas de ineficacia, sin aclarar la razón de su diferente operatividad. Este hecho hizo que durante la vigencia del *ius commune* los autores intentaran diversos caminos para justificar esas diferencias, pero con escaso éxito. Estas disquisiciones fueron recogidas en el antiguo Derecho francés, que replicaba las discusiones medievales, aunque, como demuestra la obra de Pothier, se llegó a distinguir entre actos nulos (*ipso iure*) y sujetos a rescisión [...] Esta última distinción fue en cierta medida acogida en el Código Civil francés, pero sin una

⁴¹ Ramírez, E., *La ineficacia en el negocio jurídico*, cit., p. 24.

⁴² *Ibidem*.

⁴³ San Martín Neira, L., “La teoría de la inexistencia y su falta de cabida en el Código Civil chileno”, en *Revista Chilena de Derecho*, Pontificia Universidad Católica de Chile, vol. 42, n.º 3, 2015, p. 746, 747 y 777.

regulación sistemática que permitiera su cabal comprensión”⁴⁴.

En efecto, ante la ambivalencia del Código Civil francés, “se dio una necesidad concreta y práctica: la imposibilidad de considerar más nulidades que las previstas en la ley. La aplicación de la regla *pas de nullité sans texte*, imponía buscar otras soluciones ante casos no previstos, pero que no podían validarse por ausencia de algún requisito. El remedio fue recurrir a la inexistencia de los actos”⁴⁵, valga decir que aquella necesidad práctica redundó, en particular, en la falta de sanción para matrimonios celebrados entre personas del mismo sexo⁴⁶. Puntualmente, la conceptualización inicial de la categoría en comento es atribuible a Zachariae, quien en su obra *Handbuch des französischen Zivilrechts* (1808), propuso “la teoría de la inexistencia como un tercer género, diferente de la nulidad y la rescisión. Para Zachariae el acto jurídico requiere de ciertos elementos esenciales para tener una existencia fáctica y, además, cumplir con las solemnidades necesarias para tener una existencia jurídica. Sin estos elementos esenciales el acto jurídico no puede absolutamente concebirse y es, por tanto, inexistente”⁴⁷.

Consecuencialmente, en la doctrina francesa se puso de manifiesto que la inexistencia, concebida en los términos precitados, se “condice con la antigua nulidad absoluta de los autores franceses o simplemente nulidad de los romanos y de Pothier [...] dando lugar a lo que se conoce como 'la doctrina clásica de la nulidad’”⁴⁸, aquella doctrina fue criticada con vehemencia, fundamentalmente, con base en el argumento, según el cual “lo verdaderamente importante no es determinar si el acto existe o no, sino si los efectos que haya generado pueden ser atacados”⁴⁹. Por ello, en la actualidad, “en general, la doctrina y jurisprudencia francesas no son favorables al empleo de la figura de la inexistencia, por supuesto ausente de los códigos, y se orientan a favor de la solución práctica de la nulidad absoluta”⁵⁰.

9. RECEPCIÓN DE LA INEXISTENCIA DEL NEGOCIO JURÍDICO EN EL ORDEN JURÍDICO COLOMBIANO

En lo que hace al ordenamiento jurídico colombiano, no extraña que el carácter conflictual

⁴⁴ Ibídem, p. 777.

⁴⁵ Compagnucci De Caso, R., *El negocio jurídico*, Buenos Aires, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1992, p. 513.

⁴⁶ San Martín Neira, L., “La teoría de la inexistencia y su falta de cabida en el Código Civil chileno”, *Revista Chilena de Derecho*, cit., p. 753. Cfr. Planiol, M., *Traité élémentaire de Droit civil*, 2.^a ed., París, Librairie Cotillon, 1903, p. 114 ; Baraona González, J., *La nulidad de los actos jurídicos: consideraciones históricas y dogmáticas*, Bogotá, Grupo Editorial Ibáñez, 2012, p. 33.

⁴⁷ San Martín Neira, L., “La teoría de la inexistencia y su falta de cabida en el Código Civil chileno”, *Revista Chilena de Derecho*, cit., p. 752.

⁴⁸ Ibídem, p. 754.

⁴⁹ Ibídem.

⁵⁰ Hinestrosa, F., *Tratado de las obligaciones II: de las fuentes de las obligaciones: el negocio jurídico vol. II*, cit., p. 694.

de la figura se haya trasladado a la jurisprudencia nacional, donde a partir de un breve recuento histórico pueden apreciarse diversas posiciones, suscitadas en gran medida por el hecho de que el Código Civil colombiano -siguiendo la determinación de Andrés Bello y, a su turno, del Código Civil francés- no contempló expresamente a la inexistencia como una manifestación de la ineficacia negocial. Así, la primera mención a la categoría en comento es reconducible a la jurisprudencia de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia; donde, como se pasará a ver, se ha propendido -en la mayoría de ocasiones- por otorgarle un status jurídico autónomo a la inexistencia como forma de la ineficacia del negocio jurídico, pues la ha distinguido de la nulidad absoluta en los términos que, en lo sucesivo, se refieren:

“[La] nulidad absoluta en cuanto la noción de ésta viene en sus efectos á [sic] confundirse con la inexistencia del contrato; más no porque en la naturaleza de las cosas el concepto de nulidad que implica vicio concomitante al acto, sea idéntico al de inexistencia, proveniente más bien de omisión de elementos esenciales [...] Sirve esta distinción para fundar una diferencia en la manera de apreciar en los fallos la nulidad y la inexistencia. La primera, si es manifiesta, puede y debe ser declarada de oficio cuando dicha declaración se requiera para decretar las restituciones que se hayan demandado y á [sic] que haya lugar por causa de tal declaración. La segunda, la inexistencia, se reconoce para donar efectos al contrato que legalmente no la tiene; pero no será objeto de especial declaración sino cuando ella se ha pedido en la demanda. El Juez no puede estimar existente un contrato y menos hacerle producir efectos cuando se le ha comprobado que legalmente no se ha perfeccionado; pero no hará la declaración de su inexistencia en la parte resolutive sino cuando sea manifiesta la omisión que impidió la perfección del contrato, ó [sic] cuando se le haya pedido, en demanda”⁵¹.

Posteriormente, la misma Corporación optó por una posición de talante más pragmático, desviándose de lo que había esgrimido con anterioridad, al sostener que: “En rigor, prácticamente hablando, ese problema en si cabe o no pensar en inexistencia, es del todo inoficioso, puesto que, aún optando por la afirmativa, ello es la ley no ofrece casilla especial para tal fenómeno ni le establece tratamiento singular y precisamente, por lo mismo, los casos de esa índole van a dar a la nulidad absoluta, que sí es fenómeno reconocido y reglamentado por la ley. Por tanto, piénsese a aquellos respectos como se quiera, en lo judicial se les ha de colocar en el concepto de nulidad absoluta, lo que los deja en situación o calidad de cuestiones meramente metafísicas, ni trascendencia o sentido práctico, por interesantes que sean de suyo”⁵².

⁵¹ Cas. 15 de junio de 1892, VII, p. 261.

⁵² Cas. 15 de septiembre de 1943, LVI, n.º 2000-2005, p. 125 y 126.

Pronunciamientos posteriores dan cuenta de otra visión en la materia, de conformidad con la cual, la inexistencia es una categoría con un status jurídico autónomo en cuanto toca con la preceptiva mercantil⁵³, pues la Sala de Casación Civil ha sostenido que: “aún cuando la Corporación de vieja data en distintos pronunciamientos ha concebido que la teoría de la inexistencia, cuyos diversos matices vienen expuestos, es una categoría jurídica desconocida en el interior del Código Civil, motivo por el cual tales aspectos los ausculta a la luz de la anulación [...] no puede olvidarse que ello no acontece en el terreno del derecho mercantil, puesto que con arreglo al artículo 898 del Código de Comercio tal instituto emerge claramente reconocido, al disponer que *'será inexistente el negocio jurídico cuando se haya celebrado sin las solemnidades sustanciales que la ley exija para su formación, en razón del acto o contrato y cuando falte alguno de sus elementos esenciales'*”⁵⁴ (cursiva dentro del texto original).

De lo anterior se sigue que, ante el evento en el que “convencionistas hayan desarrollado actuaciones con el ánimo de pretender cumplir un pacto de tal índole [inexistente], él o ellos podrán ejercer las acciones judiciales encaminadas a deshacer las situaciones jurídicas así generadas, sin necesidad de subordinarlas a la declaración de inexistencia del acuerdo”⁵⁵ (subrayado dentro del texto original). Lo anterior resulta ser adecuado si se considera que “en aquellas hipótesis en que quienes hubiesen concurrido a ajustar el negocio inexistente hubieran obrado de facto como si realmente estuviesen obligados, tales sucesos configuran la ejecución de unos actos o hechos sin causa, situación que les genera el derecho de repetir lo que de ese modo dieron o hicieron”⁵⁶.

Recientemente, la Sala de Casación Civil, dio un viraje que, a decir verdad, resulta ser impreciso, en la medida en que arguyó que “según nuestra jurisprudencia en el cuerpo jurídico civilista, no está contemplada la categoría de la inexistencia en los actos jurídicos,

⁵³ Aún cuando la figura ya estaba expresamente prevista por la regulación mercantil -artículo 898 del Código de Comercio colombiano-, la Sala de Casación Civil se mostró, a lo menos inicialmente, detractora de la inexistencia: “Más si la Corte ha reconocido la diferencia que conceptualmente hay entre la inexistencia y la nulidad absoluta de un acto, no ha dejado de observar, empero, que el sistema procesal colombiano no ofrece para declarar judicialmente la inexistencia un camino peculiar y distinto del establecido para la nulidad, por lo que resulta en verdad inoficioso, al menos desde el punto de vista puramente práctico, insistir en la disimilitud de tales dos fenómenos”: cas. 3 de mayo de 1984, CLXXVI, n.º 2415, p. 189. Ante aquel argumento, el profesor Fernando Hinestrosa, agudamente replicó que la Sala desconocía “la gran diferencia que media entre las restituciones recíprocas, efecto propio de la nulidad, ordenadas por la ley, con una pauta general (art. 1746 c.c), y la eliminación de rastros que haya podido dejar el 'hecho' negocial, que ha de hacerse acudiendo, de ser necesario, a los respectivos fenómenos ocurridos. En fin, ha de resaltarse que no es el ordenamiento procesal, sino el sustantivo, el llamado a erigir una 'acción' (pretensión), y que para el caso de eliminar situaciones que no tienen asidero en él, queda abierta la vía ordinaria”: Hinestrosa, F., *Tratado de las obligaciones II: de las fuentes de las obligaciones: el negocio jurídico vol. II*, cit., p 694.

⁵⁴ Cas. 6 de agosto de 2010, n.º rad. 05001-3103-017-2002-00189-01, p. 25.

⁵⁵ *Ibidem*, p. 24.

⁵⁶ *Ibidem*, p. 24 y 25.

sino el concepto de nulidad, por lo que será este el conducto a seguir”⁵⁷. Para sustentar dicha premisa, la Corporación citó un aparte -descontextualizado, por cierto- de la Sentencia de la Casación Civil del 6 de agosto de 2010⁵⁸; sin embargo, en puridad aquella Sentencia, como se vio, estaba encauzada a sostener una tesis del todo distinta, esto es, que “las modificaciones de la realidad que llegaren a presentarse en razón o con ocasión de él [el negocio jurídico inexistente] habrán de ser tratadas y resueltas con empleo de las normas que gobiernan los hechos o actos respectivos, pero no con las que disciplinan el negocio jurídico en general o la figura que se intentó poner en acción”⁵⁹.

En suma, a partir del breve recuento que antecede, es dable concluir que la inexistencia ha sido una figura cuyo origen ha estado ligado, en gran medida, a la nulidad, lo cual ha gestado múltiples cuestionamientos -aún inacabados⁶⁰- en cuanto a su aceptación como manifestación de la ineficacia del negocio jurídico. No obstante, se podría aseverar que, la tendencia actual, está orientada a su aceptación, pues “la propia negativa del ser o inexistencia, [es un] fenómeno que no cuenta en nuestra legislación [civil] con una caracterización normativa, pero que *es de indispensable contemplación desde un punto de vista lógico y pragmático, frente a las reales ocurrencias vitales que se desenvuelven con entera individualidad*”⁶¹ (cursiva por fuera del texto original).

10. CONCEPTO DE LA INEXISTENCIA DEL NEGOCIO JURÍDICO

Conviene indicar que, la inexistencia, en términos generales, es una de las múltiples categorías que comprende la noción de la ineficacia del negocio jurídico en sentido amplio. En particular, la inexistencia del negocio jurídico puede ser concebida como “la situación que se presenta cuando el 'negocio' está desprovisto de alguno de sus elementos

⁵⁷ Cas. 25 de agosto de 2017, n.º rad. 25286-31-84-001-2005-00238-01, p. 21.

⁵⁸ N.º rad. 05001-3103-017-2002-00189-01: “la Corporación de vieja data en distintos pronunciamientos ha concebido que la teoría de la inexistencia, cuyos diversos matices vienen expuestos, es una categoría jurídica desconocida en el interior del Código Civil, motivo por el cual tales aspectos los ausculta a la luz de la anulación”.

⁵⁹ Hinestrosa, F., *Tratado de las obligaciones II: de las fuentes de las obligaciones: el negocio jurídico vol. II*, cit., p. 695.

⁶⁰ Como muy bien lo expresa Quicios Molina al referirse a los ejes temáticos que son objeto de estudio en materia de la inexistencia del negocio jurídico: “De lo dicho por los autores sobre este espinoso tema de la inexistencia contractual, cabría quedarse con estas dos consideraciones. Primera: la pugna más relevante enfrenta a los que identifican la inexistencia con nulidad absoluta, abogando por la intrascendencia de la primera, y a los que distinguen la inexistencia, como supuesto de hecho, de la consecuencia jurídica de tal supuesto, que puede ser la nulidad absoluta, la anulabilidad o incluso la eficacia (dependiendo del caso). Segunda: en puridad, sólo cabría hablar de inexistencia del contrato cuando no se ha realizado (no se ha perfeccionado), careciendo de apariencia jurídica”: Quicios Molina, S., “La ineficacia contractual”, en *Tratado de contratos, Tomo I: concepto, límites, significación, requisitos, formación, forma, documentación, interpretación e integración, eficacia e ineficacia del contrato*, dirigido por Bercovitz Rodríguez-Cano, R., y coordinado por Moralejo Imbernón, N. y Quicios Molina, S., Valencia, Tirant lo Blanch, 2009, p. 1217.

⁶¹ Cas. 6 de agosto de 2010, n.º rad. 05001-3103-017-2002-00189-01, p. 22.

esenciales”⁶², lo que comportaría que “se trataría de una operación desprovista de sentido y de justificación, que evidentemente el ordenamiento no puede reconocer y tutelar”⁶³.

Dicho de otra forma, la inexistencia del negocio jurídico consiste en que “los sujetos de derecho que participan en un proceso constructivo de un negocio jurídico [...] no han recorrido a plenitud, en su totalidad, el supuesto de hecho de la norma jurídica que reconoce y autoriza que la voluntad de la persona sirva como fuente de relaciones jurídicas. En tales situaciones, la tarea constructiva del negocio es incompleta [...] el proceso generador del acto quedó trunco [...] de modo que este intento es inane”⁶⁴.

En esa medida, la causa que, por antonomasia, genera la inexistencia del negocio jurídico es la pretermisión de alguno de los elementos esenciales del mismo. No obstante, subsiste la duda de qué debe entenderse por elemento esencial bajo la égida del negocio jurídico inexistente, a lo cual, en el caso del ordenamiento jurídico colombiano, debe considerarse la letra de la disposición del artículo 1501 del Código Civil colombiano, de conformidad con el cual “son de la esencia de un contrato aquellas cosas sin las cuales, o no produce efecto alguno, o degeneran en otro contrato diferente”; y, en el ámbito mercantil, inexorablemente, debe tenerse en cuenta lo dictado por el inciso 2º del artículo 898 del Código de Comercio colombiano, según el cual: “será inexistente el negocio jurídico cuando se haya celebrado sin las solemnidades sustanciales que la ley exija para su formación, en razón del acto o contrato y cuando falte alguno de sus elementos esenciales”⁶⁵.

Ahora bien, como quedó dicho, la inexistencia del negocio jurídico es una manifestación de la ineficacia negocial que no está prevista de forma expresa en el cuerpo normativo del

⁶² Hinestrosa, F., *Tratado de las obligaciones II: de las fuentes de las obligaciones: el negocio jurídico vol. II*, cit., p. 690.

⁶³ Ferroni, L., *Le nullità negoziali di diritto comune, speciali e virtuali*, Milano, Giuffrè, 1998, p. 74, citado (y traducido) por Hinestrosa, F., *Tratado de las obligaciones II: de las fuentes de las obligaciones: el negocio jurídico vol. II*, cit., p. 690.

⁶⁴ Ramírez, E., *La ineficacia en el negocio jurídico*, cit., p. 27 y 28.

⁶⁵ Se ha dicho que aquella disposición, si bien meritoria por cerrar el debate en torno a la aceptación de la inexistencia del negocio jurídico, adolece de varias falencias, reseñadas así: “según la norma en comentario son dos las causas de las situaciones de inexistencia negocial: la ausencia de solemnidades sustanciales y la ausencia de alguno de los elementos esenciales. Semejante manifestación resulta contraria a la técnica legislativa, porque es evidente que la primera causal queda involucrada en la segunda [...] la regla comentada se refiere a las solemnidades del tipo *ad substantiam actus* o *ad solemnitatem* y no a las solemnidades con fines meramente probatorios [...] tal cosa está bien, pues las últimas no influyen en el perfeccionamiento del acto [...] empero, la norma ha olvidado que en el plano de los negocios jurídicos de forma libre, que lo son aquellos en que el legislador no ha intervenido su forma [...] los tratantes pueden en virtud de acuerdos sobre la forma, ajustados en sede de tratativas, estipular para su negocio determinada manifestación formal, definiendo para el caso unas específicas solemnidades, las cuales [...] vinculan a quienes participan en la fase formativa del acto, de suerte que bien ellos pueden tenerlo por inexistente si la solemnidad convencionalmente pactada y vinculante no es satisfecha”: Ramírez, E., *La ineficacia en el negocio jurídico*, cit., p. 43.

Código Civil colombiano, por lo cual, con el propósito de zanjar la crítica relativa a que la inexistencia negocial no debe ser considerada en el ámbito civil, pues carece de consagración expresa y ello da cuenta de su rechazo⁶⁶, hay quienes⁶⁷ proponen que debe aplicarse la analogía como técnica de integración del ordenamiento jurídico en los términos del artículo 8º de la Ley 153 de 1887⁶⁸, para así sustentar la aplicación del inciso 2º del artículo 898 del Código de Comercio colombiano a los negocios jurídicos civiles.

11. CRÍTICAS A LA CATEGORÍA DE LA INEXISTENCIA DEL NEGOCIO JURÍDICO

Incluso dentro de la tendencia mayoritaria, es decir, la encauzada a introducir la inexistencia como una categoría admisible dentro del sentido global o amplio de la ineficacia del negocio jurídico, existen reparos que tocan con el *nomen iuris* de “inexistencia del negocio jurídico”. En efecto, hay quienes afirman que existe una contradicción al referirse a un negocio jurídico inexistente, pues “la palabra *inexistencia*, aplicada a los actos o negocios jurídicos, indica ausencia, falta, etc., de una entidad negocial [...] de lo cual se colige la siguiente alternativa [...] Que existe acto jurídico, evento en el cual hay un ente susceptible de recibir un juicio de valor en torno a su aptitud [...] [O] que no existe negocio jurídico, que está ausente un ente susceptible de admitir un juicio de valor como el destacado. De este modo es claro que el juicio de aptitud [...] en orden a la producción de efectos negociales, no tiene asidero, porque tanto la eficacia como la ineficacia son valoraciones que, como en el caso de cualquier adjetivo, sólo son predicables respecto de seres”⁶⁹ (cursiva dentro del texto original).

Lo anterior, si bien resulta ser contundente⁷⁰, contribuye a la problemática ya reseñada en relación con el estudio de las diversas categorías de la ineficacia negocial, esto es, la falta de univocidad en la terminología utilizada para designar cada concreción de la ineficacia negocial; por lo cual, en aras de mantener un discurso claro, en la medida de lo posible, se utilizará la denominación de “negocio jurídico inexistente”.

⁶⁶ Cfr. Messineo, F., *Doctrina General del contrato*, Tomo II, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América (EJEA), 1986, p. 262.

⁶⁷ Cfr. Ramírez, E., *La ineficacia en el negocio jurídico*, cit., p. 42.

⁶⁸ Aquella disposición indica que “Cuando no hay ley exactamente aplicable al caso controvertido, se aplicarán las leyes que regulen casos ó materias semejantes, y en su defecto, la doctrina constitucional y las reglas generales de derecho”.

⁶⁹ Ramírez, E., *La ineficacia en el negocio jurídico*, cit., p. 25.

⁷⁰ En último término, Ramírez Baquero, a fin de solventar el problema terminológico ligado a la inexistencia negocial, propende por la adopción de la categoría de “estados o situaciones de inexistencia, la cual es apropiada en vista de que coloca las cosas en el plano de los estados, que, en este caso, corresponde a aquel en que los tratantes fracasan en la tarea generadora de un acto o negocio”: Ramírez, E., *La ineficacia en el negocio jurídico*, cit., p. 25.

12. EFECTOS DE LA INEXISTENCIA DEL NEGOCIO JURÍDICO

La implicación de que un negocio jurídico sea tenido como inexistente es “como regla que no admite ninguna excepción, que el acto jurídico inexistente no engendra, como acto jurídico, ningún efecto, cualquiera que éste sea. No es susceptible de convalidarse por confirmación y prescripción”⁷¹. Aunque, de otro lado, y a pesar de lo anterior, “alguna doctrina le reconoce a la inexistencia efectos extranegociales pero serían aquellos propios de su apariencia acaso [sic] el ejemplo más palmario es el de la simulación absoluta”⁷².

II. LA RESOLUCIÓN DEL NEGOCIO JURÍDICO

13. INTRODUCCIÓN A LA RESOLUCIÓN DEL NEGOCIO JURÍDICO

A título preliminar, es útil poner de manifiesto que la resolución, desde la perspectiva del estudio de la ineficacia del negocio jurídico, ostenta una importancia superlativa, pues es un instituto jurídico paradigmático en la doctrina y práctica civilista. Se considera que, el debate de mayor talante en punto de la resolución del negocio jurídico, incentivado por “la irrupción creciente, aunque todavía marginal, del fenómeno del unilateralismo en materia de obligaciones”⁷³, es el relativo a si la proyección de sus efectos demanda una decisión jurisdiccional, o no. Por lo cual, los aspectos que en lo sucesivo se estudiarán, si bien pacíficos en la doctrina, resultan ser relevantes para, posteriormente, referir el precitado debate.

14. ORIGEN HISTÓRICO DE LA RESOLUCIÓN DEL NEGOCIO JURÍDICO

Sea en primer término indicar que la génesis de la resolución del negocio jurídico, como forma de ineficacia negocial, debe “buscarse en los principios del derecho canónico y feudal y en las interpretaciones que el derecho común francés hizo de algunos textos romanos”⁷⁴. Y ello es así, porque “ninguno de los textos jurídicos romanos permite afirmar que, en la medida de la inejecución de sus obligaciones por una de las partes, esté autorizada la otra a desligarse de sus propios compromisos”⁷⁵. En efecto, la razón de aquella ausencia en el Derecho Romano antiguo es “la independencia de las promesas y las

⁷¹ Bonnetcase, J., *Elementos de derecho civil*, Tomo II, Puebla, Editorial José M. Cajica, 1945, p. 280.

⁷² Núñez Molina, W., “El acto jurídico inexistente: su relevancia jurídica y aplicación en el código civil peruano”, *Derecho y Cambio Social*, año 8, n.º 23, 2011, p. 12.

⁷³ Navia, F., “La terminación unilateral del contrato de derecho privado”, cit., p. 35.

⁷⁴ Mélich-Orsini, J., *La resolución del contrato por incumplimiento*, Bogotá, Editorial Temis, 1979, p. 54.

⁷⁵ *Ibidem*.

obligaciones”⁷⁶ que permeaba aquel panorama.

Posteriormente, aún en el contexto del Derecho Romano, podría afirmarse que “la aparición de la *lex commissoria* y el surgimiento de cláusulas contractuales para la recuperación de la cosa [...] a la postre, habría de permitir la eliminación del contrato por incumplimiento, a discreción de la víctima”⁷⁷. La *lex commissoria*⁷⁸ es, indubitadamente, un hito de forzosa consideración para la construcción histórica de la categoría de “resolución”, pues aquella, bajo la rúbrica de un contrato de compraventa, “permitía al vendedor conseguir resultados análogos a los que en nuestro moderno derecho se obtienen con la estipulación de una ‘cláusula resolutoria expresa’ (llamada, por ello mismo, ‘pacto comisorio’)”⁷⁹.

Siguiendo aquella línea argumentativa, el desenvolvimiento histórico de la categoría de resolución del negocio jurídico encontró aportes significativos en la Edad Media desde variados ángulos: “primero en los feudalistas y canonistas, y luego en el renaciente estudio del derecho romano y en los tratadistas del derecho común”⁸⁰. En particular, los canonistas fundaron la posibilidad de resolver el negocio jurídico en la doctrina de la condición sobreentendida, según la cual, “en un contrato que impone a las partes prestaciones recíprocas, se puede razonablemente admitir que cada contratante ha querido obligarse con el fin de obtener la ventaja que le ha sido prometida [...] esta intención del deudor se traducirá en la inserción de la condición sobreentendida ‘*si fides servetur*’. Si esta condición

⁷⁶ Hinestrosa, F., *Tratado de las obligaciones II: de las fuentes de las obligaciones: el negocio jurídico vol. II*, cit., p. 846. De forma más exacta, podría afirmarse que la ausencia de la resolución dentro del contexto romano antiguo es endilgable a que “en las *obligationes verbis y literis contractae*, en las que se tienen solo contratos rigurosamente unilaterales, no existía posibilidad de concebir la resolución del contrato, ni legal, ni judicial. Tampoco se podía tener una resolución basada en la voluntad de las partes, prevista en la regulación de sus intereses predispuesta por ellas. En la *stipulatio* [...] no se concebía la condición resolutoria, a la que en época clásica tardía vino a remitirse solamente la eficacia de un *pactum non petendo* sujeto a condición suspensiva, o concebido como un hecho posterior, que, siempre sobre la base del acuerdo de las partes, daba lugar a una *exceptio doli*”: Talamanca, M., *La risoluzione della compravendita e le conseguenti azioni di restituzione nel diritto romano*, en AA. VV., *Caducazione degli effetti del contratto e pretese di restituzione*, editado L. Vacca, Torino, Giapichelli, 2006, p. 9, citado (y traducido) por Hinestrosa, F., *Tratado de las obligaciones II: de las fuentes de las obligaciones: el negocio jurídico vol. II*, cit., p. 846. Cfr. Mélich-Orsini, J., *La resolución del contrato por incumplimiento*, cit., p. 54.

⁷⁷ Hinestrosa, F., *Tratado de las obligaciones II: de las fuentes de las obligaciones: el negocio jurídico vol. II*, cit., p. 847.

⁷⁸ Valga la pena decir que “el principio general que rige para la venta obligatoria en el derecho romano, es el de que, si bien el vendedor tiene acción para pedir el pago del precio, no puede pedir la resolución si en el contrato no ha sido incorporada una cláusula expresa que lo autorice para ello. Esta cláusula se denomina por los romanistas *lex commissoria* [de tal modo que] era una condición resolutoria tendiente al aniquilamiento del contrato”: Mélich-Orsini, J., *La resolución del contrato por incumplimiento*, cit., p. 55 y 56.

⁷⁹ *Ibidem*, p. 57.

⁸⁰ *Ibidem*, p. 61 y 62.

no se realiza, la promesa pierde toda su fuerza obligatoria”⁸¹. De tal modo que, cuando hubiere dos partes obligadas recíprocamente, ante el incumplimiento de una de ellas, la otra parte podría convocar a la parte incumplida al Tribunal Eclesiástico para exigir que fuese relevada de su obligación⁸².

En lo que hace al Derecho Feudal, es del caso resaltar que hay quienes afirman que las normas consuetudinarias que reglaban la supresión del contrato de feudo⁸³ influyeron en la disciplina propia de la resolución del negocio jurídico⁸⁴, en el sentido de que existe una identidad entre la figura de la *commise* y la resolución del negocio jurídico⁸⁵, pues la primera, en esencia, es una suerte de resolución del contrato de feudo, con la particularidad de que revestía una naturaleza penal, en la medida en que la resolución de dicho contrato no se activaría si no mediaba una conducta que pudiese ser considerada como meritoria de una sanción penal⁸⁶. De presentarse una conducta de semejante índole, se produciría la afectación de un derecho real autónomo que precedía al contrato, esto es, la propiedad que el señor feudal ostentaba sobre el bien otorgado en feudo⁸⁷. Aquella institución de la *commise*, primero concebida como una suerte de confiscación⁸⁸, en el siglo XIII dio un viraje hacia una concepción estrictamente contractual. Sin embargo, los canonistas y romanistas, engendradores de la teoría de la resolución del negocio jurídico, desestimaron a la *commise* como fuente directa de inspiración para concebir la categoría jurídica de resolución del negocio jurídico, ya que las cortes canónicas no conocieron el contrato de feudo⁸⁹. Adicionalmente, con el paso del tiempo, la concepción contractual de la *commise* desapareció de forma concomitante al olvido de la relevancia política del esquema feudalista⁹⁰.

Por otro lado, conviene señalar que “la distinción entre contratos nominados e innominados fue decisiva para la cristalización de los caracteres de la resolución por incumplimiento. Para que esta pudiera darse en los contratos nominados, comenzando por la compraventa, era indispensable un pacto a propósito, mientras que en los innominados la resolución

⁸¹ Boyer, G., *Recherches historiques sur la résolution des contrats*, Paris, Les presses universitaires de France, 1924, p. 224, citado (y traducido) por Mélich-Orsini, J., *La resolución del contrato por incumplimiento*, cit., p. 63.

⁸² Capitant, H., *De la causa de las obligaciones*, trad. E. Tarragato y Contreras, Madrid, Góngora, 1927, p. 322.

⁸³ Es decir, aquel que “engendraba entre el vasallo y el señor, obligaciones recíprocas”: Mélich-Orsini, J., *La resolución del contrato por incumplimiento*, cit., p. 64.

⁸⁴ Boyer, G., *Recherches historiques sur la résolution des contrats*, cit., p. 330.

⁸⁵ Auletta, G.G., *La risoluzione per inadempimento*, Milano, Giuffrè, 1942, p. 43.

⁸⁶ Boyer, G., *Recherches historiques sur la résolution des contrats*, cit., p. 330.

⁸⁷ *Ibidem*.

⁸⁸ *Ibidem*.

⁸⁹ *Ibidem*, p. 332.

⁹⁰ *Ibidem*.

operaba automáticamente”⁹¹. Puntualmente, el Derecho Intermedio, comprensivo de los estudios de glosadores, posglosadores y humanistas⁹², aportó un aspecto que, a la postre, permitió conceptualizar la resolución del negocio jurídico, esto es, “la elaboración de la moderna idea de *causa*”⁹³ (cursiva dentro del texto original), porque, en los siglos XVII y XVIII, permitió “extender el ámbito de la acción resolutoria [...] a los contratos nominados”⁹⁴. Además, podría aseverarse que “fueron los Glosadores quienes, en su afán de ajustar los textos romanos a las necesidades y mentalidad de su tiempo [...] llegaron a atribuirle un fundamento romano a la resolución, especialmente en lo que hace a la compraventa”⁹⁵.

Luego, dice Mélich-Orsini, “los esfuerzos cumplidos por los escritores del derecho común habrían resultado vanos, si a los mismos no se hubiera sumado el trabajo jurisprudencial de los Parlamentos del Antiguo Régimen [de Francia prerrevolucionaria] en torno a la extensión del privilegio del vendedor de la cosa vendida y no pagada, sobre tal cosa”⁹⁶. Subsecuentemente, con base en dicho privilegio “se pasará a la idea de que el vendedor de la cosa mueble vendida sin término, continúa legitimado para ejercer la acción reivindicatoria mientras no haya sido pagado; idea que más tarde se extenderá al vendedor de una cosa inmueble, luego al permutante no correspondido, y así sucesivamente, hasta completar toda una teoría general de la resolución en los contratos nominados”⁹⁷.

Así, en el siglo XVI, siguiendo la jurisprudencia del Parlamento Francés, Dumoulin propendió por el principio, según el cual, todo contrato de origen romano comporta,

⁹¹ Hinestrosa, F., *Tratado de las obligaciones II: de las fuentes de las obligaciones: el negocio jurídico vol. II*, cit., p. 849.

⁹² Mélich-Orsini, J., *La resolución del contrato por incumplimiento*, cit., p. 66. Ello fue así gracias a la obra de Bartolo, pues a partir de la “abstracción de las imperfecciones de dichas distinciones [esto es, la distinción entre causa próxima y remota o final], lo importante es que, para Bartolo, la causa final resulta un elemento de todo compromiso contractual y que en los contratos bilaterales viene a estar representada por la contraprestación esperada, con exclusión de los motivos [...] lo cierto es que la expresión *causa* ha adquirido ahora un sentido diferente de aquel simple '*res suministrada*' que le habían atribuido los romanos, y sirve para poner de relieve un elemento intencional cuya frustración permite aniquilar el acto jurídico en virtud del adagio '*cesante causa cessat effectus*'”: Ibidem, p. 68.

⁹³ Ibidem, p. 66.

⁹⁴ Ibidem, p. 67.

⁹⁵ Hinestrosa, F., *Tratado de las obligaciones II: de las fuentes de las obligaciones: el negocio jurídico vol. II*, cit., p. 847.

⁹⁶ Ibidem, p. 72. En efecto, “las primeras sentencias del Parlamento de París concentran sus esfuerzos en reconocer al vendedor un derecho real sobre la cosa vendida y no pagada”: Ibidem, p. 73. Aquel derecho, dice Mélich-Orsini, comportaba que si el vendedor otorgaba un término para proceder al pago, siguiéndose un embargo de la cosa vendida con ocasión de la acción de otro acreedor, el vendedor podría impedir la venta de la cosa y, consecuentemente, tener preferencia sobre el precio de la cosa, respecto de los demás acreedores. Cfr. Ibidem, p. 73.

⁹⁷ Ibidem, p. 73.

tácitamente, un pacto resolutorio⁹⁸. Aquella premisa, y las ramificaciones históricas reseñadas, resultaron vertidas en el artículo 1184 del Código Civil francés. La alusión al carácter “tácito” de la resolución explica por qué, actualmente, se habla de “condición tácita”. En fin, la incorporación de la resolución del negocio jurídico en la disposición del artículo 1184 del Código Civil francés es patente de cómo la figura en comento pasó de ser una cláusula antiquísima a una suerte de elemento natural del negocio⁹⁹, en virtud de una “presunción’ bajo la forma de condición tácita”¹⁰⁰.

Frente al artículo 1184 del Código Civil francés vale la pena poner de relieve que , algunos han dicho que, “aquella fórmula es de Bigot de Prémeneu y que corresponde a un malentendido del texto de Pothier”¹⁰¹. En cualquier caso, lo que sí es cierto es que el *Code Civil* “volvió normatividad una práctica inveterada, pero con la particularidad de que la resolución del contrato sinalagmático resultó siendo indefectiblemente producto de decisión judicial, aun en el supuesto de cláusula o condición resolutoria, y con efecto retroactivo, caracteres que la doctrina y jurisprudencia francesas y, con ellas, las de los países nutridos en ese ordenamiento, convirtieron en apoteagma”¹⁰².

En suma, del recorrido histórico detallado con anterioridad, es dable concluir que el fundamento contemporáneo de la resolución del negocio jurídico es el sinalagma funcional¹⁰³ concatenado con la causa misma del negocio jurídico, en el sentido de que, en todo negocio jurídico bilateral, cada obligación tiene por causa la obligación de la contraparte, de tal modo que si una de las obligaciones es incumplida, la obligación correlativa quedará sin causa y, en consecuencia, deberá aniquilarse el negocio jurídico del que dichas obligaciones dimanaron¹⁰⁴.

15. RECEPCIÓN DE LA RESOLUCIÓN DEL NEGOCIO JURÍDICO EN EL ORDEN JURÍDICO COLOMBIANO

Como quedó dicho, los linderos y características de la resolución del negocio jurídico

⁹⁸ Petronio, U., *Risoluzione. Diritto intermedio*, en *Enciclopedia del Diritto*, XL, Padova, Cedam, 1989, p. 1300.

⁹⁹ Genicon, T., *La résolution du contrat pour inexécution*, Paris, La librairie juridique de référence en ligne, 2007, p. 147.

¹⁰⁰ Hinestrosa, F., *Tratado de las obligaciones II: de las fuentes de las obligaciones: el negocio jurídico vol. II*, cit., p. 849.

¹⁰¹ Ibídem, p. 850. Cfr. Capitant, H., *De la causa de las obligaciones*, cit., p. 327; AA. VV., *Les effets du contrat à l'égard des tiers, comparaisons franco-belges*, bajo la dirección de M. Fontaine y J. Ghestin, Paris, LGDJ, 1992, p. 340.

¹⁰² Hinestrosa, F., *Tratado de las obligaciones II: de las fuentes de las obligaciones: el negocio jurídico vol. II*, cit., p. 850.

¹⁰³ Mélich-Orsini, J., *La resolución del contrato por incumplimiento*, cit., p. 64. Entendiendo por sinalagma funcional “el hecho de que la prestación de cada parte depende, en su ejecución, del recíproco cumplimiento de la otra”: Rodríguez-Rosado, B., *Resolución y sinalagma contractual*, Madrid, Marcial Pons, 2013, p. 11.

¹⁰⁴ Gómez Duque, A., “La resolución de los contratos por incumplimiento”, en *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, Universidad Pontificia Bolivariana, n.º 45, 1971, p. 24.

pasaron del Código Civil francés a todos los Códigos que de él derivaron por las vicisitudes propias del fenómeno de la codificación. En esa medida, sin que el interés de este acápite sea precisar de forma exhaustiva la regulación de la figura en comento, sí vale la pena señalar, como es bien sabido, que el artículo 1546 del Código Civil colombiano indica que “en los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria en caso de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado. Pero en tal caso podrá el otro contratante pedir a su arbitrio, o la resolución o el cumplimiento del contrato con indemnización de perjuicios”¹⁰⁵. De otro lado, el Código de Comercio, con diferente fórmula pero bajo la misma lógica, indica en su artículo 870 que “en los contratos bilaterales, en caso de mora de una de las partes, podrá la otra pedir su resolución o terminación, con indemnización de perjuicios compensatorios, o hacer efectiva la obligación, con indemnización de los perjuicios moratorios”.

Sobre el particular, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia ha sostenido que “en estos enunciados normativos se materializa la voluntad del legislador patrio de consagrar la fuerza vinculante de los contratos, es decir su función ordenadora de las relaciones sociales, al tiempo que reconoce su carácter interpretativo del negocio jurídico”¹⁰⁶. En punto de la fórmula utilizada por el artículo 1546 del Código Civil colombiano, aquella Corporación ha aseverado que “en el precepto contenido en el artículo 1546 del C.C. se entronizan las dicientes expresiones: 'pedir a su arbitrio' referidas a la 'resolución o el cumplimiento', arbitrio este que no tiene por qué eclipsarse, a pretexto de reflexiones doctrinales cimentadas -o influidas- por textos legislativos diferentes, por granadas que ellas resulten. No obstante, huelga resaltar que dicho *jus variandi*, como todo derecho subjetivo, es relativo, de modo que la potestad de variar o migrar de una pretensión a la otra está limitada, entre otras causas, por el acerado deber a cargo del acreedor de no incurrir en ejercicio abusivo del mismo, en claro desmedro de principios tan capitales como el de la buena fe”¹⁰⁷.

Por lo demás¹⁰⁸, debe indicarse en punto de la regulación de la figura que, con arreglo a la

¹⁰⁵ Aquella redacción da cuenta de una premisa reiterada con ahínco en la doctrina, esto es, que “la resolución por incumplimiento nació en el seno de la disciplina de los contratos de prestaciones correlativas, sinalagmáticos o bilaterales, y precisamente en razón de su estructura y su funcionalidad. De ahí la afirmación pacífica de que la figura es propia, por no decir exclusiva de ellos. Empero, la doctrina francesa en general sostiene que también son resolubles los contratos unilaterales y los llamados sinalagmáticos imperfectos”: Hinestrosa, F., *Tratado de las obligaciones II: de las fuentes de las obligaciones: el negocio jurídico vol. II*, cit., p. 851.

¹⁰⁶ Cas. 17 de agosto de 2016, n.º rad. 11001-31-03-007-2007-00606-01, p. 12.

¹⁰⁷ Cas. 22 de octubre de 2003, exp. 7451, p. 23 y 24.

¹⁰⁸ Como es de esperarse, la Sala de Casación Civil, fincada en el devenir propia de la vida práctica, ha depurado las especificidades de la figura en comento. Así, por ejemplo, se ha referido a la imposibilidad de ejercer, de forma simultánea, la acción de cumplimiento y la de resolución, ambas dimanantes del artículo 1546 del Código Civil (Cfr. Cas. 22 de octubre de 2003, exp. 7451); también ha aludido a que el ejercicio de

preceptiva civil colombiana, la resolución es predicable de “los contratos de prestaciones correlativas por incumplimiento de los deberes que originan, o por imposibilidad de la prestación o de la continuidad de la ejecución del contrato, y de los gratuitos, además, por ingratitud en las donaciones entre vivos o irrevocables [...] y por arbitrio del donante en las *mortis causa* o revocables [...] Pero no el contrato aleatorio, con expreso señalamiento legal del de renta vitalicia (art. 2294 c.c). La razón de esta desviación o excepción se ha hecho consistir en la circunstancia de que la razón de ser del contrato y de las obligaciones está remitida allí al alea, riesgo o incertidumbre. Sin embargo, no se ve consistente y equitativa esa postura, comoquiera que en el desarrollo de la ejecución del contrato, antes de que el azar defina el resultado económico prestacional, puede ocurrir un incumplimiento grave de parte de uno de los contratantes, que bien merece ser respondido con la resolución”¹⁰⁹.

16. CONCEPTO DE LA RESOLUCIÓN DEL NEGOCIO JURÍDICO

El vocablo resolución, aún bajo la égida de la teoría general del negocio jurídico, es una expresión eminentemente polisémica¹¹⁰. Por tanto, una aproximación inicial debe provenir de su uso en el lenguaje ordinario, en donde, en lo pertinente, la resolución se refiere a la

la acción resolutoria comporta la exigencia relativa a que el deudor debe ser constituido en mora (Cfr. Cas. 27 de julio de 1936, XLIV, p. 87-90; cas. 21 de abril de 1939, XLVIII, p. 55-60); así mismo, ha tenido ocasión de distinguir la resolución y la nulidad como formas de la ineficacia del negocio jurídico (Cfr. Cas. 23 de septiembre de 1938, XLVII, p. 240-246; cas. 26 de junio de 1935, XLII, p. 182; cas. 12 de marzo de 1958, LXXXVII, p. 443; cas. 12 de noviembre de 1998, exp. 5077); consecuentemente, ha alindado la exigencia concerniente a que, para la procedencia de la pretensión de resolución de un negocio jurídico, quien la formula debe ser la parte cumplida o que, a lo menos, ha realizado actos tendientes al cumplimiento de la obligación a su cargo (Cfr. Cas. 14 de diciembre de 2010, exp. 8463, p. 13); en boga de la sistematización, sintetizó los requisitos de la figura bajo estudio (Cfr. Cas. 26 de enero de 1994, exp. 3910; cas. 1º de julio de 2009, n.º rad. 11001-3103-039-2000-00310-01, p. 63); adicionalmente, ha hecho particular ahínco en la exigencia de que el incumplimiento -una de las causas de la forma de ineficacia bajo estudio- sea cualificado, esto es, grave y no, como es natural, nimio, y más recientemente “esencial” (Cfr. Cas. 11 de septiembre de 1984, CLXXVI, 2415, p. 237-248; cas. 14 de enero de 2005, exp. 7524; cas. 18 de diciembre de 2009, n.º rad. 4100131030041996-09616-01); consecuencialmente, ha estudiado los efectos de la figura (Cfr. 15 de diciembre de 1936, XLIV, p. 526-529; cas. 26 de noviembre de 1935, XLIII, p. 391; cas. 24 de febrero de 2003, exp. 6610; cas. 28 de junio de 1919, XXVII, p. 212-213; cas. 2 de octubre de 2000, exp. 5592; cas. 4 de junio de 2004, exp. 7748), donde se ha hecho particular hincapié en la procedencia o improcedencia de la corrección monetaria (Cfr. Cas. 21 de marzo de 1995, exp. 3328; cas. 1º de abril de 1987, CLXXXVIII, p. 123; cas. 15 de enero de 2004, exp. 6913; cas. 12 de marzo de 2004, exp. 6759; cas. 4 de junio de 2004, exp. 7748).

¹⁰⁹ Hinestrosa, F., *Tratado de las obligaciones II: de las fuentes de las obligaciones: el negocio jurídico vol. II*, cit., p. 852. A propósito de aquella particularidad, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia ha afirmado que “en el contrato de renta vitalicia no tiene cabida la acción de resolución por el no pago de la renta, conforme a lo dispuesto por el artículo 2294 del C.C, a menos que las partes hayan estipulado otra cosa. La acción procedente es la que establece el artículo 2295 de la obra citada, para obtener el pago de lo atrasado y obligar al deudor a prestar seguridades para el pago futuro”: cas. 10 de marzo de 1942, LIII, p. 109.

¹¹⁰ Hinestrosa, F., *Tratado de las obligaciones II: de las fuentes de las obligaciones: el negocio jurídico vol. II*, cit., p. 845.

“acción y efecto de resolver o resolverse”¹¹¹, esto es “deshacer o disolver algo”¹¹².

En términos generales, es del caso considerar que “un contrato, en principio, no es una entidad material, como un automóvil y, por ende, no se destruye como se destruyen los automóviles. Un contrato es un hecho institucional, creado mediante convención social, y estructurado a través de normas jurídicas. Así, pues, un contrato se resuelve cuando se le da aplicación a la norma jurídica extintiva de resolución [...] La aplicación de la norma jurídica de resolución implica la extinción del contrato y de los vínculos jurídicos que éste conlleva; pero con una particularidad bien importante: la retroactividad”¹¹³.

Puntualmente, en el contexto de la teoría general del negocio jurídico, la resolución del negocio jurídico puede referirse a “la eliminación de aquel por la ocurrencia del hecho futuro e incierto prevenido al efecto por las partes (condición resolutoria, art. 1536 c.c), la terminación del contrato por decisión judicial en caso de advenimiento de circunstancias que ocasionan un desequilibrio prestacional que no sea posible reequilibrar (art. 868 c.co.), la resolución por una imposibilidad sobrevenida fortuitamente de ejecutarlo, pero, primordialmente, la resolución del contrato de prestaciones correlativas por causa de incumplimiento (arts. 1546 c.c y 870 c.co.)”¹¹⁴.

17. LA RESOLUCIÓN DEL NEGOCIO JURÍDICO: ¿ES, STRICTO SENSU, UNA “CONDICIÓN”?

Es pertinente poner de manifiesto una disquisición conceptual relevante para dispersar la confusión que pudiere derivar de una lectura no detenida del artículo 1546 del Código Civil colombiano, pues “dicho texto denomina la resolución del contrato 'condición resolutoria', lo cual, a primera vista, podría dar a entender que ésta es una variedad de la 'condición resolutoria de la obligación' (arts. 1.536 C.C. col. y 1.479 C. C. ch.). Sin embargo, entre la 'resolución' y la 'condición resolutoria' existen, por lo menos, dos grandes diferencias: en primer lugar, la resolución es una norma de extinción de la institución denominada contrato, y la condición resolutoria se refiere a la extinción de una obligación contractual (arts. 1.625 C.C. col. y 1.567 N° 9 C.C. ch.), lo cual no implica, necesariamente, la terminación de la convención. Y, en segundo lugar, la resolución obedece a la estructura obligacional misma del contrato, opera cuando se presenta un hecho específico interno: el incumplimiento de una obligación contractual; mientras que la condición resolutoria opera

¹¹¹ Real Academia Española de la Lengua., *Diccionario de la Lengua Española*, 23.1.ª ed., 2017, disponible en: <http://dle.rae.es/?id=WB9Lgi3> [consultado el 28 de febrero de 2018].

¹¹² Real Academia Española de la Lengua., *Diccionario de la Lengua Española*, 23.1.ª ed., 2017, disponible en: <http://dle.rae.es/?id=WBV06OC> [consultado el 28 de febrero de 2018].

¹¹³ Mantilla Espinosa, F. y Ternera Barrios, F., “La resolución de los contratos en el derecho colombiano”, en *Revista Chilena de Derecho Privado*, Universidad Diego Portales, n.º 5, 2005, p. 45.

¹¹⁴ Hinestrosa, F., *Tratado de las obligaciones II: de las fuentes de las obligaciones: el negocio jurídico vol. II*, cit., p. 845.

por el acaecimiento de un hecho externo al contrato”¹¹⁵.

18. ¿MANIFESTACIÓN DE LA INEFICACIA DEL NEGOCIO JURÍDICO O REMEDIO NEGOCIAL?

En fin, un aspecto interesante que, *prima facie*, puede ser estimado como superfluo, es aquel relativo a si la resolución es una manifestación de la ineficacia del negocio jurídico o, de otro lado, es un remedio propio de negocios jurídicos bilaterales¹¹⁶. La duda podría germinar por razón de las palabras empleadas: “manifestación de la ineficacia del negocio jurídico” y “remedio”¹¹⁷, respecto del cuales, pareciera existir una suerte de yuxtaposición, porque la primera representa un defecto o disfuncionalidad del negocio jurídico y, la segunda, alude a una medida correctiva de aquel defecto o disfuncionalidad.

Obviando el juego de palabras, y atendiendo, en puridad, al sustrato conceptual de la categoría jurídica de “resolución”, la respuesta a la dificultad postulada no puede ser otra que la consideración de que, la resolución es, en efecto, un remedio orientado a lidiar con una vicisitud acaecida en el íter del negocio jurídico: el incumplimiento grave de una de las partes; pero, la implicación de aquel mecanismo es, insoslayablemente, la aniquilación del negocio jurídico. Así, puede apreciarse que, la resolución, en todo caso acompasa la privación de los efectos del negocio jurídico, luego, por supuesto que es una manifestación de la ineficacia del negocio jurídico, sea en virtud de una entereza conceptual propia o como consecuencia de un remedio¹¹⁸.

19. EFECTOS DE LA RESOLUCIÓN DEL NEGOCIO JURÍDICO

Llama la atención que los cuerpos normativos que resultaron del fenómeno de la

¹¹⁵ *Ibíd.*, p. 51.

¹¹⁶ Sin embargo, se ha venido postulando la premisa, de conformidad con la cual, es dable resolver negocios jurídicos unilaterales y, a decir verdad, cualquier tipo de negocio jurídico. En efecto, se ha argüido que, en procura de una óptica jurídica realista, y “partiendo de las situaciones específicas que se desprenden de las relaciones socioeconómicas y de su regulación mediante normas jurídicas particulares, y no a través de abstractas teorías generales que no sirven para dar cuenta de la especificidad y variedad de la realidad social [...] la mera referencia al incumplimiento grave de una obligación contractual basta para justificar la resolución de los contratos”: Mantilla Espinosa, F. y Ternera Barrios, F., “La resolución de los contratos en el derecho colombiano”, cit., p. 59.

¹¹⁷ Entendiendo por ello un mecanismo jurídico, en virtud del cual, es dable “oponerse a la continuidad del vínculo contractual por eventos sobrevivientes que alteran el nexo de corresponsividad entre las prestaciones generadas de un contrato con prestaciones corresponsivas”: Molares Hervias, R., *Las patologías y los remedios del contrato*, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2010, p. 213, disponible en: http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/123456789/4682/MORALES_HERVIAS_ROMULO_P_ATOLOGIAS_CONTRATO.pdf?sequence=1 [consultado el 1º de marzo de 2018].

¹¹⁸ Puesto de otra forma, la resolución implica que el “contrato es válido y eficaz, pero en un momento sobreviniente presenta una disfunción –es decir un defecto funcional sobreviniente, una incapacidad o inidoneidad sobreviniente para funcionar- que autoriza la extinción del contrato y, por consiguiente, *comporta su ineficacia retroactiva entre las partes*” (cursiva por fuera del texto original): Molares Hervias, R., *Las patologías y los remedios del contrato*, cit., p. 213.

codificación “disponen simplemente que la facultad resolutoria surge cuando el contrato se incumple; sin mayores precisiones”¹¹⁹, de tal modo que, sus efectos, no son reglados de forma general ni específica. De ahí que “la disciplina respectiva corre de cuenta de la doctrina y la jurisprudencia, que, sin más, aplican a la [resolución] las mismas reglas que gobiernan los efectos de la nulidad, que a su turno se remiten a las pautas que rigen las prestaciones mutuas en materia de reivindicación, lo cual, de suyo, significa una gran ventaja, por su contribución a una unidad conceptual y práctica del tema de las restituciones”¹²⁰.

En todo caso, de los copiosos aportes en la materia, es dable y, por demás, pertinente, extraer que, la resolución, comporta un efecto dual, de un lado, la supresión de “la vinculación que pende con una contraparte que faltó gravemente a su compromiso”¹²¹, esto es, una arista que, evidentemente, tiene una vocación prospectiva; y de otro lado, la retrotracción¹²² del estado de las cosas al statu quo jurídico y/o material que antecedió al negocio jurídico resuelto¹²³, esto es, un efecto de índole retroactiva, pues supone la modificación de una situación jurídica ya acaecida.

Finalmente, corresponde indicar que la retroactividad de la resolución “es un efecto posible de la resolución por inejecución, pero no un efecto necesario”¹²⁴, pues en los negocios jurídicos de tracto sucesivo se surtiría una resolución sin efectos retroactivos¹²⁵, dada la

¹¹⁹ Peñailillo Arévalo, D., “Algunas reformas a la resolución por incumplimiento”, en *Revista de Derecho*, Universidad de Concepción, n.º 231-232, año LXXX, 2012, p. 19.

¹²⁰ Hinestrosa, F., *Tratado de las obligaciones II: de las fuentes de las obligaciones: el negocio jurídico vol. II*, cit., p. 900. Valga decir que, de cara a terceros, la resolución les será oponible en tanto hayan sido convocados al proceso en el que se declaró la resolución del negocio jurídico en cuestión. Cfr. *Ibidem*, p. 900; cfr. Cas. 29 de octubre de 2009, n.º rad. 5200131030032000-00288-01.

¹²¹ *Ibidem*, p. 901.

¹²² Aquella operación de retrotraer las cosas a un estado anterior supone que “las partes deberán proceder a las restituciones mutuas, como si no hubiera existido convención. Esto es lo que se conoce con el nombre de ficción jurídica [...] La ficción consiste en suponer que nunca existió un contrato que, evidentemente, sí existió antes de la aplicación de la norma de resolución, y los efectos jurídicos que se desprenden de la ficción son clarísimos: dejarlos patrimonios de las partes en el estado en el que se encontrarían si no hubiere habido convención”: Mantilla Espinosa, F. y Ternera Barrios, F., “La resolución de los contratos en el derecho colombiano”, cit., p. 45 y 46.

¹²³ *Ibidem*. La Casación Civil, evocando las fórmulas ya clásicas de “*ex nunc*” y “*ex tunc*”, ha sostenido que “la resolución del contrato, a la vez que apareja como principal consecuencia la extinción del conjunto de obligaciones surgidas del mismo -efectos *ex nunc*-, tiene además eficacia retroactiva -*ex nunc*- en aquellos eventos en que, no siendo negocios de tracto sucesivo, verifican actos de cumplimiento entre las partes”: cas. 4 de junio de 2004, exp. 7748.

¹²⁴ Genicon, T., *La résolution du contrat pour inexécution*, cit., p. 26, citado (y traducido) por Hinestrosa, F., *Tratado de las obligaciones II: de las fuentes de las obligaciones: el negocio jurídico vol. II*, cit., p. 903.

¹²⁵ Capitant, H., *De la causa de las obligaciones*, cit., p. 345.

dificultad¹²⁶ de deshacer las prestaciones ya ejecutadas y cristalizadas¹²⁷.

III. LA NULIDAD DEL NEGOCIO JURÍDICO

20. INTRODUCCIÓN A LA NULIDAD DEL NEGOCIO JURÍDICO

A título de prolegómeno, vale la pena señalar que la manifestación de la ineficacia del negocio jurídico que, en lo sucesivo, será objeto de estudio, es una patología respecto de la cual se ha discurrido amplísimamente en cuanto a cada uno de sus aspectos, a tal punto que, en la dogmática del negocio jurídico, aparece como la categoría de ineficacia del negocio jurídico por antonomasia.

Así, se ha afirmado de forma ciertamente reiterativa¹²⁸ que, la nulidad del negocio jurídico consta de varias particularidades de cara a las demás concreciones de la ineficacia negocial, de las cuales, interesa poner de relieve aquella concerniente a la razón por la cual existe la nulidad, esto es, que el ejercicio de la autonomía privada no equivale a “un indiscriminado e incondicional respaldo a favor de cualquier negocio jurídico [...] emergen así los llamados 'límites al ejercicio de la autonomía privada', linderos en este entorno justificados plenamente por requerimientos superiores que imponen que en aras de la debida tutela de los superiores intereses del colectivo social, celosamente custodiados por el derecho, los contenidos negociales no se levanten en su contra, con lo cual se evita el consecuente daño o lesión para los mismos, que en últimas significaría menoscabos en contra de todas las

¹²⁶ Dificultad que, por ejemplo, a nivel conceptual no se presenta en el ordenamiento jurídico italiano, en tanto el artículo 1458 del Código Civil italiano formuló la disquisición necesaria para disipar dudas, pues preceptúa que “*la risoluzione del contratto per inadempimento ha effetto retroattivo tra le parti, salvo il caso di contratti i esecuzione continuata o periodica, riguardo quali l'effetto della risoluzione non si estende le prestazioni già eseguite*”.

¹²⁷ Circunstancia que ha sido identificada por algún sector de la doctrina francesa bajo el vocablo “résiliation”. Cfr. Larroumet, C., *Les obligations. Le contrat*, Paris, Ed. Economica, 2003, p. 612-615. No obstante, el uso de aquel vocablo puede devenir en confusiones, ya que “otro sector de la doctrina se sirve también de la misma palabra para referirse tanto a la facultad excepcional de terminación unilateral de un contrato, sin que haya mediado incumplimiento, como a la terminación por mutuo acuerdo [...] No obstante, en el Derecho colombiano hay que tener especial cuidado con esta palabra, pues en la jurisprudencia se suele utilizar este mismo término para referirse a la extinción del contrato por consentimiento mutuo”: Mantilla Espinosa, F. y Ternera Barrios, F., “La resolución de los contratos en el derecho colombiano”, cit., p. 46. Cfr. Cas. 9 de febrero de 2004, exp. 7577; cas. 5 de noviembre de 1979, CLIX, n.º 2400, p. 314 y 315. Por lo demás, invariablemente y con aserto en la disposición del artículo 870 del Código de Comercio colombiano, se alude a la resolución sin efectos retroactivos bajo el *nomen iuris* de “terminación”.

¹²⁸ Cfr. Lutzescio, G., *Essai sur les nullités des actes juridiques, à caractère patrimonial*, Paris, Sirey, 1938; Cumyn, M., *La validité du contrat suivant le droit strict ou l'équité: étude historique et comparée des nullités contractuelles*, Paris, LGDJ, 2002; Scalisi, V., *Nullità e inefficacia nel sistema europeo di contratti*, en *Il contratto e le tutele, prospettive di diritto europeo*, Torino, Giappichelli, 2002; Díaz-Ramírez, E., *Las nulidades*, en *La terminación del contrato*, dir. Por Gaitán J. y Mantilla, F., Bogotá, Universidad del Rosario, 2007.

personas”¹²⁹.

21. EL ORIGEN HISTÓRICO DE LA NULIDAD DEL NEGOCIO JURÍDICO

Es importante partir del presupuesto de que la nulidad es una categoría que se constituyó en el seno del pensamiento jurídico moderno¹³⁰. Sin embargo, es un instituto que, como muchos otros, hunde “sus raíces en la tradición del antiguo derecho -especialmente el derecho romano- del cual emergen las soluciones en un contexto proclive a la abstracción y generalización”¹³¹. Sin perjuicio de lo anterior, en línea de principio, la nulidad, en tanto manifestación de la ineficacia del negocio jurídico, fue desconocida en el Derecho Romano antiguo, clásico temprano y el intermedio, en tanto no hubo consciencia de ella y, por ende, interés sobre su funcionamiento¹³², en la medida en que la “primera anomalía que adquiere relevancia en cuanto al acto de disposición de intereses es la carencia o la irregularidad del rito respectivo, a cuya perfección estaba sometida su eficacia: *quod nullum est, nullum producit effectum*”¹³³ (cursiva dentro del texto original), de tal suerte que, en gran medida, los aspectos subjetivos del negocio eran inobservados.

De ahí que en los albores de la nulidad del negocio jurídico, puede entreverse que su construcción, estuvo ligada, en gran medida, a la consideración de los aspectos subjetivos del negocio jurídico, en particular, aquellos que tocan con la voluntad de los sujetos negociales. En efecto, el interés por los aspectos volitivos del negocio, aunado a la contratación en el Derecho de Gentes, delineó la base conceptual de la nulidad del negocio jurídico¹³⁴; puntualmente, la actividad del pretor y la asimilación de los esquemas contractuales del *jus gentium* devinieron en “la lenta introducción de la 'anulabilidad', en concreto a propósito de la protección de la voluntad en los casos de 'dolo' y 'fuerza’”¹³⁵.

¹²⁹ Ramírez, E., *La ineficacia en el negocio jurídico*, cit., p. 45. Aquellos límites al ejercicio de la autonomía privada, puesto sucintamente, engloban el respeto a “las normas imperativas del sistema legal (legalidad) [...] orden público (conformidad con el orden público) [...] y actuar conforme a las buenas costumbres (moralidad)”: Ramírez, E., *La ineficacia en el negocio jurídico*, cit., p. 45.

¹³⁰ Zannoni, E., *Ineficacia y nulidad de los actos jurídicos*, Buenos Aires, Editorial Astrea, 2007, p. 146.

¹³¹ *Ibidem*.

¹³² Talamanca, M., *La risoluzione della compravendita e le conseguenti azioni di restituzione nel diritto romano*, cit., p. 2. Efectivamente, “ni derecho romano [sic], ni el antiguo, ni el clásico temprano ni el intermedio, han conocido un grado de ineficacia en cuya virtud el contrato alcance existencia y valga hasta tanto una de las partes, a cuya tutela propende el orden jurídico en vista de una deficiencia en aspectos subjetivos, lo impugne y logre su aniquilamiento. Lo anterior porque los juristas de épocas anteriores no han otorgado mayor relieve al aspecto subjetivo del negocio”: Ramírez, E., *La ineficacia en el negocio jurídico*, cit., p. 126 y 127.

¹³³ Hinestrosa, F., *Tratado de las obligaciones II: de las fuentes de las obligaciones: el negocio jurídico vol. II*, cit., p. 703.

¹³⁴ Ramírez, E., *La ineficacia en el negocio jurídico*, cit., p. 127.

¹³⁵ *Ibidem*. A este respecto, la jurisdicción pretoriana creó instrumentos para inhibir los efectos del acto originado en circunstancias de dolo o fuerza, esto es, excepciones, en particular, la “*exceptio doli* frente al

Consecuentemente, vale la pena llamar la atención sobre dos aspectos; en primer lugar, en el antiguo Derecho Francés, se empezó a perfilar “una clasificación de las nulidades, unas de pleno derecho, otras necesitadas de invocación de parte exclusivamente legitimada”¹³⁶ - el origen puntual de aquella clasificación no es reconducible a una fuente concreta¹³⁷-. Y, en segundo lugar, el hecho de que, el Código Civil Francés, no previó una disciplina o sistemática suficientemente amplia como para erigir una teoría general de las nulidades¹³⁸, pues sólo se establecieron dos artículos en la materia: el artículo 1117, concerniente a los vicios de la voluntad, y el artículo 1304, relativo a la prescripción de la acción de rescisión.

De otro lado, en la Pandectística alemana¹³⁹ se consolidó la clasificación de la nulidad del negocio jurídico que, a la postre, serviría a la distinción de corte francés¹⁴⁰ y que, a su

dolo y *exceptio metus causa* con referencia a la violencia”: Ramírez, E., *La ineficacia en el negocio jurídico*, cit., p. 127. Así, a propósito de la *exceptio doli generalis*, idónea para estos menesteres, y “esgrimible no solamente cuando por engaño se obtenía la celebración del acto, sino también cuando sus términos indicaban una transgresión de las normas fundamentales de la sociedad o un quebranto injustificado para uno de los intervinientes. Resultado de dicha *exceptio*, que, por lo demás, vetaba la *actio* del pretendido acreedor, era la *in integrum restitutio*, decretada a fin de suprimir los rastros de la operación incorrecta, a solicitud de la parte afectada”: Hinestrosa, F., *Tratado de las obligaciones II: de las fuentes de las obligaciones: el negocio jurídico vol. II*, cit., p. 703. Cfr. Gout, O., *Le juge et l'annulation du contrat*, Aix-en-Provence, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1999, p. 26 ; Rosseti, G., 'Nullità' e 'annullabilità' nell'esperienza giuridica romana, en Boudot et Vecchi, *La théorie des nullités*, Aix-en-Provence, Presses Universitaires Aix-Marseille, 2009, p. 18 y ss. Dicho sucintamente, “los juristas romanos que no construyeron una doctrina general del negocio jurídico tampoco desarrollaron una teoría de la invalidez del negocio. Además, existía una neta diferencia al considerar este problema entre el derecho civil y honorario. El *ius civile* sólo conocía una alternativa: negocio jurídicamente perfecto, o jurídicamente nulo: es decir, un negocio que no se había querido. En cambio, el derecho pretorio introdujo una tercera posibilidad: la anulabilidad del negocio, que por el derecho civil habría sido válido, cuando la voluntad, aun existiendo, había sido perturbada por un vicio, como en el caso de error, de dolo o de violencia”: De Francisci, P., en *Síntesis histórica del derecho romano*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1954, p. 450.

¹³⁶ Hinestrosa, F., *Tratado de las obligaciones II: de las fuentes de las obligaciones: el negocio jurídico vol. II*, cit., p. 704. Aquella distinción fue estudiada a espacio por los autores franceses del siglo XVIII, quienes distinguieron entre las nulidades de pleno derecho y las rescisiones, las primeras, relativas al evento en el que, el negocio jurídico, no se encontraba en conformidad con el derecho consuetudinario o las ordenanzas; y, las segundas, provenientes del dolo, violencia, lesión o el error. Cfr. Cumyn, M., *La validité du contrat suivant le droit strict ou l'équité: étude historique et comparée des nullités contractuelles*, cit., p. 15.

¹³⁷ Durry, G., *Rapport sur l'inexistence, la nullité et l'annulabilité des actes juridiques en droit civil français*, TAHC, 1961-1962, p. 614.

¹³⁸ *Ibidem*.

¹³⁹ Concretamente, la Pandectística alemana “distinguió dos especies contrapuestas: la nulidad [...] y la anulabilidad propiamente dicha [...] y la impugnabilidad o anulabilidad [...] aquella oponible por cualquier interesado y operante de suyo, y esta invocable solo por la persona calificada al efecto”: *Ibidem*.

¹⁴⁰ “Así, en la doctrina francesa, se distingue entre nulidades absolutas (o nulidades de orden público) y nulidades relativas (o anulabilidad); en el derecho alemán se contraponen, en cambio, la nulidad a la impugnabilidad; en el italiano, la nulidad a la anulabilidad; en el derecho español, la nulidad absoluta -nulidad radical, acto nulo- a la anulabilidad”: Zannoni, E., *Ineficacia y nulidad de los actos jurídicos*, cit., p. 154. Cfr., Planiol, M., Ripert, G. y Esmein, P., *Traité pratique de droit civil français. Obligations*, t. I, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1952, p. 126 y ss; Mazeaud, H., Mazeaud, L. y Mazeaud J., *Lecciones de derecho civil*, parte II, vol. I, trad. L. Alcalá-Zamora y Castillo, Buenos Aires, Ejea, 1959-1965, p. 335; Lehmann, H., *Tratado de derecho civil. Parte general*, vol. I, trad. J. M. Navas, Madrid, Editorial Revista de

turno, se inmiscuyó en nuestra preceptiva civil, esto es, aquella que distingue entre la nulidad absoluta y la nulidad relativa¹⁴¹. Por lo demás, la distinción propia de la doctrina italiana entre nulidad y anulabilidad resultó vertida en el Código de Comercio colombiano.

A partir de la sucinta reseña que precede, puede advertirse que la constante a lo largo del devenir histórico de la nulidad del negocio jurídico ha sido “la distinción entre transgresiones mayores y menores, entre la transgresión de las normas exquisitamente de interés común, cuya vigencia está por encima de cualquier necesidad individual, y la relativa a normas que tienden, además y sustancialmente, a proteger intereses particulares de importancia más reducida”¹⁴².

22. LA RECEPCIÓN DE LA NULIDAD DEL NEGOCIO JURÍDICO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COLOMBIANO

Sin que se pretenda formular un estudio exhaustivo de la disciplina de la nulidad del negocio jurídico en atención a la preceptiva vigente del ordenamiento jurídico colombiano, sí es necesario evocar, así sea tangencialmente, las disposiciones que son de total importancia para comprender, en términos generales, la lógica que rige al instituto en comento.

En este sentido, indudablemente, el punto de partida debe ser la constatación de que, en el ordenamiento jurídico colombiano, la nulidad del negocio jurídico engloba una regulación

Derecho Privado, 1956, p. 246 y ss; Larenz, K, *Derecho Civil. Parte general*, trad. Izquierdo y Macías-Picavea, Madrid, Edersa, 1978, p. 622; De Ruggiero, R., *Instituciones de derecho civil*, t. I, trad. de la 4ª ed. italiana por Ramón Serrano Suñer y José Santa Cruz Teijeiro, Madrid, 1931, p. 308 y ss; Messineo, F., *Manual de derecho civil y comercial*, t. II, trad. S. Sentís Melendo, Buenos Aires, Ejea, 1954, reimpresión de 1971, p. 490; Stolfi, G., *Teoría del negocio jurídico*, trad. J. Santos Briz, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1959, p. 80 y ss; Barbero, D., *Sistema del derecho privado*, t. I, trad. S. Sentís Melendo, Buenos Aires, Ejea, 1967, p. 633 y ss.

¹⁴¹ Distinguidas, con arreglo al esquema clásico de la nulidad, esto es, propio de la doctrina francesa, en los siguientes términos: “La nulidad absoluta aparece, entonces, como la nulidad por antonomasia, sanción por excelencia, que opera de *pleno derecho*, sin necesidad de intervención judicial y, llegado el caso, el papel del juez estaría circunscrito a la *verificación* ('acertamiento') del estado de cosas (*'estado del acto'*) y a ordenar los cambios de titularidad correspondientes al restablecimiento del *statu quo*; todo interesado puede invocarla y sobre las autoridades públicas (juez y Ministerio Público) pesa el deber de denunciarla. En fin, es reacia a cualquier intento de las partes de completar o corregir lo hecho y es inmune al paso del tiempo: no prescribe o, si llega a haber prescripción, esta sería la ordinaria y solo de la acción; pues la excepción es perpetua [...] La nulidad relativa emerge así marginalmente, como una entidad menor, en la que, si bien no puede estar ausente el interés general, razón de ser última de la medida, lo que sobresale es el afán de proteger o tutelar a una de las partes: relativamente incapaz, o al disponente cuyo consentimiento estuvo viciado, o al *dominus* perjudicado por el desempeño del representante en contraposición de sus intereses, la legitimación para invocarla es menor”: Hinestrosa, F., *Tratado de las obligaciones II: de las fuentes de las obligaciones: el negocio jurídico vol. II*, cit., p. 712 y 713.

¹⁴² *Ibídem*, p. 705.

dual, pero no yuxtapuesta, sino más bien complementaria¹⁴³. De un lado, el Código Civil, en su artículo 1740¹⁴⁴ se ocupa de puntualizar cuándo un “acto o contrato” es tenido como nulo y, así mismo, apuntala la clasificación ya aludida de nulidad absoluta y relativa¹⁴⁵; subsecuentemente, el artículo 1741 establece las causales que gestan una nulidad absoluta¹⁴⁶ y, conforme a la depuración doctrinal y jurisprudencial que le sigue, permite colegir las causales, en cuya virtud, dimanaría una nulidad relativa¹⁴⁷; los artículos 1742 y

¹⁴³ Ello es así en virtud de la integración normativa preceptuada por la disposición del inciso 1º del artículo 822 del Código de Comercio colombiano, de conformidad con el cual: “Los principios que gobiernan la formación de los actos y contratos y las obligaciones de derecho civil, sus efectos, interpretación, modo de extinguirse, anularse o rescindirse, serán aplicables a las obligaciones y negocios jurídicos mercantiles, a menos que la ley establezca otra cosa”. De esta disposición es palmaria la consideración de que, en lo pertinente, la normativa mercantil habrá de nutrirse de la civil.

¹⁴⁴ En concreto, indica que “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. La nulidad puede ser absoluta o relativa”.

¹⁴⁵ Cfr. *Supra* nota 141. Sobre el particular, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia ha sostenido que “nuestro estatuto se concreta a la distinción entre nulidades absolutas y relativas, o sea entre un acto *de iure* privable de efectos frente a todos, *ex officio* o a solicitud de interesado [...] y aquel que es invalidable apenas en tutela de determinados intereses, relativa a ellos y, por tanto, únicamente esgrimible por el sujeto individualmente calificado”: cas. 21 de mayo de 1969, CXXIV, p. 169. Cfr. Cas. 15 de febrero de 1940, XLIX, p. 70.

¹⁴⁶ “La nulidad producida por un objeto o causa ilícita, y la nulidad producida por la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos en consideración a la naturaleza de ellos, y no a la calidad o estado de las personas que los ejecutan o acuerdan, son nulidades absolutas. Hay así mismo nulidad absoluta en los actos y contratos de personas absolutamente incapaces. Cualquiera otra especie de vicio produce nulidad relativa, y da derecho a la rescisión del acto o contrato”. Esta norma, en lo tocante con la expresión “cualquiera otra especie de vicio produce nulidad relativa” fue declarada como exequible en la Sentencia de Constitucionalidad No. 345 de 2017, bajo la consideración de que “las disposiciones demandadas no vulneran el libre desarrollo de la personalidad (art. 16) expresado en la autonomía de la voluntad privada y la libertad contractual. El régimen actual de nulidades en relación con la fuerza como vicio del consentimiento optimiza la autonomía privada dado que (i) permite al afectado solicitar que se anule el acto o contrato de manera que se ampare su derecho, expresión de la autonomía privada, a no estar sometido a un contrato que no ha sido consentido libremente sino mediante fuerza o violencia y (ii) asegura dicha autonomía al permitir que el contratante perjudicado, libre ya de la violencia, decida si el negocio jurídico celebrado mediante fuerza o violencia debe anularse o mantenerse [...] La celebración de un contrato -que conforme al artículo 1602 del Código Civil constituye ley para la partes- da lugar al nacimiento de derechos que quedan comprendidos por el artículo 58 de la Carta y, en esa medida, merecen la protección constitucional allí prevista, a menos que exista una razón de utilidad pública o interés social que haga posible su afectación. Permitir la intervención oficiosa de las autoridades judiciales -en contra de la voluntad del afectado que ha decidido no alegar la nulidad relativa- a fin de que declaren de oficio la nulidad de un contrato afectado por un vicio del consentimiento, desconoce la prohibición de afectar derechos adquiridos dado que, como se ha dejado expuesto en esta providencia, respecto de la alegación de este vicio solo existe un interés privado y no, en modo alguno, una razón de interés público o social”.

¹⁴⁷ Esto es, “originan nulidad relativa o anulación los defectos de formalidades de protección o habilitantes [...] y los vicios de la voluntad (arts. 1741 [1 y 2] y 838 c.co); también la violación del orden público de protección”: Hinestrosa, F., *Tratado de las obligaciones II: de las fuentes de las obligaciones: el negocio jurídico vol. II*, cit., p. 768. Cfr. Cumyn, M., *La validité du contrat suivant le droit strict ou l'équité: étude historique et comparée des nullités contractuelles*, cit., p. 9, quien afirma que el orden público de protección es aquel encauzado a la procura de medidas orientadas a propender por la justicia contractual.

1743 se refieren a la declaración de la nulidad absoluta¹⁴⁸ y relativa¹⁴⁹, respectivamente; el artículo 1746 y 1749, se refiere a los efectos de la figura entre las partes¹⁵⁰ y respecto de terceros¹⁵¹, entre otras disposiciones.

De otro lado, el Código de Comercio, como quedó dicho, acuñó la nomenclatura de corte italiano en la materia, en la medida en que alude a la nulidad y anulabilidad¹⁵². Así, el artículo 899 dispone las causales que dan cabida a la configuración de una nulidad¹⁵³ -o, nulidad absoluta-; el artículo 900, puntualiza los eventos constitutivos de la anulabilidad¹⁵⁴.

En fin, vale la pena poner de relieve la firmeza con la que la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia ha conceptualizado las características de la nulidad del negocio jurídico, pues, de forma constante, ha afirmado que, en el ordenamiento jurídico colombiano, el régimen de la nulidad es taxativo y, por ende, de interpretación restrictiva¹⁵⁵.

¹⁴⁸ “La nulidad absoluta puede y debe ser declarada por el juez, aún sin petición de parte, cuando aparezca de manifiesto en el acto o contrato; puede alegarse por todo el que tenga interés en ello; puede así mismo pedirse su declaración por el Ministerio Público en el interés de la moral o de la ley. Cuando no es generada por objeto o causa ilícitos, puede sanearse por la ratificación de las partes y en todo caso por prescripción extraordinaria”.

¹⁴⁹ “La nulidad relativa no puede ser declarada por el juez o prefecto sino a pedimento de parte; ni puede pedirse su declaración por el Ministerio Público en el solo interés de la ley; ni puede alegarse sino por aquéllos en cuyo beneficio la han establecido las leyes, o por sus herederos o cesionarios; y puede sanearse por el lapso de tiempo o por ratificación de las partes”.

¹⁵⁰ “La nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada, da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo; sin perjuicio de lo prevenido sobre el objeto o causa ilícita. En las restituciones mutuas que hayan de hacerse los contratantes en virtud de este pronunciamiento, será cada cual responsable de la pérdida de las especies o de su deterioro, de los intereses y frutos, y del abono de las mejoras necesarias, útiles o voluptuarias, tomándose en consideración los casos fortuitos, y la posesión de buena fe o mala fe de las partes; todo ello según las reglas generales y sin perjuicio de lo dispuesto en el siguiente artículo”.

¹⁵¹ “Cuando dos o más personas han contratado con un tercero, la nulidad declarada a favor de una de ellas no aprovechará a las otras”.

¹⁵² Cfr. *Supra* nota 140.

¹⁵³ “Será nulo absolutamente el negocio jurídico en los siguientes casos: 1) Cuando contraría una norma imperativa, salvo que la ley disponga otra cosa; 2) Cuando tenga causa u objeto ilícitos, y 3) Cuando se haya celebrado por persona absolutamente incapaz”.

¹⁵⁴ “Será anulable el negocio jurídico celebrado por persona relativamente incapaz y el que haya sido consentido por error, fuerza o dolo, conforme al Código Civil. Esta acción sólo podrá ejercitarse por la persona en cuyo favor se haya establecido o por sus herederos, y prescribirá en el término de dos años, contados a partir de la fecha del negocio jurídico respectivo. Cuando la nulidad provenga de una incapacidad legal, se contará el bienio desde el día en que ésta haya cesado”. Esta disposición fue declarada como exequible por la Corte Constitucional mediante la Sentencia de Constitucionalidad 934 del 11 de diciembre de 2013, bajo el entendido de que “el término de prescripción de dos años de la acción de anulabilidad del negocio jurídico que haya sido consentido por la fuerza, se cuenta a partir del día que esta hubiere cesado”.

¹⁵⁵ Cas. 19 de diciembre de 2008, exp. 08158. Debe resaltarse el hecho de que al leer las disposiciones del Código Civil colombiano que reglan la nulidad del negocio jurídico se puede denotar una inconsistencia relativa al *nomen iuris* de la figura en comento, en el sentido de que, en ocasiones, se refiere a la nulidad

23. CONCEPTO DE LA NULIDAD DEL NEGOCIO JURÍDICO

Sea en primer término advertir la ya palmaria consideración de que, en términos generales, la nulidad del negocio jurídico es una de las diversas manifestaciones que la privación de efectos de un negocio jurídico puede asumir. Sin perjuicio de ello, un punto de discusión neurálgico en la doctrina foránea es el relativo a la noción de la invalidez o nulidad¹⁵⁶. Un primer acercamiento a la noción de la nulidad del negocio jurídico se gestó desde la óptica de la llamada concepción organicista, de conformidad con la cual, la nulidad es “un 'estado del acto jurídico', una especie de 'enfermedad congénita' del negocio jurídico, con dos grados de gravedad, localizada en los 'órganos' vitales de aquel, con los caracteres correspondientes: incurables (el acto irremediabilmente condenado a morir: nulidad absoluta) o saneables a discreción de las partes (el acto nació solamente enfermo)”¹⁵⁷.

En este punto, como claramente lo expone Scognamiglio al referirse a las tendencias en materia del concepto de nulidad del negocio jurídico: “la mayoría de los escritores orienta su investigación a individualizar las distintas causas de la invalidez, siguiendo siempre la perspectiva tradicional de la correspondencia o no correspondencia del contrato con el supuesto de hecho legal abstracto, para llegar a la conclusión de que aquella deriva en general de la ausencia o vicio de algún elemento (del supuesto de hecho) esencial para la validez”¹⁵⁸, consecuentemente pone de relieve otra tesis en la materia, la cual “trata de

como si se tratase de la rescisión, siendo que, como se verá, con arreglo a la óptica contemporánea del orden jurídico colombiano, son manifestaciones de la ineficacia del negocio jurídico disímiles. Por ejemplo, el inciso 2º del artículo 1741 del Código Civil colombiano indica que “cualquiera otra especie de vicio produce nulidad relativa, y da derecho a la *rescisión* del acto o contrato”; el artículo 1745 señala que “los actos y contratos de los incapaces, en que no se ha faltado a las formalidades y requisitos necesarios, no podrán declararse nulos ni *rescindirse*, sino por las causas en que gozarían de este beneficio las personas que administran libremente sus bienes”; el artículo 1750 afirma que “El plazo para pedir la *rescisión* durará cuatro años”. En todo caso, aquella inconsistencia se explica por una razón de orden histórico, atinente a la clasificación primigenia de la nulidad del negocio jurídico en la doctrina francesa [Cfr. *Supra* nota 136].

¹⁵⁶ Cfr. Cariota-Ferrara, L., *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Napoli, Morano, 1945, p. 334 y ss; Betti, E., *Teoría general del negocio jurídico*, trad. Martín Pérez A. y Monereo Pérez J., Granada, Comares, 2000; Conso, G., *Il concetto e le specie d'invalidità. Introduzione alla teoria dei vizi degli atti processuali penali*, Milano, Giuffrè, 1955, p. 63.

¹⁵⁷ Hinestrosa, F., *Tratado de las obligaciones II: de las fuentes de las obligaciones: el negocio jurídico vol. II*, cit., p. 715 y 716. Valga decir que dicha concepción se sustentó en la premisa, según la cual, el contrato es una suerte de ser viviente. Cfr. Deroussin, D., *Histoire du droit des obligations*, Paris, Economica, 2007, p. 571 y ss.

¹⁵⁸ Scognamiglio, R., *Teoría general del contrato*, cit., p. 229. A propósito de aquella tesis, el mismo Scognamiglio se ocupa de desvirtuarla, afirmando que “lo malo de esta concepción, de por sí insuficiente porque considera sólo un aspecto del fenómeno, es que se expone a los más graves reparos también en lo tocante con la configuración de las causas de la invalidez. A este propósito nos parece definitiva la objeción a que se expone cuando, con el fin de individualizar los elementos necesarios para la validez, hace referencia a la noción consecuential de la invalidez, cayendo en una tautología insuperable. Pero es peor: cuando la teoría

captar la naturaleza característica de la invalidez, atribuyendo su causa, conforme a una perspectiva bastantes elástica y comprensiva, a un vicio intrínseco del contrato”¹⁵⁹.

Otra posición, “se mueve en una dirección por completo opuesta, considerando la invalidez como una sanción que el derecho impone al contrato, con privación de todos sus efectos o volviéndolos precarios”¹⁶⁰. Y, en último término, encuentra que la posición más adecuada para definir la nulidad del negocio jurídico es aquella que parte del presupuesto de que “el contrato, en cuanto constituye un acto de autorregulación de los intereses particulares, reconocido por el derecho como tal, puede encontrarse, por su propia naturaleza, en oposición con las normas jurídicas, que por su parte establecen la disciplina de la autonomía privada. De esta manera se delinea una hipótesis de antijuridicidad absolutamente peculiar [...] la invalidez; consistente en la negación o limitación de la relevancia ordinaria del contrato, y que constituye la medida más adecuada dentro del fin que ordenamiento se propone satisfacer: golpear al contrato en su propia fuerza, siempre que lo encuentre contrario a alguna norma de disciplina”¹⁶¹.

En fin, del recuento erigido por el Scognamiglio, vale la pena poner en contraste la anotación relativa a que “tres autores contribuyeron sucesivamente a la construcción de la teoría moderna: Drogoul, Japiot y Gaudemet, con la consagración de las soluciones indicadas previamente por Aubry et Rau. R. Japiot formuló una descalificación definitiva de la teoría clásica e hizo la presentación de una concepción diferente de la nulidad, entendida como 'un derecho de crítica de los efectos del acto, enderezada a sancionar su violación de la ley, dentro de una visión esencialmente procesal. La nulidad tiene por finalidad asegurar la observancia de la regla que sanciona' [...] en ese sentido sobresale el aspecto procesal, o sea la impugnación, con su secuela, sobre la razón misma de la eliminación del acto y la retrotracción de sus efectos”¹⁶².

En el caso del ordenamiento jurídico colombiano, siguiendo una de las tesis prenotadas, suele decirse que “a la invalidez hay que considerarla como una sanción, entendida esta

examinada procede a la construcción unitaria de los elementos de la validez, cae en contradicción con la actitud del legislador, quien, justamente solícito a atender las exigencias de la práctica, antes que las de la lógica abstracta, no hace depender la invalidez únicamente de la falta de los llamados elementos esenciales, sino también del vicio de ellos, e inclusive de la falta de un requisito”: Scognamiglio, R., *Teoría general del contrato*, cit., p. 229.

¹⁵⁹ *Ibidem*, p. 229 y 230. Esta tesis, a su turno, recibe otra crítica, referente a que “a la postre se limita a una intuición aproximada y empírica de la naturaleza real de la invalidez, aplicando un criterio (el del carácter intrínseco y no el del vicio) también equivoco y de difícil empleo”: *Ibidem*, p. 230.

¹⁶⁰ *Ibidem*, p. 230. Respecto de esta posición, Scognamiglio arguye que “tampoco consigue [...] el resultado de una correcta identificación de la esencia de la invalidez, puesto que termina destacando simplemente sus consecuencias: la falta de los efectos, etc., que son un rasgo común a toda forma de ineficacia”: *Ibidem*.

¹⁶¹ *Ibidem*, p. 231.

¹⁶² Hinestrosa, F., *Tratado de las obligaciones II: de las fuentes de las obligaciones: el negocio jurídico vol. II*, cit., p. 717.

palabra en los términos en que lo hace el Artículo 6 del Código Civil, castigo con el cual el ordenamiento jurídico recrimina el acto en cuya génesis han tenido ocasión quebrantos graves del ordenamiento jurídico”¹⁶³. O, bajo otra fórmula, “la invalidez [se muestra] como un fenómeno de naturaleza estrictamente legal, *represión* de un comportamiento negocial que transgrede las normas que orientan la actuación individual reglamentándola o prohibiéndole ciertos rumbos o concreciones, y que se endereza a negar la relevancia que de por sí tiene aquella, atendidos sus antecedentes”¹⁶⁴ (cursiva por fuera del texto original).

24. EFECTOS DE LA NULIDAD DEL NEGOCIO JURÍDICO

En primer término, es menester prevenir sobre la equivalencia que existe entre la nulidad absoluta y relativa en lo tocante con sus efectos, pues son los mismos. Puntualmente, la consecuencia de la nulidad es “la eliminación del contrato en el estado en que se encuentre al momento de la ejecutoria de la sentencia que la dispone. Inmediatamente cesa de producir efectos, lo que quiere decir que ya no hay vínculo entre las partes, que los derechos y obligaciones pendientes no tienen razón de ser y no van a hacerse efectivos, y que, en cuanto a lo ejecutado hasta entonces, los rastros han de desaparecer: de ahí el deber de restituciones mutuas”¹⁶⁵; dicho someramente, la nulidad supone que el negocio jurídico no producirá efectos hacia el futuro y, por demás, se entenderá que jamás existió, lo cual, permite entrever su carácter retroactivo¹⁶⁶.

En el ordenamiento jurídico colombiano, el inciso primero del artículo 1746 del Código Civil dispone que “la nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada, *da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo*; sin perjuicio de lo prevenido sobre el objeto o causa ilícita” (cursiva por fuera del texto original).

A este respecto, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia ha indicado que “tratándose de las restituciones recíprocas a que da lugar la sentencia declarativa de la

¹⁶³ Ramírez, E., *La ineficacia en el negocio jurídico*, cit., p. 52. A este respecto, el maestro Hinestrosa pone de presente la perspectiva del orden jurídico nacional en los siguientes términos: “acá ha de tenerse presente la posición del ordenamiento al disponer la nulidad, sin calificativo, del acto o contrato 'a que falta alguno de los requisitos que la ley prescribe para el valor del mismo', en el sentido de concebirlo como un supuesto de hecho, de modo que sería inválido en el evento de ausencia de uno de aquellos (art. 1502 c.c), que se extiende a la ilicitud. Esto para significar que la nulidad es de suyo una sanción, cuya esencia y resultado consisten, precisamente, en la eliminación de todos los efectos del negocio: el vínculo mismo y, por consiguiente, aquellos correspondientes a la función del acto y dentro de los términos que específicamente se propusieron las partes con su celebración”: Hinestrosa, F., *Tratado de las obligaciones II: de las fuentes de las obligaciones: el negocio jurídico vol. II*, cit., p. 714.

¹⁶⁴ Cas. 13 de mayo de 1968, CXXIV, p. 137. Cfr. Cas. 21 de mayo de 1968, CXXIV, p. 168.

¹⁶⁵ Hinestrosa, F., *Tratado de las obligaciones II: de las fuentes de las obligaciones: el negocio jurídico vol. II*, cit., p. 774.

¹⁶⁶ Carbonnier, J., *Droit civil*, t. 4, *Les obligations*, 22ª ed., Paris, Thémis, PUF, 2000, p. 207.

nulidad de un negocio jurídico, mediante las cuales se consuma el efecto retroactivo de dicha declaración, en cuanto buscan restablecer a las partes a la situación existente al momento de celebrar el contrato anulado, como si este no se hubiera celebrado, la Corte desde antaño ha reconocido la 'oficiosidad' del juzgador en el punto, sobre la base de considerar que su reclamo está incluido implícitamente en la pretensión de nulidad [...] Por razón de lo anterior, con independencia de su petición expresa por quien tenga derecho a ellas, la sentencia debe contener resolución sobre tales restituciones, pues su omisión en el punto la afecta de inconsonancia por *minima petita*¹⁶⁷.

Sin perjuicio de lo anterior, conviene poner de manifiesto que, las restituciones mutuas, constituyen una consecuencia posible, pero no necesaria de la nulidad del negocio jurídico¹⁶⁸, en la medida en que la nulidad del negocio jurídico puede “declararse sin interés reparatorio”¹⁶⁹, lo cual sería plausible en la hipótesis en la que la nulidad, de suyo, es suficiente, “bien porque el acto o contrato no está llamado a tener efectos prestacionales (piénsese, p. ej., en la nulidad del reconocimiento de hijo), bien porque la nulidad se pronuncia sin que el acto haya tenido ejecución”¹⁷⁰.

Finalmente, a propósito de los efectos de la nulidad del negocio jurídico frente a terceros, debe señalarse que “la declaración de nulidad da derecho a reivindicar de terceros poseedores, sin perjuicio de las excepciones legales (art. 1748 c.c), pero para que sea aceptable esa pretensión es condición necesaria notificar la demanda de nulidad también al

¹⁶⁷ Cas. 24 de febrero de 2003, exp. 6610, p. 24 y 25.

¹⁶⁸ Ello puede ser así, incluso, por expresa disposición legal, en la medida en que, la ley, inhibe o proscribela posibilidad de que, las restituciones mutuas derivadas de una declaratoria de nulidad de un negocio jurídico, sean efectuadas. Así, por ejemplo, piénsese en lo preceptuado por el artículo 1525 del Código Civil colombiano: “no se puede repetir lo dado o pagado por causa u objeto ilícito a sabiendas”. También vale la pena considerar aquellos eventos en los que la restitución *in natura* es imposible por razón del carácter inamovible de los hechos o, mejor, prestaciones ya ejecutadas, ante lo cual, se ha dicho que habrá de recurrirse al subrogado pecuniario. Sin embargo, en la hipótesis puntual de los contratos de ejecución sucesiva, “las restituciones están en entredicho, en particular las que corresponderían a las prestaciones de hacer. Así, las del trabajador, en el contrato de trabajo, o la del operario en el de arrendamiento de servicios, la del agente en el de agencia comercial, la del arrendador en el contrato de arrendamiento [...] Frente a esa situación, la respuesta elemental ha sido la de reducir los efectos de la nulidad a la eliminación del vínculo y dar por extinguidas las obligaciones pendientes o cuando la prestación cumplida fue un servicio o el disfrute de un bien o, más todavía, una abstención: la denominada *terminación* o *resiliación* del contrato”: Hinestrosa, F., *Tratado de las obligaciones II: de las fuentes de las obligaciones: el negocio jurídico vol. II*, cit., p. 798. Para un tratamiento omnicompreensivo del asunto, Cfr. Hinestrosa, F., *Tratado de las obligaciones II: de las fuentes de las obligaciones: el negocio jurídico vol. II*, cit., p. 778 y 797; Bargelli, E., *Il sinallagma rovesciato*, Milano, Giuffrè, 2010, p. 22 y ss.

¹⁶⁹ Hinestrosa, F., *Tratado de las obligaciones II: de las fuentes de las obligaciones: el negocio jurídico vol. II*, cit., p. 776.

¹⁷⁰ *Ibidem*. Cfr. Cas. 16 de noviembre de 1945, LIX, p. 784. Así, puede arribarse a la conclusión de que la pretensión que, eventualmente, se formule para proceder a las restituciones mutuas, se sustenta en el pronunciamiento judicial que declara la nulidad del negocio jurídico, no en el negocio jurídico por sí solo: Larroumet, C., *Les obligations. Le contrat*, cit., p. 588.

tercero poseedor, para vincularlo al proceso y brindarle oportunidad de hacer valer sus argumentos”¹⁷¹.

IV. LA RESCISIÓN DEL NEGOCIO JURÍDICO

25. INTRODUCCIÓN A LA RESCISIÓN DEL NEGOCIO JURÍDICO

A título introductorio, vale la pena traer en causa la constatación de que la rescisión del negocio jurídico, de cara a las demás concreciones de la ineficacia del negocio jurídico, es la forma de ineficacia negocial que adolece con mayor ahínco de la dificultad¹⁷² concerniente a la determinación de su sentido y contenido, fundamentalmente, por razones que, como se pasará a ver, están ligadas al decurso histórico de la figura y que, en el caso del ordenamiento jurídico colombiano, resultaron cristalizadas en la redacción del Código Civil y Código de Comercio.

Así mismo, no resulta extraño que, al emprender la labor de conceptualizar la figura de la rescisión del negocio jurídico, se haga referencia forzosa al instituto de la lesión enorme, en tanto que, en los muy variados y numerosos manuales que se ocupan de la materia¹⁷³, puede entreverse una suerte de sinonimia entre los vocablos “rescisión” y “lesión enorme”, bajo un esquema lógico de causa y efecto, siendo la lesión la causa y la rescisión el efecto.

26. HISTORIA DE LA RESCISIÓN DEL NEGOCIO JURÍDICO

Ineludiblemente, debe empezarse por indicar que “el origen de la rescisión que ha podido conocerse hasta ahora, se asocia, en concreto, a la sanción de la lesión enorme en el contrato de compraventa en el Derecho romano postclásico”¹⁷⁴; de ahí, la estrechísima relación entre ambos institutos¹⁷⁵. No obstante, debe tenerse en cuenta que “la historia de la

¹⁷¹ Hinestrosa, F., *Tratado de las obligaciones II: de las fuentes de las obligaciones: el negocio jurídico vol. II*, cit., p. 800 y 801.

¹⁷² Incluso, con algo de exageración, se ha llegado a decir que “la rescisión del contrato se reduce a una triple y desanimadora proporción negativa: no se sabe cómo nació, no se sabe qué es, no se sabe para qué sirve”: Compagnucci De Caso, R., *El negocio jurídico*, cit., p. 501.

¹⁷³ Cfr. Hinestrosa, F., *Tratado de las obligaciones II: de las fuentes de las obligaciones: el negocio jurídico vol. I*, cit., p. 1129 y ss; Ramírez, E., *La ineficacia en el negocio jurídico*, cit., p. 67 y ss; Pizarro R. y Stiglitz R., *Lesión subjetiva. Aspectos sustanciales y procesales*, en *Realidades y tendencias del derecho en el siglo XXI, Derecho Privado*, t. IV, Bogotá, Universidad Javeriana-Temis, 2010, p. 342 y ss; Lasbordes, V., *Les contrats déséquilibrés*, t. I y II, Aix-en-Provence, Presses Université Aix-Marseille, 2000.

¹⁷⁴ Walker Silva, N., “Bases para una deconstrucción del concepto de rescisión por lesión”, *Revista Chilena de Derecho*, Pontificia Universidad Católica de Chile, vol. 44, n.º 3, 2017, p. 719.

¹⁷⁵ En efecto, por ello es dable afirmar que “el instituto de la llamada lesión enorme, figura propia del sistema jurídico de tradición romanista y estrechamente ligada al problema del efecto rescisorio, es un instituto que ha tenido fortuna y consideración especiales en la interpretación jurídica secular, ampliado en su base durante el medioevo y el derecho común, restringido de nuevo en el pensamiento que marcó hito en la codificación francesa, excluido totalmente en unos casos, generalizado en otros”: Chamie, J., “Rescisión por lesión

lesión no es la entera historia de la rescisión”¹⁷⁶, sino sólo un capítulo -muy significativo, por supuesto- de la forma de ineficacia bajo estudio.

Así, desde la óptica histórica que ocupa a este aparte, la referencia más remota a la rescisión del negocio jurídico, como lo indica Chamie, reposa en la significación misma de la palabra en las fuentes romanas, en tanto que “el verbo ‘*rescindere*’, en su significado más general, traduce *cortar, romper, desgarrar, seccionar, incidir*, o el figurativo *borrar, anular*. Un sentido amplio de la expresión emplea MELA en D. 43, 23, 1, 12 *Ulp. ad ed.*, cuando en materia de *cautio damni infecti* afirma que es posible ir a la casa del vecino y romper el pavimento (*rescindat pavimenta*) con el fin de reparar la cloaca; también GAYO *Institutiones II*, 71 en un sentido general emplea el verbo cuando explica por qué cuando el río separa una parte (*flunem partem resciderit*) de tu predio y la añade al mío, esa parte permanece tuya, y no se configura aluvión, pues no ha sido añadida lentamente (*paulatim adicitur*) al punto que sea imperceptible a la vista”¹⁷⁷ (cursiva dentro del texto original).

En el contexto del *ius civile*, el verbo “rescindir”, “asume en general un significado que expresa la anulación o cancelación -un efecto diríamos invalidante- de un acto en el *ius civile* en virtud de la ley (*per legem*), o *ipso iure*, así también en el *ius honorarium*”¹⁷⁸. Ahora bien, en cuanto a qué era susceptible de ser rescindido en el contexto histórico hasta ahora delineado, puede argüirse que aquella materia comprendería diversos supuestos, a saber: la “*libertas [...]* manumisiones [...] en caso de fraude a los acreedores [...] *Capitis deminutio [...]* *Iudicium [...]* *Testamentum [...]* *Venditio*”¹⁷⁹; es decir, la rescisión, para este momento, tenía un alcance considerablemente variado, pero con un rasgo común: la tendencia a suprimir del negocio jurídico para restablecer un *statu quo* equitativo¹⁸⁰.

Seguidamente, es dable vislumbrar las diversas connotaciones que fueron atribuidas el vocablo “rescisión”. Así, una primera connotación germinó bajo la rúbrica de la venta celebrada en condiciones patrimonialmente inicuas, ya que se convirtió en la causa que, por antonomasia, devendría en la rescisión del negocio jurídico¹⁸¹, pues se entendería configurada una lesión enorme -*laesio enormis*-. En esa medida, el origen puntual del instituto de la lesión enorme suele ser endilgado a dos rescriptos de DIOCLECIANO, gestados

enorme: el problema del origen”, en *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, n.º 19, 2010, p. 6.

¹⁷⁶ *Ibidem*, p. 7.

¹⁷⁷ *Ibidem*, p. 8.

¹⁷⁸ *Ibidem*. A este propósito, llama la atención el uso de la fórmula *ipso iure*, respecto de lo cual, Chamie, precisa que “se habla de rescisión *ipso iure* por fraude a la ley en una interpretación de TERENCE CLEMENTE *ad legem Iuliam et Papiam libro V*. D. 35, 1, 64, 1 (... *ipso iure rescindi quod fraudandae legis gratia esset adscriptum*)”: *Ibidem*.

¹⁷⁹ *Ibidem*, p. 10, 11, 12 y 13.

¹⁸⁰ *Ibidem*, p. 21 y 22.

¹⁸¹ *Ibidem*, p. 22.

para la protección del “vendedor de bien inmueble perjudicado en más de la mitad del valor, en el contexto de la crisis económica del Imperio, conjugado con la penetración progresiva de las ideas cristianas”¹⁸².

Consecuentemente, el influjo del Derecho consuetudinario germánico y el Derecho canónico acompañó la introducción de caracteres a la figura que, actualmente, mantiene¹⁸³; lo que siguió en siglos posteriores para el instituto de la lesión enorme puede sintetizarse en la depuración del debate atinente a su admisibilidad, de forma general -esto es, en todo contrato sinalagmático- o, de otro lado, sólo respecto de negocios jurídicos puntuales¹⁸⁴. A propósito de aquella discusión, “los comerciantes y el derecho consuetudinario no llegaron a aceptar la lesión como una regla general. Tampoco Domat y Pothier fueron propensos a su acogimiento universal”¹⁸⁵. Sin embargo, en último término, la lesión enorme encontró distinta admisión en los Códigos que, eventualmente, surgieron; pues, el Código Civil napoleónico prevé la lesión enorme expresamente en su artículo 1118 y, luego, el Código Civil de Bello, inspirado en el *Code Civil*, amplió la figura¹⁸⁶.

De otro lado, una segunda connotación del vocablo “rescisión” fue la empleada en el antiguo Derecho francés, pues en aquel escenario “la distinción entre las dos manifestaciones de la invalidez negocial, la nulidad absoluta y la nulidad relativa, es planteada bajo las expresiones 'nulidad' y '*rescisión*', respectivamente; esta última eso sí, con una amplitud mayor a la que exhibe la nulidad relativa o anulabilidad de nuestros días”¹⁸⁷ (cursiva por fuera del texto original). En consonancia con lo anterior, la rescisión comprendía “los conocidos vicios de la voluntad de origen romanista (error, fuerza y dolo), con las situaciones de ruptura en el equilibrio prestacional en los contratos de prestaciones recíprocas [...] Así las cosas, en el antiguo derecho francés, rescisión es un instituto de significado amplísimo”¹⁸⁸.

Suele afirmarse que la fusión de la rescisión con la nulidad relativa o anulabilidad se fraguó en una coyuntura puntual del Derecho Consuetudinario francés, esto es, con ocasión de la denominación utilizada para “la exigencia administrativa de las llamadas 'letras de

¹⁸² Hinestrosa, F., *Tratado de las obligaciones II: de las fuentes de las obligaciones: el negocio jurídico vol. I*, cit., p. 1132.

¹⁸³ *Ibidem*, p. 1133.

¹⁸⁴ *Ibidem*.

¹⁸⁵ *Ibidem*. El maestro Hinestrosa afirma que la reticencia del Derecho francés de finales del siglo XVIII a aceptar la lesión enorme se sustenta en el carácter turbulento de aquel tiempo, suscitado, por supuesto, por la Revolución Francesa, en tanto que la convulsión política no permitió “pensar en la solidez de los valores ni en la estabilidad de los precios”: *Ibidem*.

¹⁸⁶ *Ibidem*.

¹⁸⁷ Ramírez, E., *La ineficacia en el negocio jurídico*, cit., p. 133.

¹⁸⁸ *Ibidem*.

rescisión”¹⁸⁹ (cursiva por fuera del texto original); a ese respecto, para aquel momento, “en las provincias no reguladas por el derecho romano, sino por costumbres antiguas, los motivos de anulabilidad decantados en estas costumbres podían alegarse en proceso sin agotamiento de requisitos previos. Pero no ocurría lo mismo con los tradicionales motivos de anulabilidad de base romanista, pues para ello se necesitaba una autorización previa de las Cancillerías del Parlamento, la cual habilitaba la restitución de la atribución patrimonial ejecutada con base en el acto, como si lo dado o pagado nunca lo hubiera sido. Esta habilitación se impartía caso por caso previo pedido, mediante 'letras de rescisión' (*lettres de rescission*)”¹⁹⁰.

En virtud del contexto delineado anteriormente, puede afirmarse que se generó la dificultad terminológica que aqueja a la rescisión del negocio jurídico en el Derecho moderno, esto es, sus variadas significaciones. En efecto, como lo advierte Chamie, el uso del vocablo “rescisión” dentro del esquema de las nulidades del negocio jurídico no ha sido un asunto pacífico¹⁹¹, tanto así que reputados autores han discutido sobre el particular, sin zanjar plenamente la ambivalencia que parece consustancial a la rescisión del negocio jurídico¹⁹². Al margen del debate en la materia, lo que sí es cierto es que el carácter polisémico de la rescisión se inmiscuyó en el *Code Civil*¹⁹³ y en las codificaciones que le siguieron¹⁹⁴.

¹⁸⁹ Ibídem, p. 134. Se ha planteado la discusión de si aquella rescisión era, en efecto, una forma de anulabilidad, en la medida en que, marginalmente, se ha sostenido, a propósito de las letras de rescisión, que “estas cédulas eran libradas previo pago de una contribución y sin juzgamiento previo sobre el fundamento de la cuestión. Se las llamaban *lettres de rescision* por oposición a los supuestos de anulabilidad, sin que ello importara una diferencia conceptual sustantiva”: Compagnucci De Caso, R., *El negocio jurídico*, cit., p. 502. Incluso hay quienes han llegado a afirmar -pretermitiendo el análisis juicioso de la historia de la expresión- que, “el término 'rescisión' es una locución sin historia y sin significado preciso y que, en tanto que tradicionalmente desde los textos romanos indicaba hipótesis en las que el contrato o el pacto era anulado, vino a recibir aplicación particular como remedio otorgado contra la lesión contractual solo mucho más tarde, en el derecho consuetudinario francés, y no porque se hubiera precisado o delimitado el concepto, sino quizá porque no se encontró otra expresión para indicar una acción de naturaleza poco clara” (cursiva por fuera del texto original): Mirabelli, G., *La rescissione del contratto*, Napoli, Jovene, 1951, p. 44, citado (y traducido) por Hinestrosa, F., *Tratado de las obligaciones II: de las fuentes de las obligaciones: el negocio jurídico vol. I*, cit., p. 1148.

¹⁹⁰ Ibídem.

¹⁹¹ Chamie, J., “Rescisión por lesión enorme: el problema del origen”, cit., p. 6.

¹⁹² “La acepta C. M. Bianca. *Diritto civile* 3, cit., p. 681; en contra de tratar la rescisión como una forma de invalidez se manifiesta R. Scognamiglio. *Contratti in generale*, en *Trattato di diritto civile*, Grosso y Santoro-Passarelli (dirs.), Milano, 1980, p. 260; por su parte E. Betti. *Teoria generale del negozio giuridico*, Torino, 1950, pp. 465 y ss. observa en la rescisión una forma de ineficacia que encuentra su razón de ser en el turbado equilibrio entre las prestaciones; Messineo. *Dottrina generale*, Milano, 1952, p. 464 se remite a un principio de equidad; para Barassi. *Teoria generale*, vol. III, Milano, 1948, pp. 455 y ss. se trata de una sanción civil por un comportamiento ilícito, una sanción a la ventaja injusta”: Ibídem.

¹⁹³ Por ejemplo, es utilizada con diversos significados en los artículos 887, 1305 y 1674.

¹⁹⁴ Sobre el particular vale la pena poner de relieve la posición del Código Civil italiano de 1942, donde “se reduce la rescisión a la lesión y al contrato en estado de necesidad o de peligro”: Chamie, J., “Rescisión por lesión enorme: el problema del origen”, cit., p. 6.

27. RECEPCIÓN DE LA RESCISIÓN DEL NEGOCIO JURÍDICO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COLOMBIANO

Las dos connotaciones de la rescisión del negocio jurídico que fueron evocadas en el aparte anterior¹⁹⁵, esto es, como sinónimo de la nulidad relativa o anulabilidad y como consecuencia de la lesión enorme, pueden encontrarse en el entramado normativo del Código Civil colombiano. Efectivamente, respecto de su uso como sinónimo de la nulidad relativa o, incluso, como simple supresión de un acto, pueden vislumbrarse referencias atomizadas a lo largo del Código Civil, las cuales, se refieren a dos previsiones relacionadas con la declaración de muerte presunta¹⁹⁶; a una norma del régimen de los alimentos¹⁹⁷; a una disposición referida al beneficio de separación¹⁹⁸; a otras tantas atinentes a las donaciones entre vivos¹⁹⁹; a una disposición que regla las obligaciones modales²⁰⁰; a la disciplina de la nulidad²⁰¹; a la regulación de la obligación de saneamiento del vendedor en el contrato de compraventa²⁰²; a dos normas tocantes con el contrato de arrendamiento²⁰³; a una regla del contrato de mutuo²⁰⁴; a una alusión tangencial a propósito del contrato de renta vitalicia²⁰⁵; a tres disposiciones relativas al contrato de transacción²⁰⁶; y, también se alude a ella con ocasión de la prelación de créditos²⁰⁷.

De cara a la connotación de la rescisión del negocio jurídico como consecuencia de la venta en que se configura la lesión enorme, el Código Civil le dispensa una disciplina en el contexto del contrato de compraventa, la aceptación de la herencia y la partición de bienes²⁰⁸ conforme a la tendencia objetiva que existe en la materia, esto es, aquella, según

¹⁹⁵ Cfr. *Supra* subtítulo 26, sobre *la historia de la rescisión del negocio jurídico*.

¹⁹⁶ Artículos 108 y 109.

¹⁹⁷ Numeral décimo del artículo 411.

¹⁹⁸ Artículo 1441.

¹⁹⁹ Artículos 1482, 1483, 1484, 1489 y 1491.

²⁰⁰ Artículo 1543.

²⁰¹ Artículos 1741, 1745, 1750 y 1751.

²⁰² Artículos 1909, 1910, 1911, 1914, 1915 y 1917.

²⁰³ Artículos 1990 y 2036.

²⁰⁴ Artículo 2228.

²⁰⁵ Artículo 2294.

²⁰⁶ Artículos 2479, 2482 y 2483.

²⁰⁷ Artículo 2491.

²⁰⁸ Artículos 1291, 1294 y 1295; también los artículos 1405, 1406, 1407, 1408, 1409 y 1410; así como del artículo 1946 hasta el artículo 1954. Vale la pena traer en causa la manera en que la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia ha sistematizado lo dicho en el Código Civil para, así, sintetizar los requisitos que demanda la configuración a completud de la lesión enorme en un contrato de compraventa, pues ha indicado que “como se sabe, siempre que se persiga el éxito de la pretensión de que se declare la rescisión de un contrato de compraventa, han de aparecer en el proceso para que ello ocurra, los presupuestos que la ley consagra para el efecto, a saber: a) Que se trate de ventas en que la ley la admite, vale decir, que no sean de aquellas realizadas por ministerio de la justicia, ni de bienes muebles [...] b) Que exista una desproporción económica entre el justo precio y el efectivamente recibido o pagado por la cosa vendida o comprada [...] c) Que la pretensión se reclame dentro del término que la ley concede para el efecto [...] d) Que la cosa se

la cual, para que se configure la lesión enorme y, consecuentemente, aflore la rescisión del negocio jurídico, basta con que se compruebe la disconformidad patrimonial exacerbada dispuesta en la norma jurídica prevista para el efecto, con independencia de la motivación o contexto que suscitó el desajuste²⁰⁹. No obstante, debe tenerse en cuenta que “el código civil no plantea el problema en general sino que, singularmente, al determinar la disciplina de determinadas figuras con especial relevancia para el tráfico jurídico, abre la posibilidad de reclamo por lesión grave o enorme. Por lo demás, en todos los casos fija de antemano una magnitud mínima de la desproporción, de modo que únicamente el perjuicio que sobrepasa cierta cifra constituye lesión”²¹⁰.

El Código de Comercio colombiano, en menor medida, evoca a la rescisión del negocio jurídico como sinónimo de la anulabilidad y nulidad relativa, en el sentido de que sólo alude a ella en tres ocasiones, esto es, a propósito de la integración del régimen de obligaciones y contratos²¹¹; con ocasión del negocio jurídico celebrado por el representante

conservar en poder del comprador [...] Que no se trate de una compraventa aleatoria”: Cas. 13 de diciembre de 1988, CXCLII, n.º 2431, p. 307.

²⁰⁹ Cfr. Hinestrosa, F., *Tratado de las obligaciones II: de las fuentes de las obligaciones: el negocio jurídico vol. I*, cit., p. 1140. Sobre el particular, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema Justicia ha puntualizado que “se comprende, por lo demás, que la concepción objetiva sea un anhelo moral, de perfeccionamiento y de justicia, pues bastaría la disparidad económica de las prestaciones, anhelo desgraciadamente de muy difícil realización; y que la subjetiva, por limitar la lesión únicamente a los actos jurídicos en que concurren aquellas circunstancias de inferioridad, responda más a la necesaria estabilidad del comercio jurídico”: Cas. 30 de noviembre de 1954, LXXXIX, p. 170 y ss.

²¹⁰ *Ibidem*, p. 1146. A este propósito, la Corte Suprema de Justicia ha afirmado que “es verdad averiguada que la lesión enorme es una institución excepcional y de alcance restringido. Si la ley la ha consagrado para la compraventa, para la aceptación de la herencia y para la partición de bienes (inmuebles en todo caso) no hay duda que no la contempla para otra suerte de negocios jurídicos”: Cas. 30 de octubre de 1986, no publicada, Magistrado Ponente: Eduardo García Sarmiento, p. 37. En este contexto, se ha venido discutiendo, profusamente, a nivel jurisprudencial y doctrinal la posibilidad de admitir la lesión enorme y, subsecuente, rescisión en los linderos de la institución de la dación en pago, donde la posición mayoritaria actual arguye su inadmisibilidad, en la medida en que “examinado el ordenamiento civil patrio, se establece con meridiana claridad que en él se especificaron expresamente, uno a uno, los actos y contratos en que la lesión enorme tiene cabida, así como el régimen a que quedaba sometida dicha institución, en cada supuesto [...] Entonces, mal puede afirmarse la existencia de un vacío legislativo por el hecho de que tal sanción no se hubiera previsto de manera generalizada para los actos y negocios jurídicos, o para todos los contratos conmutativos o, en concreto, para la dación en pago, actitud que, se reitera, encuentra perfecta consonancia con los principios que gobiernan las manifestaciones de voluntad”: Cas. 1º de diciembre de 2008, n.º rad. SC-101-2008, p. 34 y ss.

²¹¹ Artículo 822, según el cual, “los principios que gobiernan la formación de los actos y contratos y las obligaciones de derecho civil, sus efectos, interpretación, modo de extinguirse, anularse o *rescindirse*, serán aplicables a las obligaciones y negocios jurídicos mercantiles, a menos que la ley establezca otra cosa. La prueba en derecho comercial se regirá por las reglas establecidas en el Código de Procedimiento Civil, salvo las reglas especiales establecidas en la ley” (cursiva por fuera del texto original). A propósito de esta disposición, fue necesario que la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia puntualizara que “en lo que hace referencia a la improcedencia de la lesión enorme en negocio mercantiles, observa la Corte que, de un lado, la norma legal que la excluía (art. 218 del derogado Código de Comercio Terrestre), se encontraba inserta en este estatuto, entre aquellas destinadas a regular la constitución, efectos y extinción de las

en patente contraposición a los intereses del *dominus*²¹²; y, en relación con la supresión del contrato de seguro por reticencia o inexactitud del tomador al declarar los hechos que determinan el estado del riesgo²¹³.

28. CONCEPTO DE LA RESCISIÓN DEL NEGOCIO JURÍDICO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COLOMBIANO

Como se ha venido manifestando, la rescisión del negocio jurídico, indubitadamente, es una categoría jurídica de gran ambivalencia por razón del devenir histórico de la expresión “rescisión”. Sin hacer más énfasis en la perspectiva histórica de la expresión y las sesudas discusiones que aquella acompasa, es dable concluir con meridiana claridad que la anfibología de la rescisión del negocio jurídico puede denotarse en la preceptiva civil y mercantil colombiana, de lo cual se desprende que, atendiendo a las consideraciones prácticas, históricas y normativas invocadas hasta el momento, las acepciones de la rescisión del negocio jurídico son: en primer lugar, aquella acepción que, en ocasiones, se estila insertar en negocios jurídicos de toda suerte, como “la consecuencia que desata el ejercicio de un derecho potestativo mediante el cual un contratante aniquila unilateralmente una relación contractual, ya sea habilitado para ello por el propio orden jurídico o por el contenido del acuerdo”²¹⁴, respecto de lo cual, se ha dicho que no es una utilización técnica del vocablo “rescisión”²¹⁵, pues desconoce la historia del instituto.

En segundo lugar, aquella acepción en la que “el vocablo *rescisión* es utilizado como sinónimo de nulidad relativa. Exactamente esto es lo que se lee en el texto del Inciso Tercero (3º) del Artículo 1741 del Código Civil Colombiano, que luego de indicar que todo vicio que no corresponda a una situación de nulidad absoluta es causal de nulidad relativa, añade que estos últimos casos autorizan la ‘rescisión del acto o contrato’”²¹⁶ (cursiva dentro del texto original).

Y, en tercer lugar, la acepción, según la cual, la rescisión del negocio jurídico “designa una

obligaciones y contratos mercantiles, asuntos estos para los cuales hoy rigen las normas pertinentes del Código Civil, por expresa disposición (art. 822) del Código de Comercio [...] lo que, de por sí, está señalando que el legislador no quiso que los contratos mercantiles se sustrajeran de esa institución jurídica. Y, de otro parte, es claro que, aún tratándose de contratos mercantiles puede ocurrir que el precio que reciba el vendedor sea inferior a la mitad del justo precio de la cosa vendida, o que el comprador sufra tal lesión cuando el justo precio de lo que compra resulta inferior a la mitad del precio pagado por la cosa comprada”: Cas. 13 de diciembre de 1988, CXCI, n.º 2431, p. 306.

²¹² Artículo 838, de conformidad con el cual, “el negocio jurídico concluido por el representante en manifiesta contraposición con los intereses del representado, podrá ser *rescindido* a petición de éste, cuando tal contraposición sea o pueda ser conocida por el tercero con mediana diligencia y cuidado” (cursiva por fuera del texto original).

²¹³ Artículos 1058 y 1059.

²¹⁴ Ramírez, E., *La ineficacia en el negocio jurídico*, cit., p. 67.

²¹⁵ *Ibíd.*

²¹⁶ *Ibíd.*, p. 68.

categoría de ineficacia en cuyo mérito, por causa de la inequidad y del agravio económico injustificado que el acto infiere a una [sic] de los sujetos, éste puede ser aniquilado a pedido del afectado, con la consecuente destrucción retroactiva de los efectos negociales generados, contando en algunas ocasiones el reo del pedido rescisorio con el derecho de impedir el aniquilamiento del negocio, mediante el expediente de avenirse al reajuste de sus términos financieros, en la cuantía que según el criterio legalmente definido sea adecuada para que este ajuste cumpla su función restablecedora de la equidad”²¹⁷.

29. LA RESCISIÓN DE CARA A LA ANULABILIDAD DEL NEGOCIO JURÍDICO

Como se ha dicho hasta este punto, la rescisión del negocio jurídico ha sido confundida con la nulidad relativa o anulabilidad. No obstante, puede decirse que la tendencia actual está enderezada a la caracterización de la rescisión como una categoría autónoma de la ineficacia del negocio jurídico, en la medida en que, a ese propósito, la visión objetiva sobre el particular ha partido del presupuesto de que la base dogmática sobre la cual se erige la rescisión y que, en todo caso, le otorga un status peculiar y, por ende, autónomo, es la “concepción aristotélica de la justicia, en su manifestación conmutativa o sinalagmática, la cual significa que en el marco de los negocios jurídicos que procuran el intercambio de bienes [...] debe existir lo que este pensador ha llamado 'proporción aritmética', es decir, equivalencia cuantitativa entre los valores patrimoniales que las partes recíprocamente se atribuyen con base en el acto, de modo tal que lo que cada sujeto ponga a disposición del otro sea proporcionado con lo que a cambio reciba”²¹⁸.

Así, en procura de la autonomía de la rescisión del negocio jurídico, se han manifestado diversas razones que, como bien lo indica Ramírez Baquero, pueden sintetizarse en las siguientes premisas:

En primer lugar, la nulidad relativa supone que “se ha vulnerado el orden público de protección. En ella, el sujeto afectado con el vicio no ha participado en el acto en condiciones de normalidad plena en su proceso volitivo, bien porque su incapacidad relativa le impide ejercer con solvencia su propio gobierno, ya porque su voluntad se formó al amparo de alguna de las patologías conocidas como vicios de la voluntad”²¹⁹, mientras que, de otro lado, con arreglo a la normativa civil vigente en la materia, la rescisión comporta un defecto de talante objetivo “atañadero a las atribuciones patrimoniales que por causa del negocio deben realizarse; las cuales, en el marco de los sujetos interesados en el acto, carecen de equivalencia unas con otras”²²⁰ de tal suerte que, el defecto irrogado, toca

²¹⁷ Ibídem.

²¹⁸ Ibídem, p. 70.

²¹⁹ Ibídem, p. 74 y 75.

²²⁰ Ibídem.

con una consideración estrictamente patrimonial.

En segundo lugar, y como consecuencia de lo anterior, la nulidad relativa “para su configuración, no considera resultado lesivo alguno. En verdad, para efectos del reclamo invalidativo basado en las causas de nulidad relativa o anulabilidad el sistema legal no demanda la prueba de una lesión patrimonial”²²¹, en yuxtaposición, la rescisión, inexorablemente, engloba la exigencia de una lesión de naturaleza eminentemente patrimonial.

Como corolario de lo anterior, no puede perderse de vista que las figuras en comento ostentan diferencias más puntuales por razón de la disciplina que la ley, respectivamente, les otorga. En este sentido, “en lo tocante con las partes, en la rescisión no se deben expensas del contrato, ni frutos e intereses anteriores a la demanda (art. 1950 c.c); deterioros y disminuciones que haya sufrido la cosa no son abonables sino en cuanto su poseedor los haya aprovechado (art. 1952 c.c); la pérdida inculpable del bien extingue definitivamente la posibilidad de reclamo (art. 1951 [I.º] c.c); su enajenación permite apenas cobrar la diferencia entre el precio pagado o valor por que se entregó y lo que el disponente obtuvo luego en cambio suyo, hasta concurrencia del justo valor, y con la disminución de una décima parte (art. 1951 [2.] c.c)”²²².

Respecto de terceros, dice el maestro Hinestrosa, la diferencia es aún más evidente, pues “si la nulidad se caracteriza por la reivindicación que concede (art. 1948 c.c), la acción rescisoria triunfante deja indemnes a los terceros que derivaron derechos de quien hubo lesionando (art. 1951 c.c) y apenas otorga título personal contra el que dispuso del bien, para que lo purifique de los derechos reales que sobre él constituyó (art. 1553 c.c)”²²³.

30. LOS EFECTOS DE LA RESCISIÓN DEL NEGOCIO JURÍDICO

En punto de los efectos que, la rescisión del negocio jurídico pudiere proyectar y, con la finalidad de evitar un discurso disonante a ese propósito, la sumaria explicación que se intentará en lo sucesivo parte del presupuesto, según el cual, en atención a la preceptiva civil y mercantil vigente en el ordenamiento jurídico colombiano, la acepción de “rescisión” más adecuada es aquella que circunscribe la figura a la hipótesis en la que un negocio jurídico es celebrado en condiciones patrimonialmente inicuas y que, por tanto, conforme a un catálogo de consecuencias previstas *ex ante* por el legislador, resulta procedente declarar la ineficacia de aquel negocio jurídico. En este sentido, la forma de ineficacia negocial que se ciñe a dicha consideración es, en línea de principio, la rescisión

²²¹ *Ibíd.*

²²² Hinestrosa, F., *Tratado de las obligaciones II: de las fuentes de las obligaciones: el negocio jurídico vol. I*, cit., p. 1168.

²²³ *Ibíd.*, p. 1169.

del negocio jurídico por lesión enorme.

Así, es palmaria la consideración, de conformidad con la cual, la rescisión del negocio jurídico implica la supresión del negocio jurídico con efecto retroactivo, esto es, la eliminación de los efectos futuros del negocio y, además, la retrotracción del estado de las cosas a la situación que precedía a la configuración de la causa de la ineficacia; eso sí, “con ciertos temperamentos”²²⁴, es decir, la configuración de la lesión enorme no comporta, indefectiblemente, la ineficacia del negocio jurídico lesivo, pues, el Código Civil²²⁵, a propósito del contrato de compraventa de bien inmueble, admite la conservación de la eficacia del negocio jurídico lesivo, en tanto y en cuanto, se proceda a completar el justo precio con deducción de una décima parte o se restituya el exceso aumentado en una décima parte respecto del justo precio del bien que se trate, según corresponda.

En lo tocante con la rescisión de la aceptación de la herencia, según el artículo 1291 del Código Civil, aquella se configura cuando “el heredero determine el rechazo del ofrecimiento que se le hace, en vista de que media una diferencia considerable entre lo que se consideraba le iba a reportar la asignación y lo que realmente le significa, siempre que la discrepancia provenga de disposiciones testamentarias que él ignoraba sin culpa de su parte al tiempo de aceptar”²²⁶. A este respecto, el maestro Hinestrosa advierte que, “esta hipótesis de lesión en donde no hay salida diferente a la rescisión presupone, fuera de la merma de la asignación a menos de la mitad, la existencia de cláusula testamentaria desconocida que la provoque. La ‘lesión grave’ entonces no opera, pues, sobre la sola base de la alteración económica, sino que requiere de una razón de ser concreta especialísima”²²⁷.

Finalmente, en punto de la partición de los bienes, conviene indicar que la rescisión resulta ser admisible “cuando cualquiera de los coasignatarios recibe menos de lo que le corresponde y ha debido dársele, resulte perjudicado en su patrimonio y se le admita reclamar contra la alteración de la justicia distributiva, si la diferencia adquiere proporciones mayúsculas dentro de la tarifa establecida por la ley, o sea cuando ha sido perjudicado en más de la mitad de su cuota (art. 1405 c.c)”²²⁸. Sobre el particular, la

²²⁴ *Ibíd.*, p. 1166.

²²⁵ El inciso primero del artículo 1948 del Código Civil señala que “el comprador contra quien se pronuncia la rescisión podrá, a su arbitrio, consentir en ella, o completar el justo precio con deducción de una décima parte; y el vendedor, en el mismo caso, podrá a su arbitrio consentir en la rescisión, o restituir el exceso del precio recibido sobre el justo precio aumentado en una décima parte”.

²²⁶ Hinestrosa, F., *Tratado de las obligaciones II: de las fuentes de las obligaciones: el negocio jurídico vol. I*, cit., p. 1176.

²²⁷ *Ibíd.*

²²⁸ *Ibíd.* Sobre este punto, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia ha acotado que “para determinar si existió lesión, no pueden tomarse en forma fragmentada los bienes que fueron materia de distribución entre los herederos [...] sino que el cálculo debe hacerse tomando en consideración, sin excepción alguna, todos los elementos comprendidos en la partición, tanto en el activo como en el pasivo y

preceptiva civil no ofrece alternativa distinta a la privación de efectos de la partición, pues, “demostrada la desproporción grave, la partición cae y habrá de rehacerse cuidando de no incurrir en semejante defecto”²²⁹.

V. LA INEFICACIA DE PLENO DERECHO DEL NEGOCIO JURÍDICO

31. INTRODUCCIÓN A LA INEFICACIA DE PLENO DERECHO DEL NEGOCIO JURÍDICO

La ineficacia de pleno derecho del negocio jurídico, sin duda alguna, es la concreción de la ineficacia negocial, junto con la rescisión, que más suscita dificultades en la doctrina y jurisprudencia en lo tocante con su delimitación conceptual e, inclusive, respecto de su devenir histórico, en ocasiones endilgado enteramente al Derecho Privado colombiano²³⁰, y, en otras, a ordenamientos foráneos²³¹; pero, usualmente, haciendo hincapié en su supuesto carácter novísimo²³².

El estudio de la ineficacia de pleno derecho, ha de advertirse, reviste una importancia superlativa para el propósito de este escrito, pues, como es evidente, da cuenta de cómo se creó una forma de ineficacia negocial con singular consideración de su manera de operar en la práctica.

32. ORIGEN HISTÓRICO DE LA INEFICACIA DE PLENO DERECHO DEL NEGOCIO JURÍDICO

Es pertinente poner de manifiesto, como primera medida, que, en puridad, la ineficacia de pleno derecho del negocio jurídico, como lo expresa Alarcón, “no es una creación colombiana porque tiene su origen en la sucesión testamentaria del Derecho romano”²³³. Ciertamente, en el Derecho Romano, en el contexto de “los actos no testamentarios se consideraban como *no escritas* las asignaciones *ex certa re, excepta res certa*, así como los términos, las condiciones imposibles, las perplejas, las resolutorias, las ilícitas o las contrarias a las buenas costumbres”²³⁴ (cursiva dentro del texto original), esto es, la aplicación práctica de la fórmula *pro non scripta*, es decir, tener por no escrita la estipulación testamentaria de dicho talante.

atendiendo a todas las colaciones y previas deducciones exigidas por las reglas de la liquidación”: Cas. 25 de febrero de 2002, exp. 6440, p. 19.

²²⁹ Hinestrosa, F., *Tratado de las obligaciones II: de las fuentes de las obligaciones: el negocio jurídico vol. I*, cit., p. 1178.

²³⁰ En efecto, se ha sostenido que es una figura de “creación colombiana [atribuible al] inspirado maestro Álvaro Pérez Vives”: Gil, J., *Teoría general de la ineficacia*, Bogotá, Cámara de Comercio de Bogotá, 2007, p. 27 y 29.

²³¹ Alarcón Rojas, F., *La ineficacia de pleno derecho en los negocios jurídicos*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2011, p. 26.

²³² Ramírez Baquero, E., “Inexistencia en el negocio jurídico en general y en el contrato en particular”, en *La terminación del contrato*, Bogotá, Universidad del Rosario, 2007, p. 110.

²³³ Alarcón Rojas, F., *La ineficacia de pleno derecho en los negocios jurídicos*, cit., p. 26.

²³⁴ *Ibidem*, p. 53. Cfr. D. 28.3.16; D. 28.5.9.13; D. 28.45; D.28.574.

Como lo elucida Alarcón²³⁵, la doctrina suele atribuir, con base en Gayo, la creación de aquella fórmula *pro non scripta* a la escuela de los sabinianos²³⁶, lo cual, atendió al propósito de “sancionar con ella las disposiciones condicionales de última voluntad que contrariaban el ordenamiento por ser imposibles o ilícitas [...] Y la razón para no sancionar también con nulidad estas condiciones impuestas en los actos testamentarios, se repite, es que aquella destruía la totalidad del acto mientras que la fórmula *pro non scripta* borraba lo que vulneraba el ordenamiento y preservaba el resto”²³⁷, de tal suerte que, en alguna medida, su finalidad estaba orientada a la conservación de la eficacia de la estipulación testamentaria, de ahí que se sostenga que “la fórmula *pro non scripta* se constituyó inicialmente como una expresión del *favor testamenti*”²³⁸ (cursiva dentro del texto original).

Posteriormente, cuando la escuela de Bolonia redescubrió el *Corpus Iuris Civilis*, “la fórmula *pro non scripta* también fue redescubierta y los glosadores aceptaron sin reparo alguno que las condiciones ilícitas y las físicamente imposibles puestas en los actos testamentarios deberían tenerse como no escritas, y plasmaron la idea en los aforismos '*impossibilis conditio pro non scripta est*' o '*impossibilis conditio institutionem non vitiat*'”²³⁹. Consecuencialmente, la llegada del Derecho romano a Europa en la alta Edad Media condujo a que el antiguo Derecho francés conociese de la fórmula *pro non scripta*²⁴⁰, lo cual se justificó en el interés de “proteger los intereses de la Iglesia cuando el acto testamentario contenía disposiciones a su favor y era cuestionada su eficacia”²⁴¹.

Ulteriormente, “en los siglos XVII y XVIII, siguiendo las reglas del Derecho romano, los juristas franceses enseñaban que las condiciones imposibles producían la nulidad de las convenciones, pero en los testamentos se tenían por no escritas”²⁴². Luego, la fórmula en comento se inmiscuyó, en septiembre de 1791, en la legislación francesa, a fin de

²³⁵ Ibídem, p. 57.

²³⁶ Gayo. 3.98.

²³⁷ Alarcón Rojas, F., *La ineficacia de pleno derecho en los negocios jurídicos*, cit., p. 60.

²³⁸ Ibídem, p. 65.

²³⁹ Ibídem, p. 66.

²⁴⁰ Ibídem, p. 73. Cfr. Ourliac P. y Gazzaniga L., *Historie du Droit Privé Français de l'An Mil au Code Civil*, París, Editions Albin Michel, 1985, p. 317 a 318.

²⁴¹ Ibídem.

²⁴² Para demostrar esta premisa, Alarcón, pertinentemente, trae a colación un extracto de la obra de Domat, en la que se lee: “Las condiciones imposibles anulan las convenciones [...] Así, estos tipos de condiciones no obligan a nada, como tampoco las que son naturalmente imposibles, y son tenidas por no escritas. Porque se considera como imposible lo que no se puede sin herir las leyes, las buenas costumbres y la honestidad. Y si había en el testamento condiciones naturalmente imposibles, o contrarias a las leyes o a las buenas costumbres, las disposiciones que de ellas las hiciera depender el testador, no dejarían de tener su efecto, aunque estas condiciones no tuvieran ninguno”: Domat, J., *Oeuvres Complètes. Les Lois Civiles dans leur Ordre Naturel*, París, Alex-Gobelet Libraire, 1835, p. 144 y 585, citado (y traducido) por Alarcón Rojas, F., *La ineficacia de pleno derecho en los negocios jurídicos*, cit., p. 75.

“sancionar las disposiciones que trataran de inducir a los herederos, legatarios o donatarios a violar la constitución o la ley, o que menoscabaran su igualdad, o que limitaran su libertad para contraer matrimonio o escoger profesión, estado o empleo”²⁴³. En consecuencia, no extraña que el *Code Civil* mantuviese la fórmula *pro non scripta* para el propósito referido²⁴⁴, premisa que debe ser concatenada con la constatación de que “cuando esta disposición mencionó los actos entre vivos se refirió a las donaciones y no a los restantes contratos, toda vez que la sanción que el *Code* impuso para estos [...] fue la nulidad tal como se lee en el artículo 1172”²⁴⁵.

Siguiendo esta línea argumental, Andrés Bello, en el proyecto del Código Civil Chileno de 1853, incluyó “la fórmula *pro non scripta* en casi una veintena de disposiciones”²⁴⁶, por lo cual, no extraña que dicha fórmula se haya inmiscuido en el Código Civil colombiano²⁴⁷.

²⁴³ *Ibidem*, p. 76.

²⁴⁴ El artículo 900 indica que “en toda disposición entre vivos o testamentaria, las condiciones imposibles, las que sean contrarias a las leyes o a las buenas costumbres, se tendrán por no escritas”.

²⁴⁵ Alarcón Rojas, F., *La ineficacia de pleno derecho en los negocios jurídicos*, cit., p. 81. Dicha extensión de la fórmula en comento a las donaciones encontró contradictores, quienes la estimaban infundada, pues no se correspondía con la tradición romana. Cfr. Murlon, M., *Répétitions écrites sur le Code Civil*, t. II, Paris, Libraires-Editeurs, 1885, p. 279. Sin embargo, aquella extensión de la figura se sustentó, como lo comenta Alarcón, en “el deseo de los revolucionarios de impedir que las ideas contrarias al nuevo orden encontraran escudo y ejecución bajo la forma de actos de generosidad o de beneficencia, y, en segundo lugar, porque ya la *Lex Romana Visigothorum*, mediante una *interpretatio* a una Constitución de Constantino, había señalado que las donaciones quedaban en firme si se removían las condiciones deshonestas o ilícitas que hubieran sido impuestos”: Alarcón Rojas, F., *La ineficacia de pleno derecho en los negocios jurídicos*, cit., p. 81.

²⁴⁶ *Ibidem*, p. 95.

²⁴⁷ *Ibidem*, p. 103. Ello puede denotarse en los artículos 830, 1057, 1113, 1117, 1123, 1124, 1132, 1133, 1184, 1190, 1537, entre otros. Temáticamente, vale la pena acotar que de “los específicos casos de aplicación de la fórmula *pro non scripta* que trae el Código Civil, los siguientes se refieren a condiciones ilícitas en las que se aplica la fórmula *pro non scripta*: la asignación testamentaria sometida a la condición absoluta de no exigirle cuentas o el saldo al guardador; la constitución de fideicomisos sucesivos; la asignación testamentaria sometida a la condición absoluta de no casarse; la asignación testamentaria sometida a la condición de permanecer en estado de viudez, y el legado de una cosa con la condición de no enajenarla cuando no compromete el derecho de un tercero. Se refieren a condiciones imposibles en las que se aplica la fórmula *pro non scripta*: la constitución de un usufructo por tiempo determinado al que se le agrega una condición que no se verifica antes del vencimiento de dicho tiempo o de la muerte del usufructuario y la asignación testamentaria que depende de un hecho que existe o ha existido. Son hipótesis que no se relacionan con condiciones imposibles, ininteligibles o ilícitas pero en las que se aplica la fórmula *pro non scripta*: las cláusulas que derogan las disposiciones testamentarias futuras o las cláusulas que exijan determinadas palabras o señales para revocar las disposiciones testamentarias futuras, la incertidumbre o la indeterminación del asignatario testamentario, la asignación testamentaria motivada por error sin el cual no se hubiera hecho, la asignación testamentaria que a cuál de dos o más personas se le hace, las asignaciones testamentarias que versan sobre cosas que no son determinadas o determinables, la asignación testamentaria en la que el testador manda a pagar lo que no debe, el pacto de reserva del dominio en la venta de toda clase de bienes en Chile o de los bienes raíces en Colombia, la cláusula en la que el vendedor expresa que si se configura la lesión enorme es su intención donar el exceso, la estipulación que obliga al censatario a redimir el censo en un tiempo determinado, y las cláusulas que impongan la obligación de no enajenar la finca censida o que impongan al censatario cargas diferentes a las expresadas en la ley”: *Ibidem*, p. 113 y 114.

Respecto del ordenamiento mercantil colombiano, el proyecto de Código de Comercio de 1958, previó la figura denominada “ineficacia de pleno derecho”. En efecto, “la Comisión Revisora señaló en la exposición de motivos que el proyecto hacía una clara diferenciación entre la nulidad y la ineficacia de pleno derecho, toda vez que expresaba sin ambages lo que a su juicio constituía el supremo rasgo distintivo entre la una y la otra: la necesidad de declaración judicial”²⁴⁸. A este respecto, se podría “concluir a primera vista que no se consideró la inexistencia sino la ineficacia de pleno derecho y la nulidad, y que en consecuencia los eventos que la configurarían fueron tratados como nulidad absoluta. Sin embargo, debemos señalar que la Comisión Revisora que elaboró el proyecto de 1958 no tuvo la intención de rechazar la figura de la inexistencia toda vez que la identificó con la ineficacia de pleno derecho [...] aclarando que esa inexistencia sólo se presentaba en aquellos expesos casos en que el Código expresara que el acto no producía efecto alguno”²⁴⁹.

No obstante, la normativa que, efectivamente, entró en vigencia, demarcó una posición distinta, ya que “el Comité Asesor había aprobado sin modificaciones el artículo 303 del Proyecto de 1958 que contemplaba la ineficacia de pleno derecho pero había eliminado los artículo 304 y 305 que regulaban respectivamente la nulidad absoluta y la nulidad relativa, por considerar que estas cuestiones ya estaban señaladas en un precepto general del proyecto [...] El Código de Comercio aprobado conservó sin modificación alguna el texto correspondiente a la ineficacia de pleno derecho pero introdujo expresamente la figura de la inexistencia y restituyó con modificaciones la regulación sobre la nulidad absoluta y la anulabilidad que había sido eliminada por el Comité Asesor”²⁵⁰.

En concreto, el artículo 897 del Código de Comercio colombiano dispone que “cuando en este Código se exprese que un acto no produce efectos, se entenderá que es ineficaz de pleno derecho, sin necesidad de declaración judicial”. De otro lado, de cara a los artículos

²⁴⁸ *Ibíd.*, p. 118. Sobre el particular, vale la pena memorar que “la Ley 57 de 1887 dispuso adoptar como Código de Comercio en la República de Colombia el que había sido sancionado como tal en el Estado Soberano de Panamá. Pero a raíz de las múltiples y sucesivas reformas que se le hicieron al Código de Comercio desde el mismo momento de su adopción, se hizo sentir la necesidad de expedir uno nuevo [...] Luego de varios intentos y de fallidas labores de comisiones que se crearon para el efecto, en 1956 se integró una que elaboró un proyecto y lo entregó en 1958 para su aprobación en el Congreso. Sin embargo, el Congreso de la República no logró estudiar y aprobar completamente el Proyecto, razón por la cual el Gobierno Nacional, con fundamento en las facultades extraordinarias que le fueron conferidas por la Ley 16 de 1968, integró un Comité Asesor para que revisara el Proyecto de Código de Comercio que había sido presentado en 1968. Este comité presentó un proyecto final con modificaciones que fue adoptado como Código de Comercio de Colombia mediante el Decreto 410 de 1971”: *Ibíd.*, p. 116 y 117.

²⁴⁹ *Ibíd.*, p. 119 y 122.

²⁵⁰ *Ibíd.*, p. 124.

898²⁵¹, 899²⁵² y 900²⁵³ del mismo Código, puede entreverse “una diferenciación conceptual entre la inexistencia, la nulidad absoluta y la ineficacia de pleno derecho porque, al determinarse legalmente las causas que generan uno u otro fenómeno, resultó imposible que cualquiera de los hechos genitores produjera uno que le sería extraño como consecuencia”²⁵⁴.

De lo dicho hasta el momento, insoslayablemente, debe concluirse que la ineficacia de pleno derecho es el *nomen iuris* que, en la preceptiva mercantil colombiana, recibe la antiquísima fórmula *pro non scripta*²⁵⁵; de tal modo que, la ineficacia de pleno derecho no es una figura cuya génesis se haya surtido en el seno del ordenamiento jurídico colombiano, en la medida en que, como se vio, “la fórmula *pro non scripta* fue ideada en el Derecho romano, de aquí pasó a los derechos medievales y luego a todas las codificaciones civiles modernas, sin que el Código Civil de Colombia haya sido la excepción”²⁵⁶.

En suma, en lo que hace a la ordenación normativa que la ineficacia de pleno derecho ostenta en el ordenamiento jurídico mercantil, habría que poner de manifiesto, como punto de partida, lo dicho en el ya citado artículo 897 del Código de Comercio, esto es, que el fenómeno en comento se produce cuandoquiera que se indique, expresamente, que un acto no producirá efectos. Sobre dicho punto, el legislador señaló “en más de una treintena de normas casos específicos en que se produce ese fenómeno, utilizando para ello no solo la expresión 'no produce efecto alguno', que es el término general de la normas que la describe, sino que también emplea otras locuciones tales como 'será ineficaz', 'so pena de ineficacia', 'carecerán de toda eficacia', 'no producirá efectos', 'no producirá efectos ninguna estipulación de las partes', 'se tendrá por no escrita', o 'se tendrá por no puesta’”²⁵⁷.

De forma concomitante, en la Ley 1480 de 2011, esto es, el Estatuto del Consumidor, pueden denotarse otras aplicaciones concretas de la fórmula *pro non scripta*, pues el inciso primero del artículo 4º de dicha normativa preceptúa lo siguiente: “Las disposiciones contenidas en esta ley son de orden público. Cualquier estipulación en contrario *se tendrá por no escrita*, salvo en los casos específicos a los que se refiere la presente ley” (cursiva

²⁵¹ El segundo inciso de dicha disposición prevé que “Será inexistente el negocio jurídico cuando se haya celebrado sin las solemnidades sustanciales que la ley exija para su formación, en razón del acto o contrato y cuando falte alguno de sus elementos esenciales”.

²⁵² Esta disposición señala que “Será nulo absolutamente el negocio jurídico en los siguientes casos: 1) Cuando contraría una norma imperativa, salvo que la ley disponga otra cosa; 2) Cuando tenga {causa u objeto ilícitos}, y 3) Cuando se haya celebrado por persona absolutamente incapaz”.

²⁵³ El primer inciso de esta norma indica que “Será anulable el negocio jurídico celebrado por persona relativamente incapaz y el que haya sido consentido por error, fuerza o dolo, conforme al Código Civil”.

²⁵⁴ Alarcón Rojas, F., *La ineficacia de pleno derecho en los negocios jurídicos*, cit., p. 125.

²⁵⁵ *Ibídem*, p. 128.

²⁵⁶ *Ibídem*.

²⁵⁷ *Ibídem*, p. 129.

por fuera del texto original). Subsecuentemente, el inciso final del artículo 37 prevé que: “Serán ineficaces y *se tendrán por no escritas* las condiciones generales de los contratos de adhesión que no reúnan los requisitos señalados en este artículo” (cursiva por fuera del texto original). Consecuencialmente, el segundo inciso del artículo 42 establece que “Los productores y proveedores no podrán incluir cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores, En caso de ser incluidas serán ineficaces de pleno derecho” y, seguidamente, el artículo 43 enlista una serie de cláusulas que son tenidas como ineficaces de pleno derecho, por ser, de suyo, abusivas.

Ahora bien, en lo que concierne a la jurisprudencia nacional, habría que poner de manifiesto que los pronunciamientos en la materia han sido escasos, pues, “la jurisprudencia en Colombia no se ha pronunciado sobre la existencia de la fórmula *pro non scripta* en el Código Civil”²⁵⁸. El Consejo de Estado, en punto del numeral 5° del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, afirmó que “todas aquellas cláusulas que puedan comportar vulneración de los principios expuestos [esto es, aquellos relacionados con los requisitos de los pliegos de condiciones], son susceptibles de depuración por parte del juez del contrato, e incluso, se repite la ley puede establecer *ab initio* la sanción que le merezca, como ocurre en los eventos de ineficacia de pleno derecho, en los que no se requiere de decisión judicial”²⁵⁹.

De otro lado, la Corte Constitucional “se pronunció sobre la ineficacia de pleno derecho al examinar la constitucionalidad del artículo 133 de la Ley 446 de 1998 que le atribuía competencia a la Superintendencia de Sociedades y a la Superintendencia Financiera para declarar la existencia de ese fenómeno respecto de los casos consagrados en el Libro Segundo del Código de Comercio si existiere discusión sobre su ocurrencia. En esa oportunidad reiteró que la ineficacia de pleno derecho no requiere de decisión judicial y nada dijo sobre su estructura, características, su existencia en el Código Civil, etc”²⁶⁰.

33. CONCEPTO DE LA INEFICACIA DE PLENO DERECHO DEL NEGOCIO JURÍDICO

Visto el recuento histórico que antecede, no cabe la menor duda de que la ineficacia de pleno derecho es, en términos generales, la forma que, en la legislación mercantil colombiana, asumió la fórmula, según la cual, determinados apartes de los negocios jurídicos son tenidos como no escritos, esto es, en el sentido más elemental, como desprovistos de efectos. Ciertamente esta perspectiva histórica tiene la virtud de abstraer el fenómeno subyacente, permitiendo con mayor facilidad su estudio y sistematización.

²⁵⁸ *Ibíd*em, p. 130.

²⁵⁹ Sentencia del 26 de abril de 2006, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Tercera, exp. 16041, p. 54.

²⁶⁰ Alarcón Rojas, F., *La ineficacia de pleno derecho en los negocios jurídicos*, cit., p. 133.

No obstante, se suele decir, con inspiración en “la función intervencionista en el contenido negocial”²⁶¹, que la ineficacia de pleno derecho es “una figura *sui generis*”²⁶² que supone “la sanción más drástica y efectiva para erradicar una estipulación malsana o incoherente”²⁶³.

Para construir una noción comprensiva de las vicisitudes de la categoría jurídica en cuestión, conviene partir de la consideración, de conformidad con la cual, la ineficacia de pleno derecho “es un juicio de valoración negativa que se materializa de pleno derecho”²⁶⁴; a partir de ello, puede aseverarse que “es una sanción *in limine* con que el ordenamiento castiga los actos que violan sus normas imperativas, el orden público o las buenas costumbres, y consiste en que en los expresos casos señalados en la ley, la específica cláusula o pacto transgresor, y únicamente éste, se borra de pleno derecho de la realidad jurídica y se tiene como si no se hubiera realizado”²⁶⁵ (cursiva dentro del texto original).

34. LA INEFICACIA DE PLENO DERECHO DE CARA A LA INEXISTENCIA DEL NEGOCIO JURÍDICO

No resulta extraño que haya quienes sostengan a ultranza la sinonimia o, inclusive, identidad, entre la inexistencia del negocio jurídico y la ineficacia de pleno derecho²⁶⁶, afincados en la premisa, con arreglo a la cual, la ineficacia de pleno derecho no es otra cosa que una inexistencia parcial del negocio jurídico²⁶⁷; ello, podría decirse, se sustenta en su punto de confluencia: la forma en que operan, es decir, sin necesidad de declaración judicial. No obstante, más allá de aquel punto común, es un contrasentido afirmar su identidad, ya que “todas esas identificaciones desconocen que esas figuras tienen orígenes, funciones y desarrollos distintos, se edifican sobre causales diferentes y tienen

²⁶¹ Hinestrosa, F., *Tratado de las obligaciones II: de las fuentes de las obligaciones: el negocio jurídico vol. II*, cit., p. 830.

²⁶² *Ibidem*, p. 831.

²⁶³ *Ibidem*, p. 833. De ahí que haya quienes afirmen que esta forma de ineficacia negocial deba llamarse “erradicación”, fundamentalmente, para distinguirla de las otras manifestaciones de la ineficacia negocial. Cfr. Terré, F., Simler, Ph. y Lequette, Y., *Droit Civil, Les obligations*, 8ª ed., Paris, Dalloz, 2002, p. 97.

²⁶⁴ Alarcón Rojas, F., *La ineficacia de pleno derecho en los negocios jurídicos*, cit., p. 159.

²⁶⁵ *Ibidem*, p. 160. Respecto de esta definición, idónea para todos los efectos, llama la atención la redacción del artículo 897 del Código de Comercio colombiano, ya que se alude a “un ‘acto’, con lo cual al parecer se estaría privilegiando la desaparición íntegra de este, siendo así que esa ineficacia se ha predicado siempre de cláusulas, estipulaciones o pactos singulares del acto o contrato, y que se individualiza por su circunscripción a la cláusula censurable o incompatible, de modo que el remanente del acto o contrato rige una vez purificado”: Hinestrosa, F., *Tratado de las obligaciones II: de las fuentes de las obligaciones: el negocio jurídico vol. II*, cit., p. 831.

²⁶⁶ Cfr. De los Mozos, J., “Inexistencia, nulidad y anulabilidad en el Anteproyecto de Código Europeo de Contratos de la Academia de Pavía”, en *Estudios en Homenaje al Profesor Manuel Albaladejo García*, vol. II, Murcia, Universidad de Murcia, 2004, p. 3409 a 3428.

²⁶⁷ Vattier Fuenzalida, C., “Inexistencia y nulidad del contrato”, en *Código Europeo de Contratos. Academia de Iusprivatistas Europeos (Pavía). Comentarios en Homenaje al Profesor Don José Luis de Los Mozos y de Los Mozos*, vol. II, Madrid, Dykinson, 2003, p. 553 a 572.

justificaciones ontológicas diversas, razones por las cuales no son ni pueden ser lo mismo”²⁶⁸.

Por lo demás, otra diferencia cardinal sobre el particular es que “en los supuestos de inexistencia, la prevención de ausencia de efecto y de no necesitarse declaración judicial sobra del todo”²⁶⁹, habida cuenta de que, el negocio jurídico inexistente es, desde una perspectiva jurídica, irrelevante²⁷⁰, mientras que, el negocio jurídico en que una de sus partes deviene como ineficaz de pleno derecho, en línea de principio, es jurídicamente relevante y, lo que es más, eficaz, una vez suprimida la parte transgresora. Ello es así, en virtud de uno de los principios que entraña la fórmula *pro non scripta*, esto es, la conservación de la eficacia del negocio jurídico, en tanto que “un recto entendimiento de la fórmula *pro non scripta* nos conduce a concluir que como ella no destruye todo el negocio jurídico, las estipulaciones que hayan sido tenidas por no escritas y que sean necesarias para la ejecución del acto dispositivo deben ser instituidas (sic) mediante la labor de la integración negocial [...] con esta labor integradora se persigue preservar el negocio, corregir el contenido negocial, determinar plenamente su contenido y develar su alcance”²⁷¹.

35. LOS EFECTOS DE LA INEFICACIA DE PLENO DERECHO DEL NEGOCIO JURÍDICO

La implicación de que una parte de un negocio jurídico sea tenida como ineficaz de pleno derecho es que “se tachan *ipso iure*, de la realidad jurídica, las cláusulas o pactos ilícitos, y sólo estos, siempre y cuando la ley haya previsto esta consecuencia para esa transgresión [...] esa tachadura se produce de inmediato por el poder de la misma norma y por consiguiente no requiere para su operancia de pronunciamiento judicial alguno”²⁷², de tal modo que esa erradicación engloba la supresión de los efectos inmediatos y finales de la estipulación borrada²⁷³.

²⁶⁸ Alarcón Rojas, F., *La ineficacia de pleno derecho en los negocios jurídicos*, cit., p. 173.

²⁶⁹ Hinestrosa, F., *Tratado de las obligaciones II: de las fuentes de las obligaciones: el negocio jurídico vol. II*, cit., p. 833.

²⁷⁰ Por ello, se pretende significar que “irrelevante es lo que no alcanza a configurar la previsión normativa, aquello que carece de identidad y, por lo tanto, no constituye interés merecedor de consideración, de donde se sigue que la actitud del ordenamiento es de indiferencia”: *Ibidem*, p. 680. En yuxtaposición, podría decirse que la relevancia del negocio jurídico designa “la calificación jurídica del hecho que, como tal, produce efectos para el derecho; los efectos, a la vez que identifican jurídicamente el hecho, cumplen su función de constituir algunas situaciones jurídicas nuevas que el derecho asigna a propósito de un supuesto de hecho”: Scognamiglio, R., *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, 2ª ed., Napoli, Jovene, 2008, p. 277, citado (y traducido) por Hinestrosa, F., *Tratado de las obligaciones II: de las fuentes de las obligaciones: el negocio jurídico vol. II*, cit., p. 680.

²⁷¹ Alarcón Rojas, F., *La ineficacia de pleno derecho en los negocios jurídicos*, cit., p. 170 y 171.

²⁷² *Ibidem*, p. 161.

²⁷³ *Ibidem*, p. 162.

Ineludiblemente, a este respecto, emerge el cuestionamiento atinente a ¿por qué la ineficacia de pleno derecho, por regla general, sólo se proyecta sobre la parte transgresora del negocio jurídico?, la respuesta ya ha sido manifestada con anterioridad; sin embargo, vale la pena hacer ahínco en ella, la razón es que “la ineficacia de pleno derecho persigue además la conservación del negocio por ser un desarrollo del principio del *favor negotii*, razón por la cual sólo se borra aquella parte del acto dispositivo que contraviene el ordenamiento”²⁷⁴.

Como corolario de lo anterior, también merece la pena preguntarse sobre “si el interviniente en una disposición de intereses, que ha conocido o ha debido conocer el mandato o prohibición cuya transgresión conduce a la ineficacia de pleno derecho, puede repetir lo que dio en razón del pacto ineficaz”²⁷⁵, a lo cual, podría responderse negativamente en consideración de lo dictado por el artículo 1525 del Código Civil colombiano, según el cual, “no podrá repetirse lo que se haya dado o pagado por un objeto o causa ilícita a sabiendas”; de otro lado, podría responderse afirmativamente al interrogante planteado si se considera que, en estrictez, “ni el Código Civil ni el Código de Comercio colombianos dicen algo sobre la posibilidad de repetir lo que se haya dado en los casos de ineficacia de pleno derecho”²⁷⁶, de ahí que se pueda prohiar la tesis, de conformidad con la cual, cuando la ineficacia de pleno derecho opera “no es aplicable la prohibición de repetir lo que se ha dado a sabiendas de la existencia de una causa u objeto ilícito [...] en primer lugar, porque los efectos propios de la fórmula *pro non scripta* impiden que subsista ilicitud alguna toda vez que se borra lo contrario al ordenamiento y se mantiene lo demás y, en segundo lugar, porque si en lo borrado por ilícito va comprendido algo que se dio, la no restitución desnaturalizaría la fórmula *pro non scripta* ya que implicaría la producción de efectos a pesar de que la ley quiere que ese acto transgresor no produzca efecto alguno”²⁷⁷.

VI. LA INOPONIBILIDAD DEL NEGOCIO JURÍDICO

36. INTRODUCCIÓN A LA INOPONIBILIDAD DEL NEGOCIO JURÍDICO

La peculiaridad que puede vislumbrarse con ocasión del estudio de la inoponibilidad, a lo menos en relación con las demás formas de ineficacia del negocio jurídico, es que supone una consideración que en las demás formas de ineficacia negocial aparece como secundaria, pero que, en el contexto de la inoponibilidad del negocio jurídico, ostenta la mayor relevancia, esto es, las implicaciones del negocio jurídico respecto de terceros o, dicho bajo otra formulación, el carácter exógeno que el negocio jurídico pudiese llegar a

²⁷⁴ Ibídem.

²⁷⁵ Ibídem.

²⁷⁶ Ibídem, p. 163.

²⁷⁷ Ibídem, p. 164.

tener respecto de terceros.

Lo anterior, por supuesto, acompasa que la existencia de una figura como la oponibilidad se fundamenta en que los terceros no siempre están absolutamente abstraídos de la órbita del negocio jurídico *-penitus extraneus* o tercero absoluto²⁷⁸-, sino que puede haber personas que, si bien no son titulares del interés jurídico-negocial disciplinado por el negocio jurídico, están en la periferia del negocio jurídico y, en esa medida, eventualmente pueden resultar afectadas por él *-tercero relativo*²⁷⁹, por lo cual, se hace necesario determinar cómo y cuándo el negocio jurídico puede proyectarse, en alguna medida, a terceros. Así mismo, no cabe duda de que la inoponibilidad del negocio jurídico es una categoría jurídica que está consustancialmente ligada a la publicidad del negocio jurídico en su sentido más amplio, es decir, como divulgación de la existencia del negocio jurídico a fin de prevenir al grupo social de dicha existencia.

Tal vez el punto más álgido de discusión, a propósito de la inoponibilidad del negocio jurídico, es su admisibilidad o inadmisibilidad como forma de ineficacia negocial; cuestión que, en procura de un discurso sucinto pero comprensivo, habrá de ser objeto de disertación más adelante.

37. ORIGEN HISTÓRICO DE LA INOPONIBILIDAD DEL NEGOCIO JURÍDICO

La inoponibilidad del negocio jurídico, en tanto forma de ineficacia negocial con *nomen iuris* decantado, encontró su origen en los albores del siglo XX. Sin embargo, analizando el asunto a espacio, podría afirmarse que, la historia de la inoponibilidad del negocio jurídico o, por lo menos, de la lógica que a ella subyace, no es otra cosa que la historia del principio de la relatividad del contrato, lo cual, a su turno, engloba la insoslayable consideración de la sinalagmatía del contrato y, así mismo, la consideración del alcance de la autonomía privada.

En efecto, de vieja data se tiene noticia de que el elemento característico del contrato es “la bilateralidad objetiva o sinalagmática”²⁸⁰, esto es, el surgimiento de obligaciones recíprocas y correlativas *entre las partes del contrato*²⁸¹ y, en principio, ese es el alcance de la

²⁷⁸ Hinestrosa, F., *Tratado de las obligaciones II: de las fuentes de las obligaciones: el negocio jurídico vol. I*, cit., p. 516.

²⁷⁹ Ibidem. Cfr. Cas. del 28 de julio de 2005, exp. 1999-00449-01.

²⁸⁰ Neme Villarreal, M., *La buena fe en el derecho romano: Extensión del deber de actuar conforme a buena fe en materia contractual*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2010, p. 203.

²⁸¹ Labeón fue quien arribó a dicha conclusión, ya que “percibió que la bilateralidad subjetiva no era el elemento decisivo para el surgimiento de la obligación, sin desconocer que la bilateralidad subjetiva no puede faltar en cuanto constituye indefectiblemente el presupuesto de aquella objetiva”: Ibidem. Así mismo, puede entreverse la predilección por definir el contrato en relación con la bilateralidad objetiva cuando Ulpiano sostiene que “Labeón define en el libro primero del Pretor urbano, que unas cosas se hacen, otras se

autonomía privada en tanto forma prístina de autorregulación de los intereses jurídicamente relevantes de sí, es decir, “la dimensión propia de la autonomía privada muestra cómo cada cual puede disponer *de lo propio, pero no entremeterse en lo ajeno*”²⁸² (cursiva por fuera del texto original), lo cual, es patente de cómo el contrato, desde sus orígenes más remotos²⁸³, en principio, ha estado llamado a obligar únicamente a las partes de aquel, de tal suerte que no debe producir “efectos respecto de terceros sino en los casos previstos por la ley”²⁸⁴.

Así, aquella premisa, según la cual, en línea de principio, el contrato sólo debe vincular a las partes del mismo, esto es, a los titulares del interés jurídico negocial en juego, aparece como consustancial a la noción de contrato, por ello, fue vertida en los cuerpos normativos²⁸⁵ resultantes del proceso histórico de la codificación bajo el marco del principio de la relatividad del contrato, cuya justificación es lógica, en la medida en que si el tercero no concurrió a la formación del contrato, pues aquel contrato no tendrá la virtualidad de obligarlo²⁸⁶, salvo que medie una legitimación legal al respecto.

Puntualmente, la aparición del vocablo “inoponibilidad” dentro de la órbita del Derecho Privado, usualmente²⁸⁷, es endilgada a René Japiot, quien en su obra “*Des nullités en*

gestionan, y otras se contratan. Y ciertamente que la palabra acto es general, ya sea que alguna cosa se haga de palabra, ya sea que realmente, como en la estipulación, o en la entrega de cantidad; pero contrato significa obligación de una y otra parte, lo que los griegos llaman sinalagma”: Ulpiano, D. 50.16.19, Comentarios al Edicto, libro XI, citado (y traducido) por Neme Villarreal, M., *La buena fe en el derecho romano: Extensión del deber de actuar conforme a buena fe en materia contractual*, cit., p. 204.

²⁸² Hinestrosa, F., *Tratado de las obligaciones II: de las fuentes de las obligaciones: el negocio jurídico vol. II*, cit., p. 485.

²⁸³ Ciertamente, desde la aparición del vocablo “synalagma” en la antigua Grecia como un término para designar el surgimiento de obligaciones de una y otra parte. Dicha palabra coincide “con el término latino ‘*contractus*’, conforme lo señala la doctrina, la referencia a la experiencia griega en la idea de sinalagma, parece evocar un texto de Aristóteles plasmado en la *Ética a Nicomaco* 5,2,12-13, en el que en el marco de unas reflexiones sobre la justicia particular que opera en los sinalagmas, emergen en la visión aristotélica de sinalagma tanto un elemento correctivo o reequilibrador, como un elemento de correlatividad”: Neme Villarreal, M., *La buena fe en el derecho romano: Extensión del deber de actuar conforme a buena fe en materia contractual*, cit., p. 205.

²⁸⁴ Bianca, C.M., *Derecho Civil: el contrato*, cit., p. 587.

²⁸⁵ Por ejemplo, piénsese en los artículos 1372 del Código Civil italiano, 1165 del *Code Civil*, 1438 y 1439 del Código Civil chileno -de donde puede ser inferido-, 1495 del Código Civil colombiano, etc.

²⁸⁶ Hinestrosa, F., *Tratado de las obligaciones II: de las fuentes de las obligaciones: el negocio jurídico vol. II*, cit., p. 485. Dicho de otra forma, “en el ordenamiento actual el fundamento de esta regla se debe buscar en la función de la autonomía contractual, y a este propósito es necesario ver que el contrato es un autorreglamento de intereses privados, es decir el instrumento por medio del cual los sujetos disponen de la propia esfera personal y patrimonial, de tal forma que se entiende así que el contrato ha de expresar su eficacia respecto de las partes y no respecto de terceros [...] La regla de la relatividad del contrato se da, en definitiva, como tutela de la esfera de libertad de los sujetos”: Bianca, C.M., *Derecho Civil: el contrato*, cit., p. 587 y 588.

²⁸⁷ Guzmán Espiche, L., “Los actos jurídicos inoponibles”, en *Ágora Revista de Derecho*, Universidad Inca Garcilaso de la Vega, años III-IV, n.º 3 y 4, 2002-2004, p. 197.

matière d'actes juridiques” conceptualizó la figura como una forma de ineficacia negocial distinta a la invalidez²⁸⁸.

38. CONCEPTO DE LA INOPONIBILIDAD DEL NEGOCIO JURÍDICO

René Japiot, quien acuñó el vocablo “inoponibilidad” en materia de la ineficacia del negocio jurídico, la definió en yuxtaposición a la nulidad del negocio jurídico, en la medida en que sostuvo que “la nulidad es la ineficacia a la mirada de las partes [...] la inoponibilidad es la ineficacia a la mirada de terceros (terceros en sentido amplio y vago susceptible de comprender a todos los que no son partes en el acto o sus causahabientes)”²⁸⁹. Y, consecuentemente, delineó dos diferencias entre dichos institutos, “en relación con la primera diferencia, Japiot sostiene que en la nulidad la ineficacia puede ser alegada por una (o ambas) de las partes o por un tercero extraño al acto jurídico; en la inoponibilidad, en cambio, la ineficacia sólo puede ser invocada por terceros extraños al acto y nunca por las partes. La segunda diferencia establecida por Japiot, se refiere a la extensión de la ineficacia. En la inoponibilidad del acto jurídico queda subsistente entre las partes, y solamente es ineficaz en relación al tercero protegido por el legislador, y en la medida de su interés. En la nulidad, por el contrario, los efectos de la invalidez se producen tanto entre las partes del acto jurídico como respecto de terceros, desapareciendo el acto y sus consecuencias para volver las cosas al estado anterior al del acto nulo o anulado”²⁹⁰.

Otra formulación adscribe la diferencia entre la nulidad y la inoponibilidad del negocio jurídico al hecho de que “el acto inoponible es en sí un acto válido, pero inoperante respecto a determinados sujetos, entendidos éstos como terceros, que son precisamente los beneficiarios de la sanción bajo comentario, cuya presencia justifica y motiva la razón de ser de ésta”²⁹¹.

Aproximaciones posteriores le han atribuido a la inoponibilidad “la calidad de ineficacia relativa, en el sentido, de que el acto sobre el que recae la sanción de inoponibilidad no desaparece jurídicamente como ocurre con el acto nulo o anulado, sino que es inocuo para determinados sujetos, para quienes no surte efectos”²⁹². Lo cual, sin duda, se sustenta en el

²⁸⁸ Japiot, R., *Des nullités en matière d'actes juridiques*, París, Arthur Rosseau Editeur, 1909, p. 25 y ss, y p. 514 y ss.

²⁸⁹ *Ibidem*, p. 25 y 33.

²⁹⁰ Lloveras de Resk, M., “Nulidad, inoponibilidad y teoría de la inexistencia”, en *Revista Notarial*, Colegio de Escribanos de la Provincia de Córdoba, n.º 42, 1981, p. 135.

²⁹¹ Guzmán Espiche, L., “Los actos jurídicos inoponibles”, cit., p. 197 y 198.

²⁹² *Ibidem*. O, como lo sostiene Messineo al disertar sobre el particular: “se trata de una ineficacia solamente relativa, es decir, de tal índole que el contrato es eficaz bajo cierto aspecto o en las relaciones de determinados sujetos (las partes), e ineficaz bajo otro aspecto o frente a otros sujetos (los terceros), en ese segundo caso el contrato ha de considerarse y calificarse como inoponible a los terceros o a ciertos terceros”: Messineo, F., *Doctrina General del Contrato*, t. II, Buenos Aires, EJE, 1952, p. 311.

reconocimiento de la posibilidad de que, el negocio jurídico, eventualmente puede aprovechar o afectar a quienes no son parte en él, es decir, terceros relativos, de tal modo que “no obstante el efecto relativo de los contratos [...] En estos casos, la ley toma en cuenta esos intereses afectados, y los hace prevalecer sobre los intereses de los sujetos del negocio, para lo cual, sin perjuicio de que ese negocio pueda desplegar sus efectos, propios entre quienes los otorgaron, limita la eficacia respecto de terceros con un interés distinto, que se vería perjudicado de no disponerse tal limitación”²⁹³.

En suma, la inoponibilidad del negocio jurídico es una forma o instituto de ineficacia negocial “por imperio del cual, si bien [el negocio] es válido y plenamente regular entre las partes, con respecto a ciertos terceros resulta inocuo o indiferente, pudiendo aquellos comportarse jurídicamente con abstracción o prescindiendo del citado negocio”²⁹⁴, de tal suerte que la inoponibilidad del negocio jurídico implica “la inhabilidad de los otorgantes para esgrimir su disposición frente a personas extrañas a ellos”²⁹⁵.

39. RECEPCIÓN DE LA INOPONIBILIDAD DEL NEGOCIO JURÍDICO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COLOMBIANO

La Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia se ha referido a la inoponibilidad del negocio jurídico en términos similares a los empleados por Japiot, esto es, demarcando las características de la inoponibilidad en función de sus diferencias con la nulidad del negocio jurídico, pues ha argüido que “la inoponibilidad por falta de concurrencia se funda en el efecto relativo de los contratos que liga a las partes o a quienes ocupen su lugar jurídico más no a terceros, y supone la validez del negocio. En tanto que por la nulidad se predica la incidencia de vicios que afectan la vida del contrato, por modo absoluto o relativo según los casos”²⁹⁶ y, en otra ocasión, alegó que “el efecto característico de la inoponibilidad, por contraste al de la nulidad, es el de que el negocio no desaparece como vínculo jurídico que ata a sus autores; simplemente que sus proyecciones se paralizan o neutralizan frente a ciertos terceros”²⁹⁷.

En otra ocasión, la distinguió de la inexistencia del negocio jurídico, al afirmar que “no es que la inoponibilidad sea asimilable a la inexistencia, puesto que la última no es una sanción que se impone al negocio, o sea, que éste, en sí mismo existe o no existe, tanto frente a las partes, como frente a terceros, mientras que en aquella el negocio existe, sólo

²⁹³ Zannoni, E., *Ineficacia y nulidad de los actos jurídicos*, Buenos Aires, Astrea, 1986, p. 135.

²⁹⁴ Antelo, M., “Consideraciones sobre el acto jurídico inoponible”, en *Revista Notarial*, n.º 877, Buenos Aires, 1984, p. 1414.

²⁹⁵ Hinestrosa, F., *Tratado de las obligaciones II: de las fuentes de las obligaciones: el negocio jurídico vol. II*, cit., p. 835.

²⁹⁶ Cas. 28 de agosto de 1958, LXXXVIII, n.º 2199-2200, p. 670.

²⁹⁷ Cas. 4 de marzo de 1996, CCXL, p. 314.

que no produce efectos respecto de otros”²⁹⁸.

Así las cosas, es menester traer en causa que, si bien existe una disciplina normativa atomizada a propósito de la inoponibilidad del negocio jurídico, la disposición del artículo 901 del Código de Comercio Colombia da cuenta de su existencia dentro del orden jurídico colombiano como forma de ineficacia negocial, en tanto indica que “será inoponible a terceros el negocio jurídico celebrado sin cumplir con los requisitos de publicidad que la ley exija”. Ahora bien, ello no es óbice para afirmar que la inobservancia de los requisitos de publicidad del negocio jurídico es la única causa de la inoponibilidad del negocio jurídico, pues, a decir verdad, no es así, en tanto existen otras causas de distinto talante, pero que, en todo caso, comportan que la sanción en comento se aplica por el solo mandato de la ley.

Sobre lo dicho anteriormente, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia puntualizó que “es verdad la inoponibilidad no se encuentra debidamente sistematizada en el derecho positivo patrio, como sí lo está, por ejemplo, la nulidad de los negocios jurídicos, respecto de la cual el Código Civil en particular dedica toda una estructura normativa a regularla en su doble faceta, no lo es menos que ninguna duda existe acerca de su consagración legal, pues, así sea de manera diseminada, existen en el concierto jurídico colombiano diversas disposiciones a través de las cuales emerge su regulación legal, como lo son, *verbi gratia*, los artículos 640, 1505, 1871, 2105 del Código Civil y 833 del Código de Comercio, entre otros, en los cuales se prevén algunos de los eventos en que el acto o contrato deviene inoponible haciendo que el mismo se torne ineficaz frente a quien en un momento dado ostentare la condición de tercero”²⁹⁹.

²⁹⁸ Cas. 15 de agosto de 2006, exp. 08001-31-10-003-1995-9375-01, p. 22.

²⁹⁹ *Ibídem*, p. 23. En otra oportunidad, la misma Corporación habló, a espacio, de las causas de la inoponibilidad del negocio jurídico en los siguientes términos: “las causas de inoponibilidad, son variadas, no se limitan a la falta de publicidad y presuponen la existencia y validez del negocio jurídico, a las cuales no se asimila y, no puede ser invocada más que por terceros afectados en quienes concurra: así, de ordinario, los efectos del negocio jurídico son plenos entre las partes y no respecto de terceros, cuyos intereses escapan a la esfera dispositiva de las partes, careciendo de eficacia, en sentido negativo o positivo, salvo en las precisas situaciones fácticas disciplinadas por el ordenamiento (estipulación por otro, contrato a favor de terceros, etc.); la cesión de créditos y de contrato de prestaciones correlativas, es inoponible al deudor y a la contraparte por ausencia de notificación y, en su caso, de aceptación (arts. 1698 y ss. C.C.); el pacto de reserva de dominio al tercero de buena fe adquirente del bien mueble (arts. 1931 y 1933 C.C.); el pacto fiduciario a terceros (art. 1759 C.C.); el ‘pacto secreto, privado, reservado, simulado’ a terceros adquirentes del titular aparente (art. 1766 C.C.); las decisiones adoptadas por la asamblea o junta general de socios que no tengan carácter general, son inoponibles a los socios ausentes o disidentes (arts. 188 y 190 C. de Co.), y en general, el negocio no conocible por terceros, usualmente, por omisión de la publicidad exigible (arts. 901, arts. 29, 112, 121, 158, 190, 188, 196, 300, 313, 366, 499, 510, 528, 843, 894, 953, 1186, 1208, 1320, 1333 y 1573 del C. de Co.; 2 y 44 del Decreto 1250 de 1970)”: cas. 1º de julio de 2008, exp. 2001-00803-01, p. 13 y 14.

40. LA INOPONIBILIDAD DEL NEGOCIO JURÍDICO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COLOMBIANO:
¿FORMA DE LA INEFICACIA NEGOCIAL?

Como se dijo con anterioridad, un asunto que es discutido marginalmente en la doctrina en el contexto de la inoponibilidad del negocio jurídico es aquel que toca con su admisión como forma de ineficacia negocial. Pues, para la amplísima mayoría de autores, incluyendo a la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, la inoponibilidad del negocio jurídico es, como se vio, una forma de ineficacia relativa, en la medida en que, el negocio jurídico, no proyecta sus efectos frente a determinados sujetos. Sin embargo, hay quienes afirman que “si el acto oponible, ya presencialmente, ora relacionalmente, es una entidad que vincula a las partes, que entre ellas desata plenitud de efectos porque es apta para generarlos, no hay motivo para calificarlo como ineficaz. Esta abundancia de efectos negociales suscitada inter partes es, de suyo, suficiente para que se le califique como negocio eficaz”³⁰⁰.

41. EFECTOS DE LA INOPONIBILIDAD DEL NEGOCIO JURÍDICO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COLOMBIANO

Cualquiera que sea la causa de la inoponibilidad del negocio jurídico su implicación jurídica es la misma, esto es, la producción de efectos negociales entre las partes, pero no respecto de terceros, quienes podrán conducirse con absoluta indiferencia respecto de aquel negocio. Lo cual, tendrá por consecuencia que “los sujetos negociales saldrán afectados de contragolpe por la defensa de los terceros que derrumba lo que en vano procuraron oponerles, sin que por ellos puedan sentirse para entre sí libres de sus compromisos. Se tiene entonces desdoblamiento de los efectos del negocio que son plenos para los celebrantes y ninguno o menguados para terceros”³⁰¹.

³⁰⁰ Ramírez, E., *La ineficacia en el negocio jurídico*, cit., p. 433.

³⁰¹ Hinestrosa, F., *Tratado de las obligaciones II: de las fuentes de las obligaciones: el negocio jurídico vol. II*, cit., p. 837.

CAPÍTULO II

LA APLICACIÓN DE LA INEFICACIA DEL NEGOCIO JURÍDICO

SECCIÓN PRIMERA: los mecanismos jurídicos de aplicación del Derecho

42. INTRODUCCIÓN

Como fue vaticinado al inicio del presente escrito, en este capítulo se acometerá el estudio de los mecanismos jurídicos que existen en el ordenamiento jurídico colombiano para aplicar las diversas concreciones de la ineficacia del negocio jurídico, cuestión que, como se dijo, ha revestido gran desatención en la doctrina del Derecho Privado e, incluso, en la generalidad del Derecho, en la medida en que “la aplicabilidad y la eficacia de las normas jurídicas son habitualmente presupuestas por los juristas dogmáticos cuando formulan sus enunciados acerca de derechos y deberes jurídicos”³⁰².

El interrogante postulado, relativo a ¿cómo se aplica la ineficacia negocial en Colombia?, como se verá a lo largo este capítulo, consta de la particularidad de tener una regulación considerablemente atomizada y, en ese sentido, proclive a dar cuenta de cómo reglas que, *prima facie*, parecen inescindibles a cada forma de la ineficacia negocial, en realidad, admiten múltiples y variadas excepciones; con ello se pretende significar, por ejemplo, cómo no es absolutamente cierto que la resolución del negocio jurídico implique, en todos los casos, que para predicar sus efectos deba mediar, inexorablemente, una declaración emanada de un Juez en tal sentido, como tampoco lo es que la ineficacia de pleno derecho opere automáticamente.

Sin perjuicio de lo anterior, antes de emprender la conceptualización puntual de los mecanismos de aplicación de la ineficacia negocial, conviene, en homenaje a la claridad, preguntarse ¿qué significa, en el argot jurídico, “aplicar”? para, luego, intentar una suerte de sistematización de los mecanismos en cuestión de cara a cada una de las manifestaciones de la ineficacia negocial.

43. ¿QUÉ SIGNIFICA “APLICAR” EN EL CONTEXTO DEL DERECHO?

El verbo “aplicar”, en el contexto del lenguaje ordinario o natural, significa “emplear, administrar, o *poner en práctica* un conocimiento, medida o principio, a fin de obtener un determinado efecto o rendimiento en alguien o algo”³⁰³ (cursiva por fuera del texto

³⁰² Navarro, P. y Moreso, J., “Aplicabilidad y eficacia de las normas jurídicas”, *Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, cit., p. 120.

³⁰³ Real Academia Española de la Lengua., *Diccionario de la Lengua Española*, 23.1.^a ed., 2017, disponible en: <http://dle.rae.es/?id=3CjZzQU> [consultado el 9 de mayo de 2018].

original) o, bajo otra acepción, alude a “adjudicar bienes o *efectos*”³⁰⁴ (cursiva por fuera del texto original); respecto de aquellos empleos de la palabra en el lenguaje ordinario, puede colegirse que el verbo “aplicar” está intrínsecamente ligado con la concreción o materialización de algo de algo en el mundo físico o que, a lo menos, tiene alguna suerte de consecuencia en él.

Así, en la teoría general del Derecho, sin distar demasiado respecto de la acepción previamente señalada, se suele partir del presupuesto de que “cuando se utiliza el término aplicación se está pensando en la existencia de un conjunto de normas -y principios- de la más variada naturaleza que forman parte de un determinado ordenamiento jurídico, es decir, que están vigentes y son válidas”³⁰⁵, lo cual, evidentemente pone de manifiesto que, antes de proceder a la aplicación, ineludiblemente, como mera exigencia lógica, debe haber *algo qué aplicar* y, además, da cuenta de que la palabra “aplicar” tiene la connotación de que “como verbo que es, expresa la acción de un sujeto”³⁰⁶ y que tiene “una función realizativa”³⁰⁷, esto es, que tiene la ineludible vocación de generar alguna consecuencia en el mundo físico.

En este orden de ideas, la palabra “aplicación” suele ser definida como la “actividad mediante la cual los jueces, en ejercicio de su alta dignidad, asignan las consecuencias jurídicas previstas en las leyes a los casos concretos”³⁰⁸; y, alternativamente, es definida como “la operación o conjunto de operaciones encaminadas a la actuación de las normas jurídicas por los órganos competentes, y el resultado de esa operación u operaciones”³⁰⁹, o como la “puesta en práctica de una norma cuando se produce el supuesto de hecho previsto en la misma”³¹⁰. En suma, podría concluirse para efecto de este escrito que, en la disciplina jurídica, el verbo “aplicar” se refiere a la actividad u operación, en virtud de la cual, el propósito de una norma jurídica se materializa, en alguna medida, en el mundo físico.

44. ¿CÓMO SE “APLICA” EL DERECHO?

Habiendo elucidado lo que, jurídicamente, significa el verbo “aplicar”, interesa hacer

³⁰⁴ *Ibíd.*

³⁰⁵ Ramos Peña, L., “La interpretación y aplicación del derecho. Importancia de la argumentación jurídica en un Estado de Derecho”, en *Revista Quid Iuris*, Tribunal Electoral Estatal del Estado de Chihuahua, n.º 13, 2011, p. 125 y 126.

³⁰⁶ Mantilla Espinosa, F., “Interpretar: ¿aplicar o crear derecho? análisis desde la perspectiva del derecho privado”, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, n.º 33, 2009, p. 547.

³⁰⁷ *Ibíd.*, p. 548.

³⁰⁸ Bohórquez, L. y Bohórquez J., *Diccionario jurídico colombiano*, t. I, Bogotá, Editora Jurídica Nacional, 2016, p. 320.

³⁰⁹ De Pina Vara, R., *Diccionario de derecho*, México, Editorial Porrúa, 1980, p. 89.

³¹⁰ Real Academia Española de la Lengua., *Diccionario del español jurídico*, 1ª ed., 2016, disponible en: <http://dej.rae.es/#/entry-id/E27050> [consultado el 10 de mayo de 2018].

hincapié en cómo se realiza aquella actividad u operación en que consiste la “aplicación”. A este respecto, es pertinente partir del presupuesto de que, *prima facie*, se podría pensar que el Derecho se aplica por conducto de medios dispuestos por él mismo, lo cual, en último término comportaría que una norma jurídica, en tanto conjunción de supuesto de hecho y subsecuente consecuencia jurídica, aplicaría otra norma jurídica, lo cual, constituye evidentemente una tautología y, en puridad, no es el caso, en la medida en que, el Derecho, en cuanto creación humana, necesariamente exige de la intervención humana para materializarse.

Bajo otra formulación, podría pensarse en dos afirmaciones sobre el particular; de un lado, podría sostenerse la posibilidad de que el Derecho se aplique “automáticamente”, esto es, por designio de él mismo, en el sentido de que se realiza por la única razón de que una norma jurídica así lo ordena anteladamente, ello, con independencia de una conducta humana que así lo procure de forma efectiva, pues, bastaría la observancia de la norma jurídica para estimar que la “aplicación” se ha surtido a completud. De otro lado, podría propenderse por la premisa, de conformidad con la cual, para considerar que el Derecho ha sido aplicado, es preciso, además de una norma jurídica que ordene su aplicación, una conducta humana encaminada a que dicha norma, en alguna medida, se materialice en el mundo físico³¹¹.

La tendencia de la disciplina jurídica, por supuesto, está encauzada a prohiar la segunda afirmación, esto es, que ineluctablemente debe mediar una conducta humana que lleve a concreción lo previsto por el Derecho, en la medida en que, aquel, en tanto producto del intelecto humano, no es una entidad consciente y, por tanto, no puede aplicarse por sí mismo, pues, no puede discernir por sí mismo cómo, cuándo y dónde debe ser aplicado³¹².

³¹¹ Sin embargo, si se quisiese contradecir esta afirmación, podría argumentarse que la conducta humana que realiza lo dicho por el Derecho, tiene cabida y eficacia únicamente porque el Derecho así lo determinó previamente, es decir, la conducta realizadora sólo existe y tiene relevancia, en tanto y en cuanto, el Derecho así lo determine. No obstante, aquella proposición, a su turno, adolece de otro problema, y es que, atendiendo a la realidad de las cosas, el único origen posible del Derecho es la causa humana, de tal modo que, no existiría tal cosa como una aplicación del Derecho que prescindiera de la intervención humana, y se trataría de un clásico problema lógico de regresividad infinita, pues, ¿qué es el Derecho sino una aglomeración de conductas humanas?, se trata de un debate que, además de paradójico, escapa, por su evidente amplitud, al objeto del presente escrito.

³¹² Desde una óptica puramente prospectiva, podría pensarse que los contratos inteligentes, erigidos sobre la tecnología *blockchain*, podrían suponer una aplicación automática de la ineficacia negocial en virtud de su función de autoejecución. Sobre el particular, podrían concebirse, por lo menos, dos posiciones, de un lado, podría admitirse que la ineficacia del negocio jurídico, en virtud de la función de autoejecución del contrato inteligente, se produce una verdadera aniquilación automática del negocio jurídico, sin necesidad de una declaración humana que así lo ponga de manifiesto; por otro lado, podría decirse que, en realidad, la autoejecución del contrato inteligente respecto de una cláusula que prescribe su aniquilación, es, sustancialmente, un medio para la realización de una declaración privada que ha sido predispuesta por las partes, sometida a la condición de la ocurrencia de una forma de ineficacia negocial, de tal modo que la verificación del evento previsto en el código de programación del contrato inteligente *-if-* desencadenará la

Lo dicho hasta el momento puede parecer una obviedad, sin embargo, no extraña encontrar en el Derecho Privado colombiano, marginalmente, normas jurídicas que dan cuenta de una concepción ligada a la primera afirmación evocada, esto es, que es posible la aplicación del Derecho de forma “automática”, es decir, sin intervención humana alguna³¹³.

Así las cosas, es pertinente poner de manifiesto, sin tapujos, el presupuesto basilar del presente escrito, esto es, que la aplicación del Derecho, inexorablemente, acompasa una conducta humana tendiente a la concreción de lo dicho por el Derecho, la cual, engloba dos operaciones complementarias y necesarias: en primer lugar, la actividad o actividades de *carácter intelectual* comprendidas dentro de la labor de “aplicar” el Derecho, las cuales, según se suele decir³¹⁴, consisten, principalmente en la subsunción y la ponderación³¹⁵. Y, en segundo término, la conducta en cuya virtud se materializan en una órbita física aquellas operaciones de orden intelectual, es decir, una declaración privada o pública, según

declaración que las partes resolvieron establecer anteladamente *-then/else-*, donde el carácter automático del contrato inteligente simplemente instrumentalizaría dicha declaración. En cualquier caso, se trata de un asunto que, por su amplitud, escapa al foco de este escrito; pero, será objeto de disertación en una ocasión ulterior.

³¹³ Piénsese, por ejemplo, en lo dicho por el inciso primero del artículo 82 de la Ley 45 de 1990 que, a propósito del contrato de seguro, señala que “la mora en el pago de la prima de la póliza o de los certificados o anexos que se expidan con fundamento en ella, producirá *la terminación automática del contrato* y dará derecho al asegurador para exigir el pago de la prima devengada y de los gastos causados con ocasión de la expedición del contrato” (cursiva por fuera del texto original). O, también el artículo 1107 del Código de Comercio colombiano, el cual indica que “la transferencia por acto entre vivos del interés asegurado o de la cosa a que esté vinculado el seguro, *producirá automáticamente la extinción del contrato*, a menos que subsista un interés asegurable en cabeza del asegurado. En este caso, subsistirá el contrato en la medida necesaria para proteger tal interés, siempre que el asegurado informe de esta circunstancia al asegurador dentro de los diez días siguientes a la fecha de la transferencia” (cursiva por fuera del texto original). De otro lado, por fuera del ámbito de la ineficacia negocial, pueden vislumbrarse varias normas jurídicas que tienen la misma orientación, esto es, a insinuar una aplicación automática del Derecho, como, por ejemplo, el artículo 1217 del Código de Comercio colombiano, los artículos 237, 238, 239, 240 y 821 del Código Civil colombiano, así como el muy discutido artículo 1937 del mismo cuerpo normativo. Claro, podría afirmarse que la conducta humana que aplica las normas jurídicas referidas es, a pesar del uso de la voz “automáticamente”, presupuesta por las mismas, como mera exigencia lógica. No obstante, como eventualmente se verá, se suele decir, sin mayores reparos, que algunas formas de ineficacia negocial se aplican “automáticamente”.

³¹⁴ Alternativamente, se alude a dichas operaciones como una forma de interpretación: Mantilla Espinosa, F., “Interpretar: ¿aplicar o crear derecho? análisis desde la perspectiva del derecho privado”, cit., p. 564. Cfr. Carbonnier, J., *Droit civil. Introduction*, Paris, PUF, 1995, p. 53 y ss; Jestaz, P., *La qualification en Droit civil, Droits. La qualification*, Paris, PUF, 1994, p. 45 a 53.

³¹⁵ Cfr. Bonorino, P., “Interpretación y aplicación del derecho: apuntes críticos sobre la propuesta de Rafael Hernández Marín”, en *Isonomía : Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, Instituto Tecnológico Autónomo de México, n.º 18, 2003, p. 169 a 187; Chacín Fuenmayor, R., “Scriptorium: Un procedimiento de aplicación operativa del Derecho: El proceso de subsunción del Derecho de Luis Díez-Picazo”, en *Frónesis: Revista de filosofía jurídica, social y política*, Universidad el Zulía: Instituto de Filosofía del Derecho doctor José Manuel Delgado Ocando, vol. 20, n.º 1, 2013, p. 13 a 18; Ibáñez Jiménez, B., “La lógica jurídica: Subsunción Vs Argumentación”, en *Revista de Derecho*, Universidad del Norte, n.º 7, 1997, p. 88 a 95; Galiano-Maritan, G. y Gonzáles-Milián, D., “La integración del Derecho ante las lagunas de la ley. Necesidad ineludible en pos de lograr una adecuada aplicación del Derecho”, en *Revista Dikaion*, Universidad de la Sabana, vol. 21, n.º 2, 2012, p. 431 a 458.

provenga de un particular o de una autoridad pública.

Consecuentemente, es del caso advertir, así sea preliminarmente, que aquella línea argumental describe plenamente la manera en que opera la ineficacia negocial en Colombia, pues, como magistralmente lo sostiene el maestro Hinestrosa a propósito de la resolución judicial y resolución de pleno derecho: “ni la una ni la otra operan por sí solas, esto es, por la mera presencia del respectivo supuesto de hecho, sino que exigen un ***pronunciamiento, ora de juez, ora de una de las partes***”³¹⁶ (negrilla y cursiva por fuera del texto original). Esta premisa será estudiada a espacio en páginas ulteriores, pero, antes de acometer dicha labor, es necesario conceptualizar los componentes que la integran; así, se procederá a una breve explicación de las modalidades de aplicación del Derecho, esto es, la subsunción y la ponderación.

I. LA SUBSUNCIÓN

45. CONCEPTO DE SUBSUNCIÓN

El verbo “subsumir”, en el lenguaje ordinario, es definido como “incluir algo como componente en una síntesis o clasificación más abarcadora”³¹⁷ o, bajo otra acepción, como “considerar algo como parte de un conjunto más amplio o como caso particular sometido a un principio o norma general”³¹⁸. En esa medida, desde una óptica propia de la lógica, podría argüirse que el verbo “subsumir” tiene una significación dual, puesto que “puede significar: (a) incluir una entidad individual dentro de una clase, o bien (b) incluir una clase dentro de una clase más amplia. Por ejemplo: diciendo 'Fulano es un hombre', se incluye una entidad individual (Fulano) dentro de una clase (la clase de los hombres); diciendo 'Los hombres son mortales', se incluye en cambio una clase (la clase de los hombres) dentro de una clase más amplia (la clase de los mortales)”³¹⁹.

³¹⁶ Hinestrosa, F., *Tratado de las obligaciones II: de las fuentes de las obligaciones: el negocio jurídico vol. II*, cit., p. 865.

³¹⁷ Real Academia Española de la Lengua., *Diccionario de la Lengua Española*, 23.1.^a ed., 2017, disponible en: <http://dle.rae.es/?id=YaXgA93> [consultado el 20 de mayo de 2018].

³¹⁸ *Ibidem*.

³¹⁹ Guastini, R., “Interpretación y construcción jurídica”, en *Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, Instituto Tecnológico Autónomo de México, n.º 43, 2015, p. 16. Esta distinción entre dos modalidades de “subsunción” ha sido encuadrada por algunos bajo la dicotomía de subsunción genérica y subsunción individual. Cfr. Alchourrón, C. y Bulygin, E., *Análisis lógico y derecho*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 303. Un ejemplo que ilustra el funcionamiento de estas relaciones lógicas es el siguiente: “hay una disposición normativa que prohíbe los 'contratos sacrílegos' y supongamos que tenemos que juzgar el caso concreto de un contrato estipulado en domingo. Para subsumir (subsunción individual) el contrato en cuestión en la clase de los contratos sacrílegos, se hace necesario subsumir previamente (subsunción genérica) en la clase de los contratos sacrílegos la clase de los contratos estipulados en domingo. Podemos decir así: mediante subsunción genérica (o en abstracto) se determina una relación semántica (intensional) entre dos predicados (es decir términos que denotan clases): por ejemplo, 'Son

Jurídicamente, es imperioso señalar que la subsunción “*es un proceso, generalmente, de naturaleza axiológica*, que requiere, en primer término, de la determinación y conceptualización del caso concreto y, en segundo lugar, de la interpretación de determinada norma o proposición jurídica general, debiendo el operador jurídico recurrir a diversas técnicas argumentativas para justificar, adecuadamente, *la asimilación o equiparación que ha realizado entre ese caso concreto y los casos (hechos) pensados o previstos in abstracto en el supuesto de hecho de la norma o proposición interpretada*”³²⁰ (cursiva por fuera del texto original).

En sede de una opinión más sucinta, se ha dicho que la subsunción consiste en “esa simple mecánica de [...] encajar los hechos bajo el supuesto de la norma general y abstracta preexistente, de manera que la solución del caso aparecería con un tan simple proceder, meramente 'mecánico' o únicamente guiado por las más elementales reglas de la lógica deductiva”³²¹, posición que se ha morigerado en gran medida, en tanto que, actualmente, en el desenvolvimiento de la subsunción se admite el papel preponderante de la discrecionalidad del operador jurídico, quien no obra bajo una moción puramente automática, sino que media algún grado de reflexión³²². En suma, se trata de la aplicación de un “modelo silogístico-deductivo”³²³.

46. CRÍTICAS A LA SUBSUNCIÓN

A la subsunción, al menos en su formulación clásica, esto es, aquella que no considera la

sacrílegos los contratos estipulados en domingo'. Mediante subsunción individual (o en concreto) se determina una relación semántica (extensional) entre un predicado y una entidad individual: por ejemplo, 'El contrato entre Fulano y Mengano es sacrílego': Guastini, R., “Interpretación y construcción jurídica”, cit., p. 16.

³²⁰ Petzold-Pernía, H., “Consideraciones sobre la subsunción o cómo se elabora la sentencia -hermenéutica jurídica y argumentación-”, en *Frónesis: Revista de filosofía jurídica, social y política*, Universidad el Zulia: Instituto de Filosofía del Derecho doctor José Manuel Delgado Ocando, vol. 8, n.º 3, 2001, p. 36.

³²¹ García Amado, J., “Ponderación y subsunción: ¿Son intercambiables y se eligen a conveniencia?”, en *Teoría del Derecho y Argumentación Jurídica: Ensayos Contemporáneos*, coordinado por Ortega García, R., Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, p. 364.

³²² Ibídem. De ello resulta que la subsunción tiene un carácter eminentemente inmaterial e intelectual, en la medida en que es una acción que se realiza, primeramente, en la mente del operador jurídico.

³²³ Vidal Gil, E., *Los conflictos de derechos en la legislación y jurisprudencia españolas. Un análisis de algunos casos difíciles*, Valencia, Universitat de València, 1999, p. 43. Cfr. Alexy, R., “Sobre la ponderación y la subsunción: una comparación estructural”, en *Pensamiento Jurídico*, trad. Córdoba, J., Universidad Nacional de Colombia, n.º 16, 2006, p. 93; Hage, J., “Legal reasoning and legal integration”, en *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, Maklu Uitgevers, vol. 10, n.º 1, 2003, p. 77; Corina Orué, J., “La aplicación de la ley por parte de los jueces”, en *Revista Jurídica*, Universidad Autónoma de Asunción, vol. 2, n.º 1, 2014, p. 96; Ruíz Miguel, A., “Creación y aplicación en la decisión judicial”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Política, n.º 1, 1984, p. 7; Martínez Cárdenas, B., “Nueva perspectiva del sistema de Derecho Continental en Colombia”, en *Revista Ius et Praxis*, Universidad de Talca, vol. 17, n.º 2, 2011, p. 37; Bobbio, N., *Teoría general del derecho*, 3ª ed., Bogotá, Editorial Temis, 2007, p. 152 y ss.

intervención de la discrecionalidad del operador jurídico, se le suele reprochar, en primer lugar, que es una “concepción mecanicista de la decisión judicial”³²⁴, lo cual, según se dice, implica que la subsunción es útil para aplicar “normas cerradas, concretas y específicas”³²⁵ pero no para “procurar una solución correcta a problemas que tienen que ver con categorías normativas abiertas, generales y abstractas como los principios”³²⁶.

En segundo lugar, se le critica a la subsunción el hecho de que, aparentemente, parte de una concepción en la que el legislador ostenta una racionalidad absoluta que le permite disciplinar de forma sistemática toda materia, previendo todo supuesto, de tal modo que la subsunción presupone que siempre habrá una respuesta puntual al caso concreto a resolver; o, lo que es lo mismo, que parte del presupuesto de que el ordenamiento jurídico no adolece de problema alguno, de tal modo que es unido y coherente³²⁷ en todos los casos, circunstancia que, por supuesto, no es precisa, en tanto que el ordenamiento jurídico adolece de lagunas, antinomias y otra suerte de variados problemas³²⁸.

II. LA PONDERACIÓN

47. CONCEPTO DE PONDERACIÓN

Siguiendo el esquema ya acostumbrado y para mantener un discurso claro, interesa poner de manifiesto que el verbo “ponderar”, en lo que toca con el lenguaje ordinario, significa, al menos en una de sus acepciones: “contrapesar [o] equilibrar”³²⁹. De otro lado, en el panorama del Derecho Privado ciertamente extraña evocar el concepto de ponderación, pues, se trata de una categoría jurídica que, de ordinario, encuentra su desarrollo en la Teoría General del Derecho y, en el caso del ordenamiento jurídico colombiano, en la profusa jurisprudencia constitucional sobre la materia que ha estado relacionada con asuntos de toda estirpe³³⁰, pero, en particular, con el estudio del conflicto entre derechos fundamentales o entre principios constitucionales.

³²⁴ López Hidalgo, S., “Ponderación versus subsunción jurídica: ¿la crisis de la certeza del Derecho?”, en *Foro: Revista de Derecho*, Universidad Andina Simón Bolívar, n.º 23, 2015, p. 54.

³²⁵ *Ibidem*.

³²⁶ *Ibidem*.

³²⁷ Bobbio, N., *Teoría general del derecho*, cit., p. 155 y ss.

³²⁸ *Ibidem*.

³²⁹ Real Academia Española de la Lengua., *Diccionario de la Lengua Española*, 23.1.ª ed., 2017, disponible en: <http://dle.rae.es/?id=TdX1luM> [consultado el 22 de mayo de 2018].

³³⁰ Cfr. Sentencia de Constitucionalidad 475 del 25 de septiembre de 1997; Sentencia de Constitucionalidad 1287 del 5 de diciembre de 2001; Sentencia de Constitucionalidad 210 del 21 de marzo de 2007; Sentencia de Constitucionalidad 417 del 26 de junio de 2009; Sentencia de Constitucionalidad del 2 de mayo de 2012; Sentencia de Constitucionalidad 068 del 13 de febrero de 2013; Sentencia de Constitucionalidad 671 del 28 de octubre de 2015; Sentencia de Constitucionalidad 041 del 1º de febrero de 2017; Sentencia de Tutela 1186 del 4 de diciembre de 2003, entre otras.

Ahora bien, jurídicamente, al aludir a la ponderación, es evidente que la expresión tiene “una fuerte carga metafórica”³³¹ en la mayoría de los casos, con la palabra “ponderación” se pretende significar “la forma en que se aplican los principios jurídicos, es decir, las normas que tienen la estructura de mandatos de optimización”³³², con la gran particularidad de que engloba como condición previa un conflicto entre principios, de tal modo que, en virtud de la ponderación, se establece “una jerarquía axiológica [...] mediante un juicio comparativo de valores, esto es, un enunciado dotado de la forma lógica: ‘el principio P1 tiene mayor valor que el principio P2’. Instituir una jerarquía axiológica supone por tanto, atribuir a uno de los dos principios en conflicto un ‘peso’, una ‘importancia’ ético-política mayor respecto al otro”³³³. En este sentido, la ponderación resulta pertinente y útil de cara a una contradicción entre principios³³⁴.

A pesar de la flexibilidad argumentativa que pudiere revestir la ponderación en tanto forma

³³¹ García Amado, J., “¿Qué es ponderar? Sobre implicaciones y riesgos de la ponderación”, en *Revista Iberoamericana de Argumentación*, UNED: Departamento de Lógica, Historia y Filosofía de la Ciencia, n.º 13, 2016, p. 2.

³³² Bernal Pulido, C., “Estructura y límites de la ponderación”, en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Universidad de Alicante, n.º 26, 2003, p. 225. En efecto, autores reputados han afirmado que “las reglas son normas que, cuando se cumple el tipo de hecho, ordenan una consecuencia jurídica definitiva, es decir, cuando se cumplen determinadas condiciones, ordenan, prohíben o permiten algo definitivamente o autorizan definitivamente hacer algo. Por lo tanto pueden ser llamadas “mandatos definitivos”. *Su forma de aplicación característica es la subsunción*. En cambio, los principios son mandatos de optimización. En tanto tales, son normas que ordenan que algo se realice en la mayor medida posible según las posibilidades fácticas y jurídicas. Esto significa que pueden ser realizados en diferente grado y que la medida de su realización depende no solo de las posibilidades fácticas sino también jurídicas. Las posibilidades jurídicas de la realización de un principio están determinadas esencialmente, a más de por las reglas, por los principios opuestos. Esto significa que los principios dependen de y requieren ponderación. *La ponderación es la forma característica de la aplicación de principios*” (cursiva por fuera del texto original): Alexy, R., *El concepto y la validez del derecho*, Barcelona, Editorial Gedisa, 1994, p. 75.

³³³ Guastini, R., “Ponderación: Un análisis de los conflictos entre principios constitucionales”, en *Palestra del Tribunal Constitucional. Revista mensual de jurisprudencia*, año 2, n.º 8, 2007, p. 636.

³³⁴ Entendiendo por aquellos, una forma puntual de norma jurídica que previene un mandato de optimización, esto es, la exigencia de que una conducta, ampliamente considerada, sea realizada en la mayor medida posible, ateniendo a las posibilidades jurídicas y materiales disponibles: Alexy, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. Garzón Valdez, E., Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997, p. 87. Sobre el particular, debe considerarse que “a fin de establecer ‘la mayor medida posible’ en la que un principio debe ser cumplido, es necesario contrastarlo con los principios que juegan en sentido contrario o con los principios que dan fundamento a las reglas que juegan en sentido contrario. En una constelación semejante, estos principios entran en colisión. Ellos fundamentan *prima facie* normas incompatibles (por ejemplo, la norma N1 que prohíbe θ y la norma N2 que ordena θ), que pueden proponerse como soluciones para el caso concreto”: Bernal Pulido, C., “La racionalidad de la ponderación”, en *Revista española de derecho constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, año n.º 26, n.º 77, 2006, p. 60. Cfr. Martínez Zorrilla, D., “Alternativas a la ponderación. El modelo de Susan L. Hurley”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, año n.º 29, n.º 86, 2009, p. 120; Sentencia de Constitucionalidad 671 del 28 de octubre de 2015, p. 34; Sentencia de Constitucionalidad 417 del 26 de junio de 2009; Sentencia de Constitucionalidad del 2 de mayo de 2012; Sentencia de Constitucionalidad 068 del 13 de febrero de 2013; Sentencia de Constitucionalidad 671 del 28 de octubre de 2015; Sentencia de Constitucionalidad 041 del 1º de febrero de 2017; Sentencia de Tutela 1186 del 4 de diciembre de 2003.

de aplicación del Derecho, se ha arribado a la conclusión, usualmente aceptada, de que “la ponderación no ofrece ni garantiza una articulación sistemática de todos los principios jurídicos”³³⁵, fundamentalmente, porque “no existen relaciones fijas o jerarquías preestablecidas de principios”³³⁶, de tal modo que, por medio de la ponderación, no es posible resolver anteladamente todas las posibles contradicciones entre principios jurídicos.

Seguidamente, conviene reflexionar sobre ¿cómo se realiza aquel ejercicio mental en que consiste la ponderación?³³⁷, desde un punto de vista lógico, hay quienes distinguen con meridiana claridad tres pasos, a saber: “en el primer paso es preciso definir el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios. Luego, en un segundo paso, se define la importancia de la satisfacción del principio que juega en sentido contrario. Finalmente, en un tercer paso, debe definirse si la importancia de la satisfacción del principio contrario justifica la afectación o la no satisfacción del otro”³³⁸. Otros, han propuesto una estructura alternativa, en la medida en que ponen de manifiesto un “procedimiento con dos pasos: en el primero —la ponderación en sentido estricto— se pasa del nivel de los principios al de las reglas, esto es, se crea una nueva regla. Luego, en el segundo paso, se parte de la regla y se subsume en la misma el caso a resolver”³³⁹.

48. CRÍTICAS A LA PONDERACIÓN

La ponderación, en todos sus perfiles, ha sido objeto de álgidas discusiones. La discusión de toral importancia reflexiona en torno a “si la ponderación constituye un procedimiento racional para la aplicación de las normas jurídicas o es un mero subterfugio retórico, útil para justificar toda laya de decisiones judiciales”³⁴⁰, respecto de lo cual, los críticos de la ponderación se orientan a sostener que es un procedimiento irracional, por razón de “la inconmensurabilidad a que se enfrenta su aplicación y a la imposibilidad de predecir sus resultados”³⁴¹, en la medida en que “no existen criterios jurídicos que garanticen la

³³⁵ Bernal Pulido, C., “La racionalidad de la ponderación”, cit., p. 60.

³³⁶ Montealegre, E., Bautista, N. y Vargas, L., *La ponderación en el derecho. Evolución de una teoría, aspectos críticos y ámbitos de aplicación en el derecho alemán*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2014, p. 26.

³³⁷ En cuanto a cuándo es necesario la ponderación, se ha sostenido que la ponderación es necesaria de cara al evento en que una multiplicidad de principios “tiran en direcciones opuestas”: Atienza Rodríguez, M., “A vueltas con la ponderación”, en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, Universidad de Granada, n.º 44, 2010, p. 54. Es decir, cuando los principios acompañan consecuencias contradictorias, siendo que no hay reglas específicas que disciplinen la controversia y que permitan un “razonamiento de tipo clasificatorio o subsuntivo”: Atienza Rodríguez, M., “A vueltas con la ponderación”, cit., p. 54.

³³⁸ Alexy, R., “Epílogo a la Teoría de los derechos fundamentales”, trad. Bernal Pulido, C., en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, año 22, n.º 66. 2002, p. 32. Cfr. Atienza Rodríguez, M., “A vueltas con la ponderación”, cit., p. 50.

³³⁹ Atienza Rodríguez, M., “A vueltas con la ponderación”, cit., p. 53.

³⁴⁰ Bernal Pulido, C., “La racionalidad de la ponderación”, cit., p. 52.

³⁴¹ *Ibidem*, p. 53.

objetividad de la ponderación”³⁴², de tal modo que se basa en las apreciaciones subjetivas del operador jurídico, pues “el sopesamiento se realiza, ya sea de manera arbitraria o de manera irreflexiva, de acuerdo con criterios o jerarquías acostumbrados”³⁴³.

49. LA PONDERACIÓN DE CARA A LA SUBSUNCIÓN

Podría pensarse que la ponderación y la subsunción, por razón de sus diferencias teóricas, son operaciones absolutamente excluyentes a la hora de proceder a la aplicación del Derecho. La razón que se podría argüir para fundamentar esa supuesta relación excluyente es aquella relacionada con su campo de acción, en el sentido de que “las normas-reglas serían objeto de subsunción en donde, comprobado el encaje del supuesto fáctico, la solución normativa viene impuesta por la regla. Los principios, en cambio, serían objeto de ponderación, donde la solución es construida a partir de razones en pugna”³⁴⁴.

No obstante, lo dicho hasta al momento, no pretende yuxtaponer a la ponderación y a la subsunción como entidades conceptuales absolutamente excluyentes. En efecto, es “problemático contraponer la subsunción a la ponderación, pues [...] para entender que

³⁴² Ibídem. Cfr. Greenwalt, K., “Objectivity in Legal Reasoning”, en *Law and Objectivity*, Oxford University Press, 1992, p. 205.

³⁴³ Habermas, J., *Between Facts and Norms: Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*, trad. Rehg, W., Cambridge, Massachusetts: The MIT Press, 1996, p. 259. Respecto de esta crítica, los defensores de la ponderación “reconocen que este razonamiento, aunque no conduce a resultados necesarios desde el punto de vista lógico, ofrece transparencia necesaria en la argumentación. En este sentido, la ponderación más que eliminar las valoraciones, establece momentos en que estas deben explicitarse como criterios de decisión controvertibles en un proceso de argumentación”: Montealegre, E., Bautista, N. y Vargas, L., *La ponderación en el derecho. Evolución de una teoría, aspectos críticos y ámbitos de aplicación en el derecho alemán*, cit., p. 27. Con todo, habría de constatarse que, la ponderación, a pesar de las razonables críticas que le son endilgadas, es un método que, en el caso del ordenamiento jurídico colombiano, se ha insertado en la práctica de la jurisprudencia constitucional, en particular, con las tensiones que pudieren dimanar entre derechos fundamentales; en lo que hace a la jurisprudencia de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia (Cfr. Cas. 23 de noviembre de 2017, n.º rad. 68679-22-14-000-2017-00067-01, p. 63 y 64; Cas. 8 de junio de 1999, CCLVIII, n.º 2497, p. 571 y ss; Cas. 16 de agosto de 2007, n.º rad. 25875 31 84 001 1994 00200 01, p. 17) y del Consejo de Estado (Cfr. Sentencia de Unificación del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Segunda, del 12 de abril de 2018, n.º rad. 81001-23-33-000-2014-00012-01(1321-15), p. 63 y ss; Sentencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, del 22 de noviembre de 2017, n.º rad. 63001-23-31-000-2006-00331-01(39453), p. 42 y ss; Sentencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, del 25 de septiembre de 2017, n.º rad. 11001-03-15-000-2017-01671-00(AC), p. 39 y ss; Sentencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, del 9 de marzo de 2017, n.º rad. 05001-23-33-000-2016-02706-01(AC); y, en particular, la Sentencia del del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Primera, del 14 de julio de 2017, n.º rad. 11001-03-24-000-2001-00090-01 (Acumulado 11001-03-24-000-2002-00122-01), p. 88 y ss) podría decirse que han habido pronunciamientos en la materia, pero, generalmente, sin la vocación de conceptualizar la categoría, sino simplemente con el ánimo de utilizarla para dirimir los casos concretos sometidos a su conocimiento.

³⁴⁴ López Hidalgo, S., “Ponderación versus subsunción jurídica: ¿la crisis de la certeza del Derecho?”, cit., p. 64.

existe un conflicto entre principios es necesario realizar una (doble) subsunción previa, pues sólo así puede determinarse que ambos principios resultan relevantes en el caso a decidir³⁴⁵, es decir, “el paso previo a toda ponderación consiste en constatar que en el caso examinado resultan relevantes o aplicables dos principios en pugna. En otras palabras, antes de ponderar es preciso subsumir”³⁴⁶ o, dicho de otro modo, la subsunción precede a la ponderación porque es preciso “constatar que el caso se encuentre en el campo de la aplicación de los principios”³⁴⁷.

III. LA MATERIALIZACIÓN DE LA SUBSUNCIÓN Y LA PONDERACIÓN

50. LAS “DECLARACIONES” PÚBLICAS O PRIVADAS

Hasta este punto se ha pretendido agotar, con ánimo sucinto, las generalidades conceptuales que rondan la materia concerniente a la primera operación que, *grosso modo*, compone la labor de aplicar el Derecho, esto es, la operación de naturaleza intelectual o intangible de subsunción o ponderación, según corresponda, y que, en tanto tal, se realiza, en primer término, en la mente del operador jurídico. En este orden de ideas, ahora corresponde acometer el estudio de la segunda operación necesaria a fin de aplicar el Derecho, es decir, aquella que se efectúa una vez realizada la operación intelectual o intangible de la subsunción o ponderación: la operación de *declarar, expresar o*, más ampliamente, *dar a conocer* los resultados de la subsunción o ponderación a aquellos sujetos que, según el ordenamiento jurídico, deban conocer de ello.

La necesidad de dicha operación consecencial a la subsunción o ponderación se sustenta en una razón de orden lógico y pragmático, consistente en que, para la producción de efectos jurídicos, no basta la sola realización en la mente del operador jurídico del ejercicio que supone la subsunción o bien la ponderación, pues, el resultado de la subsunción o ponderación, en tanto esté confinado en la mente del operador jurídico carecería, en línea de principio³⁴⁸, de toda relevancia jurídica, en el sentido de que sería desconocido para los

³⁴⁵ Martínez Zorrilla, D., “Alternativas a la ponderación. El modelo de Susan L. Hurley”, cit., p. 122.

³⁴⁶ Prieto Sanchis, L., “El juicio de ponderación constitucional”, en *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, ed. Carbonell, M., Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008, p. 104.

³⁴⁷ López Hidalgo, S., “Ponderación versus subsunción jurídica: ¿la crisis de la certeza del Derecho?”, cit., p. 64.

³⁴⁸ Ello sería así por regla general, aún cuando el operador jurídico no declare expresamente el resultado de la subsunción o ponderación, pues, aquella pasividad podría, excepcionalmente, tener efectos jurídicos; como acontece en aquellas ocasiones en que el ordenamiento jurídico le adscribe efectos jurídicos al silencio del operador jurídico. En efecto, como lo indica Alarcón: “más que querer, el sujeto debe declarar, y esa declaración consiste finalmente en expresar su querer dispositivo mediante la utilización de un lenguaje [...] Ahora, en principio y por regla general, el lenguaje idóneo para hacer la declaración puede ser el verbal, el escrito, el gesticular y aun la conducta concluyente, es decir la realización de comportamiento a partir de los cuales se puede inferir o deducir que se está expresando un designio dispositivo [...] a propósito del lenguaje

demás. Así, debe mediar una conducta que declare, exprese o dé a conocer el resultado de la primera operación, para que dicha decisión pueda ser estimada como productora de efectos jurídicos y, por supuesto, ello será así en tanto y en cuanto la decisión esté en consonancia con el ordenamiento jurídico. Dicho de otro modo, para que el resultado de la subsunción o de la ponderación surta efectos jurídicos deben confluír dos circunstancias, a saber: en primer lugar, debe producirse una declaración de dicho resultado, entendiendo por declaración, aquella conducta por medio de la cual se expresa un “querer dispositivo mediante la utilización de un lenguaje”³⁴⁹ y, en segundo término, dicha declaración no debe contravenir lo previsto por el ordenamiento jurídico.

Ahora bien, para el propósito de este escrito, esto es, elucidar cómo se aplica la ineficacia negocial en el ordenamiento jurídico colombiano, se acuñará la división conceptual entre declaraciones “públicas” y declaraciones “privadas”, en atención al origen del que dimana la declaración, en el sentido de que, la declaración será pública, cuando provenga de una autoridad pública³⁵⁰, es decir, de una entidad estatal o particular en ejercicio de funciones públicas; de otro lado, la declaración será privada, cuando devenga de un particular en ejercicio de su autonomía privada.

Esta distinción que, *prima facie*, podría parecer un capricho conceptual y, en consecuencia, superflua, se fundamenta en la intención de dilucidar, con claridad, cómo opera la ineficacia negocial, pues, indubitadamente, existen diferencias entre la declaración que pudiere emitir un particular y la declaración de una autoridad pública; de esas diferencias,

idóneo es que resulta pertinente considerar si el silencio es un lenguaje apropiado para expresar el querer dispositivo, de manera tal que implique una declaración [...] Si se parte de la consideración de que el silencio, mirado de manera aislada, constituye una conducta inexpressiva, la conclusión que aflora de inmediato es que en materia negocial el callar, de manera general, no es un lenguaje adecuado para manifestar el querer dispositivo, precisamente porque un silencio de esa manera nada expresa [...] Sin embargo, se habla insistentemente de un ‘silencio circunstanciado’, es decir, de un callar no aislado sino rodeado de hechos o circunstancias que permiten deducir la expresión de un querer dispositivo, para sostener que esa clase de silencio puede equivaler a una declaración negocial. Aunque muchas veces esos hechos o circunstancias determinan más bien una declaración dispositiva mediante una conducta concluyente, ya que además de callar se realizan otros comportamientos sucesivos que son los que en últimas permiten establecer que ha habido una manifestación negocial, en otros casos se puede advertir que el silencio rodeado de circunstancias diferentes a comportamientos ulteriores da lugar a la expresión de una disposición de intereses, sin que entonces se pueda afirmar que esta devenga de un comportamiento conclusivo posterior [...] Tal sería el caso en el que las relaciones precedentes de las partes determinen que el mutismo de una de ellas deba tomarse como una manifestación de su designio negocial, como por ejemplo la entrega de cosas o servicios, que aunque inicialmente fueron requeridas por una de ellas, luego se fueron admitiendo por esta sin requerimiento pero sin oposición alguna, razón por la cual si en algún momento ulterior ya no se desean, así habrá de manifestarse expresamente, porque de lo contrario el silencio ha de entenderse como una declaración negocial de seguir recibéndolas”: Alarcón Rojas, F., *La incidencia del silencio en los contratos. Génesis y aplicación de la regla “Qui tacet, consentire videtur”*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2016, p. 160 a 163.

³⁴⁹ *Ibíd.*, p. 160.

³⁵⁰ Piénsese, por ejemplo, en una Sentencia judicial o, incluso, en un acto administrativo en el contexto de la contratación pública.

más allá de las profusas diferencias formales y de orden procesal que se pudieren predicar, vale la pena poner de relieve una diferencia de carácter sustancial, consistente en que, por una parte, una declaración pública implica que, para ser eficaz, deberá cumplir los requisitos establecidos para procurar la estricta sujeción al principio de legalidad al que están sometidas todas las autoridades públicas -esto es, el principio de legalidad en sentido estricto-, mientras que una declaración privada tendrá una connotación más flexible, pues estará sujeta a los límites de la autonomía privada, ya que, en últimas, los particulares pueden ejercer todas las conductas que el ordenamiento jurídico no les prohíba expresamente³⁵¹. Además, esta distinción ostenta una relevancia práctica significativa, en la medida en que refleja el comportamiento de las categorías de ineficacia negocial en la *praxis*, puesto que, algunas, se aplican por conducto de una declaración pública, como la nulidad y, otras, por medio de una declaración privada, como eventualmente lo podría ser una la ineficacia de pleno derecho que agobie a un negocio jurídico.

La doctrina no ha sido indiferente al estudio de las declaraciones aludidas, pues, en particular, la declaración privada, también llamada, en ocasiones, “denuncia del contrato”, ha sido conceptualizada como una “declaración dispositiva de intereses, negocio jurídico potestativo, unilateral y recepticio”³⁵², noción que, sin duda, es también predicable de la declaración pública en cuanto a su naturaleza recepticia.

51. ¿*IPSO IURE* O *IPSO FACTO*?

Las expresiones latinas “*ipso iure*” e “*ipso facto*” han sido utilizado de vieja data para significar la aplicación del Derecho: “por el derecho mismo”³⁵³ o “por ministerio de la ley”³⁵⁴ y “por el hecho mismo, *inmediatamente*, en el acto”³⁵⁵ (cursiva por fuera del texto

³⁵¹ Así se puede colegir del artículo 6º de la Constitución Política, el cual, señala que: “los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones”. O, como lo ha afirmado la Corte Constitucional con aserto en dicha disposición: “los servidores públicos sólo pueden hacer aquello que les está permitido por la Constitución y las leyes respectivas, y de ello son responsables. A diferencia de los particulares, que pueden hacer todo aquello que la Constitución y la ley no les prohíba, principio encaminado a la protección de los intereses de los administrados”: Sentencia de Constitucionalidad 893 del 7 de octubre de 2003, p. 7. De ahí se sigue que “no existe facultad, función o acto que puedan desarrollar los servidores públicos que no esté prescrito, definido o establecido en forma expresa, clara y precisa en la ley. Este principio exige que todos los funcionarios del Estado actúen siempre sujetándose al ordenamiento jurídico que establece la Constitución y lo desarrollan las demás reglas jurídicas”: Sentencia de Constitucionalidad 710 del 5 de julio de 2001, p. 13.

³⁵² Hinestrosa, F., *Tratado de las obligaciones II: de las fuentes de las obligaciones: el negocio jurídico vol. II*, cit., p. 972. Cfr. Paulin, Ch., *La clause résolutoire*, LGDJ, París, 1996, p. 234.

³⁵³ Real Academia Española de la Lengua., *Diccionario de la Lengua Española*, 23.1.ª ed., 2017, disponible en: <http://dle.rae.es/?id=M5muFuQ> [consultado el 20 de junio de 2018].

³⁵⁴ *Ibidem*.

³⁵⁵ Real Academia Española de la Lengua., *Diccionario de la Lengua Española*, 23.1.ª ed., 2017, disponible en: <http://dle.rae.es/?id=M5mhiuE> [consultado el 20 de junio de 2018].

original), respectivamente, lo cual, comprensiblemente, genera la impresión de que dichos vocablos pretenden significar que lo designado por el Derecho se aplica de forma automática, en virtud del sólo acaecimiento del hecho previsto por el Derecho.

Sin embargo, como se dijo³⁵⁶, operativa y físicamente, no es posible ver en la *praxis* una aplicación “automática” del Derecho, puesto que, inexorablemente, se requerirá de una conducta humana que dé concreción al designio del Derecho, cualquiera que aquel sea. En este sentido, la recta interpretación de los vocablos “*ipso iure*” e “*ipso facto*” es un asunto ambivalente, pues, podría implicar no una materialización automática de la consecuencia jurídica prevista en la norma jurídica, sino que el ejercicio de subsunción o de ponderación que realice el operador jurídico deberá ser llevado a cabo sin tribulaciones o titubeos de su parte, lo cual, también es problemático, en la medida en que supondría que no hay lugar a intermitencia alguna en la labor de aplicación del Derecho, circunstancia que no corresponde a la realidad, puesto que, como ya se ha advertido, el ordenamiento jurídico adolece de falencias, tales como lagunas, ambigüedades e, incluso, contradicciones, que suscitan la necesidad de realizar un ejercicio de interpretación, por ello, se evitará, en lo sucesivo, el uso de dichos vocablos, pues, a decir verdad, son proclives a generar confusiones.

SECCIÓN SEGUNDA: la aplicación de la ineficacia negocial y sus concreciones

52. INTRODUCCIÓN

En las páginas que preceden se han sentado los parámetros que se estiman necesarios para absolver el interrogante basilar de este escrito, esto es, ¿cómo se aplica la ineficacia negocial en el ordenamiento jurídico colombiano?, en consecuencia, dicho interrogante será respondido con arreglo a la descripción de la “aplicación del Derecho” que se ha señalado, esto es, como una conducta que comprende dos operaciones complementarias y necesarias: en primer lugar, la subsunción o ponderación y, en segundo lugar, la declaración pública o privada que materializa el resultado de la subsunción o ponderación.

53. ¿SUBSUNCIÓN O PONDERACIÓN EN LA APLICACIÓN DE LA INEFICACIA NEGOCIAL EN SENTIDO AMPLIO?

En virtud de un análisis general y abstracto, puede denotarse una característica común que comparten todas las concreciones de la ineficacia negocial, consistente en que, en lo relacionado con la primera operación que compone la labor de aplicación del Derecho -esto es, bien la subsunción o la ponderación-, *por regla general*, dicha operación se surte, primordialmente, por medio de la subsunción y, sólo por excepción, se surtirá por conducto

³⁵⁶ *Supra* subtítulo 44, sobre ¿cómo se “aplica” el Derecho?

de la ponderación³⁵⁷. Ello es así, en virtud de la estructura que tienen las normas jurídicas que prevén las diversas formas de ineficacia negocial, en razón a que tienen la estructura clásica de una norma jurídica³⁵⁸ y, en consecuencia, son idóneas para ser aplicadas por medio de la lógica silogística-deductiva de la subsunción.

En efecto, las normas jurídicas que prevén las diversas concreciones de la ineficacia negocial acompañan, como supuesto de hecho, la indicación del comportamiento transgresor o inobservante del ordenamiento jurídico y, como consecuencia jurídica, la manifestación de ineficacia negocial que corresponda, llámese resolución, nulidad, inoponibilidad, rescisión, etc. Así, vale la pena traer en causa algunos ejemplos que ilustran dicha estructura, a saber: los artículos 1740 y 1746 del Código Civil colombiano relativos a la nulidad del negocio jurídico; en tanto que, el primero, indica la consecuencia jurídica y luego el comportamiento que la produce al señalar que “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” y, el segundo, en cuanto a los efectos de la nulidad previene que “la nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada, da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo; sin perjuicio de lo prevenido sobre el objeto o causa ilícita”, denotando, así, la conjunción de supuesto de hecho y consecuencia jurídica.

Otro ejemplo dicente de esta estructura es la disposición del inciso 2º del artículo 898 del Código de Comercio colombiano atinente a la inexistencia del negocio jurídico, el cual, inicia estableciendo la consecuencia jurídica para, luego, poner de presente el supuesto que la genera, así: “será inexistente el negocio jurídico cuando se haya celebrado sin las solemnidades sustanciales que la ley exija para su formación, en razón del acto o contrato y cuando falte alguno de sus elementos esenciales”. Así mismo, en punto de la ineficacia de pleno derecho del negocio jurídico, el inciso 1º del artículo 897 del Código de Comercio colombiano sigue la estructura en comentario al disponer que “cuando en este Código se exprese que un acto no produce efectos, se entenderá que es ineficaz de pleno derecho, sin necesidad de declaración judicial”.

Lo mismo podría decirse al concatenar los artículos 1946 y 1947 del Código Civil colombiano, relativos a la rescisión del negocio jurídico por lesión enorme, en la medida en que, el primero, señala que “el contrato de compraventa podrá rescindirse por lesión

³⁵⁷ Ello no es óbice para afirmar una yuxtaposición o contradicción absoluta entre la subsunción y la ponderación, ya que, como fue advertido, la recta lectura de dichas operaciones es aquella las concibe como complementarias. Cfr. *Supra* subtítulo 49 sobre *La ponderación de cara a la subsunción*.

³⁵⁸ Esto es, “son dos elementos o partes los que componen cada norma jurídica: un comportamiento o conducta y una consecuencia”: Cortés Moncayo, E., “La norma jurídica”, en *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, n.º 2, 1997, p. 41.

enorme”, esto es, la consecuencia jurídica y, el segundo, establece el supuesto de hecho respectivo al preceptuar que “el vendedor sufre lesión enorme cuando el precio que recibe es inferior a la mitad del justo precio de la cosa que vende; y el comprador a su vez sufre lesión enorme, cuando el justo precio de la cosa que compra es inferior a la mitad del precio que paga por ella. El justo precio se refiere al tiempo del contrato”.

Otro tanto podría afirmarse respecto de la resolución del negocio jurídico por incumplimiento, pues, la disposición del artículo 1546 del Código Civil colombiano previene que “en los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria en caso de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado. Pero en tal caso podrá el otro contratante pedir a su arbitrio, o la resolución o el cumplimiento del contrato con indemnización de perjuicios”, lo cual, da cuenta de la estructura lógica en cuestión, puesto que, el supuesto de hecho, a este respecto consistirá en el incumplimiento de lo pactado y, una de las posibles consecuencias, será la resolución del negocio jurídico.

Y, finalmente, en punto de la inoponibilidad del negocio jurídico, el artículo 901 del Código de Comercio colombiano, en evidente consonancia con la estructura en comento, dispone que “será inoponible a terceros el negocio jurídico celebrado sin cumplir con los requisitos de publicidad que la ley exija”.

54. LA PONDERACIÓN EN LA APLICACIÓN DE LA INEFICACIA NEGOCIAL: CONSERVACIÓN DEL NEGOCIO JURÍDICO

Vale la pena hacer ahínco en que, la ineficacia negocial se aplica, por regla general, por conducto de la subsunción, fundamentalmente, por razón de la estructura de las normas jurídicas que prevén las diversas concreciones de la ineficacia negocial, ya que dicha estructura corresponde a la ordenación clásica de supuesto de hecho más consecuencia jurídica y, por ende, resultan ser idóneas para ser objeto del modelo silogístico que supone la subsunción. Sin embargo, es un imperativo preguntarse: ¿cuándo se podría aseverar que la ineficacia negocial se aplica por medio de la ponderación? La respuesta, *teóricamente*, no presenta mayores dificultades, en el sentido de que la ineficacia negocial deberá aplicarse por vía de la ponderación cuando existan sendas dudas sobre la aplicación de las normas jurídicas que establecen la concreción de la ineficacia negocial de que se trate, por la particular razón de que existe un conflicto o contradicción entre el principio que subyace o, mejor, inspira dicha norma jurídica y otro principio del ordenamiento jurídico.

No obstante, al trasladar el razonamiento y presupuestos de la ponderación a la materia de la ineficacia negocial, atendiendo a una perspectiva pragmática, afloran múltiples dificultades en cuanto a ¿bajo qué circunstancias podría verse, en la práctica jurídica, una aplicación de la ineficacia negocial por medio de la ponderación?, porque, en principio,

resulta difícil imaginar un escenario de dicho talante, esencialmente, por la exigencia de interpretar de forma restrictiva las normas jurídicas que prevén las sanciones de ineficacia negocial³⁵⁹ y, en consecuencia, por la imposibilidad jurídica de extender o inaplicar los efectos de dichas normas jurídicas, lo cual, en principio, no hace posible un razonamiento ponderativo, porque no se podría dar preferencia alguna a un aspecto distinto a la sanción de ineficacia negocial. Empero, dicho escenario puede concebirse bajo el concurso de las siguientes apreciaciones, a saber:

En primer lugar, debe partirse del presupuesto de que a las normas jurídicas que establecen alguna forma de ineficacia negocial subyace la pretensión del legislador de proteger el interés jurídico legítimo de terceros o incluso de la misma parte³⁶⁰. En segundo término, para que la ponderación sea procedente, debe tratarse de un caso en el que, razonablemente, el negocio jurídico discutido pueda ser objeto de alguna forma de ineficacia negocial y, en tercer lugar, apelando al carácter pragmático que se pretende mantener en este escrito, el principio que, por antonomasia -y, a decir verdad, de forma plausible- en la órbita del Derecho Privado, estaría en conflicto con la pretensión de protección del interés jurídico de terceros o de la misma parte es el principio de salvación o conservación del negocio jurídico³⁶¹, porque la realidad de las cosas difícilmente permite concebir una hipótesis de

³⁵⁹ Dichas normas deben interpretarse de forma restrictiva en razón a que las causas que gestan la ineficacia negocial son *numerus clausus* o taxativas, fundamentalmente, porque “el derecho privado parte de la autonomía privada como principio rector; todas las normas que establezcan límites a la libertad contractual de las partes, o que sancionen con algún grado de ineficacia sus negocios, siempre serán de interpretación restringida, y no podrán aplicarse más allá del supuesto de hecho específico para el cuales fue diseñada por el legislador”: Cas. 8 de septiembre de 2011, n.º rad. 11001-3103-026-2000-04366-01, p. 29. Ciertamente, las normas jurídicas que sancionan con ineficacia al negocio jurídico son “disposiciones legales [...] de interpretación estricta, según la regla de que las leyes odiosas han de entenderse dentro de sus términos precisos, sin que puedan aplicarse a casos no expresados en ellas”: Cas. 13 de noviembre de 1923, XXX, p. 212. Otra razón que sustenta la interpretación restrictiva de las normas jurídicas que disponen una forma de ineficacia negocial es aquella atinente a que, en esencia, se trata de normas jurídicas que conforman el orden público y, en esa medida, son “*de observancia forzosa, obligatoria, imprescindible e ineludible, impuestas por el legislador a contrariedad de sus destinatarios al obedecer al ius cogens u orden público, intereses vitales de mayúscula significación e importancia y, por ello, no admiten en forma alguna discusión, sustitución, exclusión, alteración, modificación ni aplicación e interpretación extensiva o analógica y comportan restricciones a la autonomía privada y libertad particular, por lo cual, se comprende su efecto vinculante y la imposibilidad de extenderlas a casos análogos y próximos*” (cursiva por fuera del texto original): Cas. 1º de julio de 2008, n.º rad. 2001-00803-01, p. 28.

³⁶⁰ Dicha pretensión puede aglutinar una diversa variedad de principios del Derecho, como, por ejemplo, el principio de legalidad, el principio de relatividad del contrato, el principio de buena fe, el principio de la fuerza obligatoria del contrato -*pact sunt servanda*-, el principio de prohibición del abuso del derecho. O, en el caso de la misma parte, la protección del incapaz.

³⁶¹ Entendiendo por aquel, el principio, en virtud del cual, “los negocios jurídicos salvo en las excepciones legales, siempre están llamados a producir efectos; y aún si adolecen de algún defecto que genere ineficacia tienen vocación de saneamiento”: Bohórquez Orduz, A., *De los negocios jurídicos en el derecho privado colombiano*, vol. 2, Bogotá, Doctrina y Ley, 2004, p. 199. Vale la pena hacer ahínco en que el principio de salvación o conservación del negocio jurídico, sin duda alguna, existe en el ordenamiento jurídico colombiano, en la medida en que “los supuestos negociales de conservación (ratificación, convalidación,

ponderación alternativa, en la medida en que, si en la operación de ponderación se le da preferencia al principio de conservación del negocio jurídico respecto del principio que a él se contraponga, como se verá seguidamente, no se estaría pretermitiendo el carácter imperativo de la norma jurídica que dispone la sanción de ineficacia negocial. De esta manera, en el caso concreto, habrían dos fuerzas yuxtapuestas: la pretensión de proteger a terceros y, en contraposición, el mantenimiento de la eficacia del negocio jurídico defectuoso a fin de tutelar la finalidad querida por las partes del mismo.

Con todo, vale la pena preguntarse, ¿en qué órbita del ordenamiento jurídico colombiano se podría vislumbrar la tensión entre el principio de salvación o conservación del negocio jurídico y cualquier principio³⁶² que pudiere dimanar de la pretensión del legislador de proteger a los terceros o a alguna de las partes?, la hipótesis que se estima más factible es aquella en la que la tensión se produce entre la posible activación de la categoría jurídica de la conversión del negocio jurídico³⁶³ y el principio que, según las circunstancias del caso concreto, suponga consecuencias contrarias.

En efecto, se propone dicha hipótesis como la más plausible por dos razones: en primer lugar, porque la conversión del negocio jurídico es, a todas luces, una manifestación directa

aclaración, complementación), la conversión del negocio jurídico, la limitación de los sujetos legitimados para pretender la inoperatividad, la ineficacia parcial, la prescripción y el saneamiento de la invalidez [...] en su particularidad y marcada heterogeneidad, son suficientes para colegir el *principio* de salvación, preservación o conservación del contrato” (cursiva dentro del texto original): AA.VV., *Algunos Problemas de la Contratación Privada*, editado por Correa Restrepo, L., Universidad de Medellín, 2006, p. 62. Además, el principio en cuestión puede inferirse del artículo 1620 del Código Civil colombiano, según el cual “el sentido en que una cláusula puede producir algún efecto, deberá preferirse a aquel en que no sea capaz de producir efecto alguno”. Bianca, en el contexto del ordenamiento jurídico italiano pone de manifiesto las dos tendencias que existen en torno a la conceptualización del principio de conservación del contrato, pues sostiene que “se discute si la regla [aquella en que, concretamente, deriva el principio en cuestión] implica que, entre varias soluciones interpretativas, se deba preferir la que da el máximo efecto. La tesis negativa se basa en decir que la regla impone interpretar útilmente la disposición, evitando la ineficacia [...] La tesis positiva parte de una noción amplia del principio de conservación, que, se afirma, se debe entender como un principio que permita la máxima expansión de la disposición negocial”: Bianca, C.M., *Derecho Civil: el contrato*, cit., p. 458. Cfr. Marín Padilla, M., *El Principio General de Conservación de los Actos y Negocios Jurídicos. “Utile per inutile nonvitiatur”*, Barcelona, Librería Bosch, 1990, p. 89 y 90.

³⁶² Cfr. *Supra* nota 360.

³⁶³ Ello es así, en tanto y en cuanto se entienda que la conversión del negocio jurídico es una categoría jurídica que consiste en “la sustitución de los efectos jurídicos del negocio nulo o ineficaz, por los producidos por un negocio afín, pero distinto, y con el objeto de salvaguardar y mantener en lo posible el fin propuesto por las partes al concertar el negocio tachado de nulidad o ineficacia” (cursiva por fuera del texto original): De los Mozos, J., *La conversión del negocio jurídico*, Barcelona, Bosch, 1959, p. 43. Dicho de forma más amplia, la conversión consiste en la “corrección de la calificación jurídica del negocio o de alguno de sus elementos, o sea, normalmente, en una valoración suya como negocio de un tipo de aquel que en realidad fue celebrado o, de todos modos, en un tratamiento del más obvio *prima facie*”: Betti, E., *Teoria generale del negozio giuridico*, 2ª ed., Napoli, Universidad di Camerino, 1994, p. 492, citado (y traducido) por Hinestrosa, F., *Tratado de las obligaciones II: de las fuentes de las obligaciones: el negocio jurídico vol. II*, cit., p. 815. Cfr. López y López, A., *La interpretación de los contratos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, p. 15 a 20.

y práctica del principio de salvación, conservación o adaptación del negocio jurídico³⁶⁴ y, en segundo lugar, porque la conversión del negocio jurídico y, en términos generales, el mismo principio de conservación del negocio jurídico, no supone que se desconozca, subvierta o inaplique la norma jurídica que prevé una sanción de ineficacia negocial en virtud de elucubraciones hermenéuticas -lo cual, se insiste³⁶⁵, sería, en línea de principio, jurídicamente inadmisibles, por su calidad de norma jurídica imperativa³⁶⁶-, sino que, en puridad, implica un simple ajuste de la calificación jurídica del negocio jurídico a una taxonomía que, a la luz de la norma jurídica que regla la forma de ineficacia negocial, ya no resulte transgresora y que, por lo tanto, permita mantener la eficacia del negocio jurídico.

En síntesis, si se concibe una hipótesis en la que la tensión o contradicción entre principios sí involucra el principio de conservación del negocio jurídico y, además, si el operador jurídico pretendiere dar prevalencia al principio de conservación del negocio jurídico por vía de la conversión del mismo, podría argüirse que la determinación del operador jurídico de corregir la calificación jurídica del negocio jurídico sería admisible, porque, en primer término, la aplicación del principio de conservación del negocio jurídico no implica, indefectiblemente, el desconocimiento de la norma imperativa que sanciona con ineficacia al negocio jurídico, porque, en el caso de la conversión del negocio jurídico, simplemente se transfigura el negocio jurídico a una ordenación y estructura que ya no resulte transgresora, en la medida en que, el negocio jurídico, una vez convertido, ya no podría ser encuadrado en los linderos de la forma de ineficacia negocial de que se trate; y, en segundo término, porque el sólo hecho de que el negocio jurídico contradiga lo dicho por la norma jurídica imperativa que establece una forma de ineficacia negocial, no basta para afirmar que dicha norma debe ser aplicada, ya que, sería más prudente, considerar los intereses en juego y la finalidad de la misma norma para, así, determinar si el negocio jurídico es

³⁶⁴ Hinestrosa, F., *Tratado de las obligaciones II: de las fuentes de las obligaciones: el negocio jurídico vol. II*, cit., p. 813.

³⁶⁵ *Supra* nota 359.

³⁶⁶ La posibilidad de inaplicar una norma imperativa es ciertamente discutida, donde pueden distinguirse, por lo menos, dos entendimientos: “el de quienes de plano sostienen la nulidad absoluta de todo convenio o disposición prohibidos por la ley, y *el de quienes van por un temperamento de esa rigidez [...] que tome la nulidad [u otras formas de ineficacia negocial] como una medida que ha de administrarse coherentemente con los intereses en juego y ser proporcionada a las necesidades de encauzamiento y direccionamiento del ejercicio de la autonomía negocial*” (cursiva y negrilla por fuera del texto original): Hinestrosa, F., *Tratado de las obligaciones II: de las fuentes de las obligaciones: el negocio jurídico vol. I*, cit., p. 348. El maestro Hinestrosa, trae a colación -y traduce- una apreciación dicente sobre este particular, al señalar que: “En el supuesto de que se esté en presencia de una prohibición legal, ello no impone concluir que toda contravención de la ley implique necesariamente -ni siquiera en caso de duda- la nulidad del negocio jurídico: conviene confiarse a una interpretación de la norma violada para asegurarse de que el sentido y el fin (*Sinn und Zweck*) de la prohibición merecen dicha sanción”: Witz, C., *Droit privé allemand, I., Actes juridiques, droits subjectifs, BGB, Partie générale. Loi sur les conditions générales d'affaires*, Paris, Litec, 1992, p. 208, citado (y traducido) por Hinestrosa, F., *Tratado de las obligaciones II: de las fuentes de las obligaciones: el negocio jurídico vol. I*, cit., p. 348.

merecedor de ser tenido como ineficaz, razonamiento que, en alguna medida, ya implica ejercer algún grado de ponderación respecto de los intereses en conflicto.

Ahora bien, ineludiblemente, debe traerse a colación el hecho de que, en el ordenamiento jurídico colombiano, la norma jurídica que disciplina la figura de la conversión del negocio jurídico es el artículo 904 del Código de Comercio colombiano, de conformidad con el cual “el contrato nulo podrá producir los efectos de un contrato diferente, del cual contenga los requisitos esenciales y formales, si considerando el fin perseguido por las partes, deba suponerse que éstas, de haber conocido la nulidad, habrían querido celebrar el otro contrato”, disposición que, por demás, permite evidenciar que la figura de la conversión del negocio jurídico está limitada a contratos, y no a cualquier negocio jurídico y, además, a contratos que adolecen de nulidad³⁶⁷, no de cualquier forma de ineficacia negocial.

Así las cosas, siendo que, según la legislación mercantil colombiana, la figura de la conversión del negocio jurídico está limitada al contrato nulo, es pertinente preguntar ¿qué ocurre con las demás concreciones de la ineficacia del negocio jurídico?, ¿también admiten alguna suerte de “conversión”, en tanto simple ajuste de la calificación jurídica del negocio? Dicho interrogante ha pretendido ser solventado en el contexto de la inexistencia del negocio jurídico, donde se ha afirmado que el negocio jurídico inexistente no puede ser convertido, porque “no puede convertirse ni ratificarse lo que no existe”³⁶⁸ pero sí es susceptible de una “refacción”³⁶⁹, con lo cual se suele significar que el negocio jurídico

³⁶⁷ A este respecto, debe considerarse el alcance de la conversión, en la medida en que implicará que el contrato nulo “una vez en firme la sentencia que haya declarado la nulidad, se transforma y da lugar, *ex lege* o *per ministerium legis* [no automáticamente, sino que deberá mediar una declaración pública o privada en los términos que se han descrito], a otra figura sucedánea, a condición de que pueda contar con la relevancia de esta, o sea de que reúna los requisitos suyos, entre otros los de forma, y que pueda o deba concluirse, empleando los criterios señalados para la hipótesis de nulidad parcial (arts. 1419 *codice civile* y 902 c.co.), que las partes habrían querido celebrar ese otro negocio [...] habiéndose de indicar preventivamente que el juez no puede suplantar a las partes, o al autor único de la disposición, so pretexto de interpretar su conducta y extraer su intención genuina [...] esa intervención inusitada del juez se justificaría en aras de tal voluntad presunta, hipotética o ficta, frente a lo cual es lógico plantear una explicación más directiva y objetiva: los particulares desencadenaron un mecanismo correspondiente a una finalidad práctico-social concordante con la función práctico o económico-social que identifica a la figura que recorrieron, y ante la nulidad de esta, el juez puede y deber ver cómo, en interés común de las partes, rescata lo que se pueda salvar del siniestro, sobre la base de que haya congruencia entre la función social de la figura sucedánea y la que aquellas se propusieron realizar [...] Para que un negocio nulo se convierta en otro válido es indispensable que la irregularidad que lo aqueja no constituya un atentado contra el orden público o las reglas morales [...] O sea que la conversión es admisible solamente cuando la nulidad obedece a carencia o defectuosidad de requisito o vicio de los llamados elementos o presupuestos de validez”: Hinestrosa, F., *Tratado de las obligaciones II: de las fuentes de las obligaciones: el negocio jurídico vol. II*, cit., p. 813, 816 y 817.

³⁶⁸ *Ibíd.*, p. 822.

³⁶⁹ Cfr. Gandolfi, G., “La conversione del contratto nullo: novità in Italia (e in Europa)”, en *Rivista di diritto civile*, CEDAM, vol. 50, n.º 2, 2004, p. 204.

puede ser “rehecho, renovado”³⁷⁰, es decir, celebrado de nuevo.

En lo que hace a la resolución, la rescisión, la ineficacia de pleno derecho y la inoponibilidad del negocio jurídico, no es absolutamente clara la posibilidad de aplicar el principio de salvación o conservación por conducto de la conversión o refacción, pues, en el caso de la resolución y la rescisión existen razones para estimar como ineficaz al negocio jurídico que, difícilmente, pueden ser desvirtuadas por vía del principio de conservación, esto es, el incumplimiento contractual y el desequilibrio patrimonial objetivo, respectivamente. Consecuentemente, en el caso de la ineficacia de pleno derecho es palmaria la imposibilidad de inobservarla, porque “no admite saneamiento alguno ni el transcurso del tiempo puede traer el acto borrado a la realidad jurídica”³⁷¹. Y, finalmente, el negocio jurídico inoponible tampoco admitiría aquella conservación, pues, en puridad, sí es eficaz, pero relativamente, es decir, respecto de las partes, pero no frente a terceros.

55. LA PONDERACIÓN EN LA APLICACIÓN DE LA INEFICACIA NEGOCIAL: CONSERVACIÓN DEL NEGOCIO JURÍDICO Y DERECHOS FUNDAMENTALES

En las páginas que preceden se sostuvo que en el panorama del Derecho Privado la hipótesis que, con la mayor factibilidad, permitiría la realización de un razonamiento ponderativo es aquella en la que el principio de conservación del negocio jurídico esté en conflicto con otro principio, donde sería posible dar preferencia a dicho principio por medio de la figura de la conversión del contrato nulo o la refacción del negocio jurídico inexistente. Sin embargo, por fuera del ámbito clásico³⁷² del Derecho Privado podría pensarse, a nivel teórico, en una aplicación del principio de conservación del negocio jurídico nulo, inexistente, resuelto, rescindido, ineficaz de pleno derecho o inoponible en el contexto del conflicto que pudiere surgir entre derechos fundamentales y la ineficacia negocial, donde la preferencia por la protección del derecho fundamental podría implicar la conservación de la eficacia del negocio jurídico y, en consecuencia, habría de realizarse una operación propia de las características de la ponderación; este evento, se propone con la finalidad de ofrecer una alternativa, aunque inusitada³⁷³, a la conversión o refacción del

³⁷⁰ Hinestrosa, F., *Tratado de las obligaciones II: de las fuentes de las obligaciones: el negocio jurídico vol. II*, cit., p. 822.

³⁷¹ Alarcón Rojas, F., *La ineficacia de pleno derecho en los negocios jurídicos*, cit., p. 251.

³⁷² Valga decir que dicho ámbito “clásico” se ha desvanecido en gran medida, puesto que “el interés general se confunde con el interés particular y la distancia entre ellos tiende a acotarse básicamente por las relaciones comerciales e industriales que se desarrollan sin tener en cuenta qué tipo de derecho se está afectando. Entonces, se habla de una relación de doble vía, y podemos decir que se presenta una privatización del derecho público y una 'publicización' del derecho privado”: Arévalo Guerrero, I., *Bienes. Constitucionalización del Derecho Civil*, 2ª ed., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2017, p. 31.

³⁷³ Lo cierto es que alguna opinión podría afirmar que la persona afectada por la ineficacia del negocio jurídico, tiene la obligación de soportar esa suerte de daño jurídico -por antípoda a antijurídico-, pues, es un agravio que tiene aserto en una norma jurídica válida.

negocio jurídico.

Al transpolar dicha hipótesis a los mecanismos disponibles en el ordenamiento jurídico colombiano podría pensarse que el mecanismo jurídico idóneo para proteger el derecho fundamental que resultaría conculcado si un negocio jurídico determinado deviene como ineficaz es la excepción de inconstitucionalidad, figura característica de un control difuso de constitucionalidad y, en cuya virtud, “cualquier autoridad puede dejar de aplicar la ley u otra norma jurídica por ser contraria a la Constitución”³⁷⁴, porque por medio de dicha excepción, el operador jurídico³⁷⁵ podría inaplicar la norma jurídica que dispone la forma de ineficacia negocial por estimar que, de aplicarla, vulneraría un derecho fundamental y, en consecuencia, desconocería el tenor de la Constitución Política³⁷⁶.

La jurisprudencia constitucional ha delimitado los eventos en los que se puede argüir la excepción de inconstitucionalidad al afirmar que “dicha facultad puede ser ejercida de manera oficiosa o a solicitud de parte cuando se está frente a alguna de las siguientes circunstancias: (i) La norma es contraria a las cánones superiores y no se ha producido un pronunciamiento sobre su constitucionalidad, toda vez que de ya existir un pronunciamiento judicial de carácter abstracto y concreto y con efectos erga omnes, la aplicación de tal excepción de inconstitucionalidad se hace inviable por los efectos que dicha decisión genera, con lo cual cualquier providencia judicial, incluidas las de las acciones de tutela deberán acompasarse a la luz de la sentencia de control abstracto que ya se hubiere dictado; (ii) La regla formalmente válida y vigente reproduce en su contenido otra que haya sido objeto de una declaratoria de inexecutable por parte de la Corte Constitucional o de nulidad por parte del Consejo de Estado, en respuesta a una acción

³⁷⁴ Sentencia de Constitucionalidad 122 del 1º de marzo de 2011, p. 29. De forma más puntual, la Corte Constitucional ha acotado su alcance afirmando que la excepción de inconstitucionalidad tiene una connotación dual, pues acompasa “una facultad o posibilidad (o si se quiere, una herramienta) de los operadores jurídicos, en tanto no tiene que ser alegada o interpuesta como una acción; pero se configura igualmente como un deber en tanto las autoridades no pueden dejar de hacer uso de ella en los eventos en que detecten una clara contradicción entre la disposición aplicable a una caso concreto y las normas constitucionales” (cursiva por fuera del texto original): Sentencia de Unificación del 13 de marzo de 2013, Magistrado Ponente. Alexei Julio Estrada, p. 13 y 14.

³⁷⁵ Se utiliza esta expresión con la finalidad de dar cuenta de la amplitud de la excepción de inconstitucionalidad en cuanto a quiénes la pueden esgrimir, ya que, la Corte Constitucional ha puesto de presente que “el control por vía de excepción lo puede realizar cualquier juez, autoridad administrativa e incluso particulares que tengan que aplicar una norma jurídica en un caso concreto”: Sentencia de Constitucionalidad 122 del 1º de marzo de 2011, p. 30.

³⁷⁶ Es necesario memorar que la excepción de inconstitucionalidad engloba un control de constitucionalidad que “se realiza a solicitud de parte en un proceso judicial o *ex officio* por parte de la autoridad o el particular al momento de aplicar una norma jurídica que encuentre contraria a la Constitución. En este caso se debe subrayar que la norma legal o reglamentaria que haya sido exceptuada por inconstitucional no desaparece del sistema jurídico y continúa siendo válida ya que los efectos del control por vía de excepción son *inter partes*, solo se aplican para el caso concreto y no anulan en forma definitiva la norma que se considera contraria a la Constitución” (cursiva dentro del texto original): *Ibidem*.

pública de inconstitucionalidad o nulidad por inconstitucionalidad según sea el caso; o, (iii) En virtud, de la especificidad de las condiciones del caso particular, la aplicación de la norma acarrea consecuencias que no estarían acordes a la luz del ordenamiento iusfundamental. En otras palabras, puede ocurrir también que se esté en presencia de una norma que, en abstracto, resulte conforme a la Constitución, pero no pueda ser utilizada en un caso concreto sin vulnerar disposiciones constitucionales”³⁷⁷.

La consideración relativa a priorizar un mandato constitucional respecto de estipulaciones contractuales o, incluso, las normas jurídicas que las disciplinan no ha sido ajena a la jurisprudencia constitucional, pues la Corte Constitucional ha sostenido que *“el juez de tutela está obligado a verificar y considerar las circunstancias que acompañan a los demandantes en orden a establecer si se hace necesario promover el amparo eficaz de los derechos fundamentales de los damnificados, teniendo en cuenta que éstos merecen de especial consideración, sin que la preexistencia de un vínculo contractual sea un obstáculo para impartir la protección*. Más aún, la Corte ha establecido en varias oportunidades como subregla constitucional, que respecto de cierto tipo de controversias de naturaleza eminentemente contractual, el amparo puede ser procedente siempre que respecto en la ejecución de tales pactos se vean comprometidos principios superiores y se pueda comprobar la existencia de un estado de subordinación o indefensión”³⁷⁸ (cursiva por fuera del texto original).

De lo dicho con anterioridad se podría colegir que, cualquier operador jurídico llamado a aplicar una norma jurídica que dispone una forma de ineficacia negocial, podría resolver no aplicarla aduciendo la excepción de inconstitucionalidad, siempre y cuando, las circunstancias del caso concreto impliquen que la aplicación de la norma jurídica de ineficacia negocial conculcaría ostensiblemente uno o varios derechos fundamentales de una persona, con la particularidad de que la mejor manera de tutelar dichos derechos fundamentales sería mantener la eficacia del negocio jurídico³⁷⁹. Así, por ejemplo, piénsese en el evento en que la terminación abusiva de un contrato de arrendamiento de local

³⁷⁷ Sentencia de Tutela 681 del 5 de diciembre de 2016, rad. n.º T-5.723.146, p. 17.

³⁷⁸ Sentencia de Tutela 769 del 25 de julio de 2005, rad. n.º T-1060455, p. 15.

³⁷⁹ No puede perderse de vista que, según los lineamientos jurisprudenciales referidos a cuándo es dable argüir la excepción de inconstitucionalidad, no es dable hacerlo cuando se ha producido un pronunciamiento relativo a la constitucionalidad de la norma en cuestión, circunstancia que, en principio, no permitiría esgrimir la excepción de inconstitucionalidad respecto de la rescisión del negocio jurídico por lesión enorme por las razones que sustentaron su declaratoria de exequibilidad (Sentencia de Constitucionalidad 222 del 5 de mayo de 1994; Sentencia de Constitucionalidad 236 del 9 de abril de 2014); en igual sentido para el caso de la nulidad del negocio jurídico (Sentencia de Constitucionalidad 345 del 24 de mayo de 2017; Sentencia de Constitucionalidad 534 del 24 de mayo de 2005; Sentencia de Constitucionalidad 597 del 21 de octubre de 1998).

comercial pudiese acarrear la vulneración del derecho fundamental al mínimo vital o al trabajo del arrendatario³⁸⁰.

Lo expresado en las páginas anteriores no pretende significar que, cuandoquiera que haya un conflicto entre un derecho fundamental y un principio que subyace a una norma jurídica que establece una forma de ineficacia negocial, deba prevalecer el derecho fundamental, sino que, en realidad, el ánimo de esta breve explicación se restringía a poner de manifiesto que, por fuera del ámbito clásico del Derecho Privado, es posible efectuar un razonamiento propio de una operación de ponderación en el contexto de la ineficacia negocial.

56. EL RESULTADO DE LA SUBSUNCIÓN Y DE LA PONDERACIÓN EN MATERIA DE INEFICACIA NEGOCIAL

Se ha hecho ahínco en cómo y bajo qué circunstancias es dable proceder a la realización de las operaciones de subsunción y ponderación en materia de ineficacia negocial. Sin embargo, conviene preguntarse ¿cuál es el resultado de dichas operaciones?, aspecto que puede parecer obvio, pero que, en todo caso, reviste una importancia superlativa, en la medida en que está consustancialmente ligado a la realización misma de la preceptiva establecida en el contexto de la ineficacia del negocio jurídico, por lo tanto, su alusión es imperativa.

³⁸⁰ La Corte Constitucional, sobre el particular, ha sostenido que “la salvaguarda de la unidad comercial se encuentra íntimamente ligada con el derecho al trabajo y al mínimo vital”: *Ibidem*, p. 25. Un caso similar al de la hipótesis que se intenta desarrollar es aquel conocido por la Corte Constitucional con ocasión de la revisión de una acción de tutela, en dicho caso “Varios de los comerciantes afectados por un incendio en el ‘Centro Comercial La 17’ de la ciudad de Pasto, acudieron a la acción de tutela para solicitar el respeto a sus derechos fundamentales al trabajo, la vida, la igualdad, el mínimo vital y la dignidad humana. Para ello, afirman que perdieron toda la mercancía que había en las tiendas al momento de la conflagración, dejándolos en una situación crítica, dado que de su actividad comercial derivaban lo necesario para vivir [...] la relación contractual fue desbordada por la conflagración a partir de la cual el sustrato de hecho del negocio jurídico cambió. Los comerciantes en el presente caso, esperaron durante casi un año a que el Centro Comercial fuera restaurado para reiniciar sus labores. Sin embargo, pese a que no existió ningún desahucio de parte del arrendador, sus locales no fueron reasignados sino que se exigieron nuevos requisitos y condiciones para la suscripción de uno nuevo. De cualquier forma y ante la inauguración del Centro Comercial, no se permitió que los comerciantes continuaran con sus labores en las tiendas respectivas. La Sala advierte que tales hechos confirman la existencia de una indefensión y de un perjuicio irremediable que hacen procedente la acción de tutela. En efecto, ante las pautas constitucionales y legales de protección de los comerciantes damnificados y la difícil situación dejada a ellos por el siniestro, es necesario concluir que a través del amparo se deben proteger los derechos fundamentales vulnerados. Llegar a una conclusión diferente favorecería el acto ilegítimo ejecutado por los propietarios del Centro Comercial a partir de la conflagración, el cual es contraria a los derechos fundamentales al mínimo vital, al trabajo y al debido proceso y, en principio, a las reglas de protección de los damnificados y de la empresa establecidas en la Constitución Política y el Código de Comercio [...] Conforme a lo anterior, la Sala revocará los fallos adoptados por el Juzgado Cuarto (4º) Penal Municipal y el Juzgado Quinto (5º) Penal del Circuito de la ciudad de San Juan de Pasto y, en su lugar, concederá la tutela solicitada. En consecuencia dispondrá que los propietarios del ‘Centro Comercial La 17’, en el término de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de este fallo, procedan a asignar un local comercial a los peticionarios conforme al artículo 520 del Código de Comercio”: *Ibidem*, p. 23 a 26.

Así las cosas, el producto de la subsunción, a propósito del asunto que compete a este escrito, necesariamente consistirá en la conclusión de que el supuesto de hecho acaecido en el mundo físico concuerda con el supuesto de hecho previsto en la norma jurídica y que, consiguientemente, debe procederse a realizar la consecuencia jurídica preceptuada para el efecto, esto es, la forma de ineficacia negocial que corresponda; o, en contraposición, podría arribarse a la conclusión de que el supuesto de hecho acontecido no puede ser engastado en el supuesto de hecho de la norma jurídica en cuestión y que, por ende, no debe realizarse la forma de ineficacia negocial allí establecida.

En línea con lo anterior, el resultado de la ponderación consistirá en la conclusión de que, el negocio jurídico debe ser aniquilado para dar prevalencia al principio contrapuesto o, en cambio, que debe preferirse la conservación o salvación del negocio jurídico en detrimento del principio yuxtapuesto.

57. CONCLUSIÓN PARCIAL

Hasta este punto se ha pretendido elucidar la lógica que reviste la primera operación que compone la labor de aplicar la ineficacia negocial, esto es, que la ineficacia negocial se aplica, por regla general, por medio de la subsunción y, sólo eventualmente, por medio de la ponderación. Se estima que dicha consideración es predicable de cualquier forma de ineficacia negocial, fundamentalmente, porque, como se advirtió con anterioridad, cada una de las normas jurídicas que reglan las diversas concreciones de la ineficacia negocial comparten la clásica estructura de supuesto de hecho más consecuencia jurídica, luego, no es dable divisar una razón que permita aseverar que las diversas formas de ineficacia negocial no comparten aquel rasgo común, pues, una vista sumaria de dichas normas jurídicas revela la estructura común aludida³⁸¹.

Ahora bien, en lo tocante con la segunda operación que hace parte de la aplicación de la ineficacia negocial, es decir, con la declaración pública o privada del resultado de la subsunción o la ponderación, no puede decirse que exista una univocidad o uniformidad *absoluta* entre las diversas concreciones de la ineficacia del negocio jurídico, en el sentido de que, por razones que atañen a sus propias particularidades, algunas se materializan por medio de una declaración pública y, otras, mediante una declaración privada. En este sentido, corresponde abordar, en lo sucesivo, la manera en que se materializa cada concreción de la ineficacia negocial, sea por medio de una declaración pública o una declaración privada, para cuyo efecto, se estima útil y conveniente acometer dicha labor

³⁸¹ *Supra* subtítulo 53 sobre ¿Subsunción o ponderación en la aplicación de la ineficacia negocial en sentido amplio?

poniendo de presente la regla general que orienta la materialización de cada forma de ineficacia negocial junto las razones que así lo sustentan en el ordenamiento jurídico colombiano para, consecuencialmente, señalar las excepciones a dicha regla general, junto con las razones que motivan su existencia.

I. LA MATERIALIZACIÓN DE LA INEXISTENCIA DEL NEGOCIO JURÍDICO

58. LA REGLA GENERAL

La regla general que disciplina la realización de la inexistencia del negocio jurídico es aquella, según la cual, la inexistencia del negocio jurídico se traslada al mundo físico por medio de una declaración privada, esto es, por medio de un comportamiento que manifiesta o, simplemente, da a conocer el hecho de que el negocio jurídico es inexistente; dicho comportamiento, en principio, es emprendido por quienes fungieron como parte en el negocio jurídico; pero, ello será así en tanto y en cuanto las personas que fueran las partes del negocio jurídico estén de acuerdo, aún cuando sea tácitamente, respecto del hecho de que el negocio jurídico es inexistente, ya que, si no fuere así y una de ellas acudiese al aparato jurisdiccional del Estado para dirimir el diferendo en el que pudieren estar³⁸², la materialización de la inexistencia del negocio se surtiría, ya no por una declaración de una de ellas, sino por una declaración pública³⁸³, la cual, según se suele decir, comporta una mera constatación o verificación de la inexistencia del negocio jurídico, aspecto que habrá de ocupar el subtítulo inmediatamente posterior.

En fin, la regla general anunciada se sustenta en tres razones fundamentales, a saber: en primer lugar, una razón de orden histórico, consistente en que la inexistencia del negocio jurídico, desde su génesis³⁸⁴, fue una categoría ideada para trascender el carácter

³⁸² Previsiblemente, se tratará de una controversia atinente a los hechos cumplidos bajo la égida del negocio jurídico inexistente, la cual, implica que “las modificaciones de la realidad que llegaren a presentarse en razón o con ocasión de él habrán de ser tratadas y resueltas con empleo de las normas que gobiernan los hechos o actos respectivos, pero no con las que disciplinan el negocio jurídico en general o la figura que se intentó poner en acción”: Hinestrosa, F., *Tratado de las obligaciones II: de las fuentes de las obligaciones: el negocio jurídico vol. II*, cit., p. 695. Dicho de otra forma, “las modificaciones exteriores que hayan acontecido con motivo del fallido intento de originarse un acto de autonomía privada [...] no son atribuibles a negocio jurídico alguno [...] se tornan definitivas, inmodificables, si dentro del término prescriptivo extintivo aplicable ninguno de los sujetos involucrados en el asunto promueve gestión en procura del retorno de las cosas al estado anterior. No acontece este resultado porque el paso del tiempo dote de entidad negocial a lo que jamás la ha tenido, sino porque estos hechos escuetos se estabilizan definitivamente en virtud de la prescripción extintiva”: Ramírez, E., *La ineficacia en el negocio jurídico*, cit., p. 139.

³⁸³ Algunos han afirmado que esta declaración privada, en ocasiones asimilada a una aplicación *ipso iure* de la categoría, reviste una importancia mínima, por ser improbable, así: “La supuesta operatividad *ipso iure* de la inexistencia se mostraría poco práctica, pues en caso de duda siempre será necesaria una declaración judicial” (cursiva dentro del texto original): San Martín Neira, L., “La teoría de la inexistencia y su falta de cabida en el Código Civil chileno”, cit., p. 755.

³⁸⁴ *Supra* subtítulo 8 sobre el origen histórico de la inexistencia del negocio jurídico.

eminentemente taxativo de la nulidad del negocio jurídico y, así, poder estimar como ineficaces negocios jurídicos vistos como inadmisibles, pero que no eran sancionados expresamente por la ley. Luego, no extraña que la forma predilecta de materialización de la inexistencia del negocio jurídico fuese y, aún sea, la declaración privada, pues, so pretexto de la ausencia de una norma jurídica que, expresamente, facultase a una autoridad pública para declarar la nulidad del negocio jurídico -en este caso, el matrimonio entre personas del mismo sexo³⁸⁵-, fue precisa la construcción de una categoría que permitiese aseverar la ineficacia del negocio jurídico sin la intrusión y exigencias rígidas de las demás formas de ineficacia negocial, de tal modo que aquella flexibilidad sería lograda si la realización de la inexistencia del negocio jurídica se surtía al margen de la ya acostumbrada declaración pública.

En segundo término, existe una razón de carácter lógico-normativo que sustenta que la inexistencia del negocio jurídico se materialice, con predilección, por medio de una declaración privada, y es aquella que se relaciona con el fondo mismo de la categoría, es decir, que la inexistencia es la concreción más gravosa que el ordenamiento jurídico ofrece en materia de la ineficacia del negocio jurídico³⁸⁶, pues, aquel negocio jurídico que no recorre la definición legal no amerita la atención del ordenamiento jurídico, porque, llanamente, es irrelevante³⁸⁷ y, en consecuencia, su inexistencia tampoco amerita la necesidad de ser declarada por una autoridad pública, particularmente, por un Juez. Sin embargo, vale la pena insistir en que otro aspecto será el relacionado con los hechos acaecidos y cumplidos con ocasión del negocio jurídico inexistente, en razón a que la atención que, eventualmente, reciban, no atañe al negocio jurídico inexistente, sino a las características e implicaciones que el ordenamiento jurídico le asigna a dichos hechos. Así, suele afirmarse que nada puede decirse respecto del negocio jurídico inexistente, ya que, en

³⁸⁵ Aunque este asunto ya fue tratado con anterioridad, en homenaje a la claridad, debe elucidarse una vez más la lógica que subyació a la proscripción del matrimonio entre personas del mismo sexo por vía de la nulidad del negocio jurídico. Así: “el matrimonio entre personas del mismo sexo no es nulo porque la ley en parte alguna consagra esa sanción para este evento, aún más, ni si quiera lo contempla, y en consecuencia ese silencio lo que significa en verdad es que para el legislador un matrimonio de esta estirpe debe ser considerado simplemente como inexistente”: Alarcón Rojas, F., *La ineficacia de pleno derecho en los negocios jurídicos*, cit., p. 178.

³⁸⁶ Si bien es gravosa, Alarcón, con acierto, sostiene que “la inexistencia no tiene naturaleza sancionatoria porque no es una consecuencia de la transgresión del ordenamiento jurídico, ni aun en el caso de la omisión de solemnidades constitutivas, sino que es una situación de hecho en la que ha quedado un negocio que se proyectó celebrar pero en el que se omitió alguno de sus elementos estructurales”: *Ibidem*, p. 236.

³⁸⁷ Ciertamente podría pensarse en que la inexistencia del negocio jurídico se materializa por conducto de una declaración privada por razón de la entidad misma del comportamiento, en el sentido de que “de no recorrerse en la práctica la definición de una de las varias categorías específicas de negocio no puede decirse que haya en verdad disposición de intereses, la tentativa incurre en la forma más absoluta de ineficacia que puede concebirse: la inexistencia, ya que el contrato no alcanza siquiera a vincular a quien lo promueve, y su fracaso de palpa desde el comienzo”: Hinestrosa, F., *Tratado de las obligaciones II: de las fuentes de las obligaciones: el negocio jurídico vol. II*, cit., p. 689.

puridad, es una nada jurídica, es decir, un comportamiento que, bajo toda luz, no puede ser encuadrado en la ley³⁸⁸.

En tercer lugar, hay una razón de índole práctica que sustenta la regla general bajo estudio, esto es, la determinación de remitir la controversia sobre el negocio jurídico inexistente al aparato jurisdiccional del Estado es un recurso residual, porque “el derecho de acción [...] al igual que esa preciosa herramienta llamada 'proceso judicial', son instrumentos subsidiarios, en el sentido de que sólo deben ser operativos cuando los derechos subjetivos no son actuados voluntariamente”³⁸⁹.

59. LA EXCEPCIÓN A LA REGLA GENERAL

Siendo que la inexistencia del negocio jurídico, por regla general, se materializa por medio de una declaración, expresa o tácita, emanada de quienes pretendían disponer de su interés por medio del mismo, ¿qué pasa cuando aquellos candidatos a parte no están de acuerdo respecto de la inexistencia del negocio jurídico que pretendieron proyectar entre ellas o respecto de las implicaciones de los hechos ocurridos con ocasión de dicho negocio jurídico? Naturalmente, gestada la controversia respecto del negocio jurídico inexistente, quienes fueren a fungir como parte en él, probablemente, trasladen la situación jurídica problemática a la autoridad competente para dirimirla, la cual, en el caso del ordenamiento jurídico colombiano, en línea de principio³⁹⁰, será un Juez Municipal de Pequeñas Causas y Competencia múltiple³⁹¹, Municipal³⁹² o Civil del Circuito³⁹³ con ocasión de un proceso

³⁸⁸ Ramírez, E., *La ineficacia en el negocio jurídico*, cit., p. 24 y 25.

³⁸⁹ *Ibidem*, p. 32.

³⁹⁰ En el ordenamiento jurídico colombiano existen hipótesis puntuales de ineficacia del negocio jurídico cuyo conocimiento, por determinación del legislador, fue adscrito, según un criterio eminentemente funcional, a ciertos Jueces. Por ejemplo, el numeral 14° del artículo 22 del Código General del Proceso dispone que los Jueces de Familia conocen en primera instancia de “las acciones relativas a la caducidad, a *la inexistencia* o a la nulidad de las capitulaciones matrimoniales” (cursiva por fuera del texto original). Así mismo, el numeral 4° del artículo 20 de la misma codificación procesal establece que los Jueces Civiles del Circuito conocen en primera instancia de “de todas las controversias que surjan con ocasión del contrato de sociedad, o por la aplicación de las normas que gobiernan las demás personas jurídicas de derecho privado, así como de los de nulidad, disolución y liquidación de tales personas, salvo norma en contrario”, dentro de lo cual, el diferendo sobre la existencia del contrato de sociedad puede ser encuadrado.

³⁹¹ Ello será así, en atención al numeral 1° del artículo 17 del Código General del Proceso y párrafo de la misma disposición, ante la confluencia de dos circunstancias: en primer lugar, que en el lugar donde se emprendiese el proceso existiere dicho Juez y, en segundo término, que la controversia sea de mínima cuantía conforme a los artículos 25 y 26 del Código General del Proceso.

³⁹² Caso en el cual, según el numeral 1° del artículo 17 del Código General del Proceso, habrá de conocer del asunto en única instancia si se trata de una controversia de mínima cuantía. De otro lado, conocerá del asunto en comento en primera instancia si se trata de una controversia que, con arreglo al numeral 1° del artículo 18 del Código General del Proceso, sea de menor cuantía.

³⁹³ El accertamiento de la inexistencia del negocio jurídico es un asunto del que podría conocer el Juez Civil del Circuito en primera instancia cuando, conforme al numeral 1° del artículo 20 del Código General del Proceso, se trate de una controversia de mayor cuantía. Adicionalmente, podría pensarse que la inexistencia

declarativo verbal o verbal sumario, según corresponda o, incluso, el eventual accertamiento de la inexistencia del negocio jurídico podría ser un asunto ventilado en el contexto de un proceso arbitral³⁹⁴.

En cualquier caso, la controversia, más que el accertamiento de la inexistencia del negocio, probablemente girará en torno a la pretensión de deshacer lo hecho en virtud de aquel negocio jurídico inexistente³⁹⁵, ya que, se discute, si es posible acudir al aparato jurisdiccional del Estado con el sólo propósito de obtener una constatación de la inexistencia del negocio jurídico, pues, algunos afirman que “el negocio inexistente es irrelevante, no puede producir efecto alguno como tal: ni compromiso, ni resultado práctico [...] Por ello, en principio, no hay lugar a una acción declarativa de la inexistencia”³⁹⁶, mientras que, otros, sostienen que “bien sabido es que tratándose de genuinos supuestos de inexistencia contractual en el campo mercantil, existe la posibilidad de su alegación judicial por cualquier interesado siempre que la imperfección negocial esencial sea manifiesta y

que aqueje a un negocio jurídico relacionado con la disciplina de la Propiedad Intelectual podría ser un asunto susceptible de ser sometido al conocimiento de un Juez Civil del Circuito en primera instancia, ya que el numeral 2º del artículo 20 del Código General del Proceso indica que los Jueces Civiles del Circuito conocerán de, entre otros asuntos, “los relativos a propiedad intelectual que no estén atribuidos a la jurisdicción contencioso administrativa, sin perjuicio de las funciones jurisdiccionales que este código atribuye a las autoridades administrativas”.

³⁹⁴ Ciertamente es un evento factible, porque quienes fueran parte en el negocio jurídico inexistente pudieron haber estipulado un pacto arbitral, sea una cláusula compromisoria o compromiso, a fin de adscribir a la Jurisdicción Arbitral el conocimiento de las controversias surgidas del negocio jurídico inexistente, presentes o futuras. No cabe duda respecto de la posibilidad de acudir a la Jurisdicción Arbitral para dirimir dichas controversias, porque, si bien el negocio jurídico es inexistente, debe tenerse en cuenta que el inciso 1º del artículo 5º de la Ley 1563 de 2012 reafirma la eficacia de la cláusula compromisoria al preceptuar que “la inexistencia, ineficacia o invalidez del contrato no afecta la cláusula compromisoria. En consecuencia, podrán someterse a arbitraje las controversias en las que se debata la existencia, eficacia o validez del contrato y la decisión del tribunal será conducente aunque el contrato sea inexistente, ineficaz o inválido”; lo dicho por la norma jurídica citada ha sido caracterizado como “el principio de la autonomía de la cláusula compromisoria”: Bejarano Guzmán, R., *Procesos declarativos, arbitrales y ejecutivos*, 7ª ed., Bogotá, Editorial Temis, 2016, p. 394.

³⁹⁵ Alternativamente, podría pensarse en que alguien no esté interesado en que el negocio jurídico sea tenido como inexistente, sino que, por el contrario, se pretenda conservar la eficacia de dicho negocio jurídico, para cuyo efecto, debería demostrar que las conductas efectuadas por las partes satisfacen, a completud, los elementos esenciales de la figura negocial que se propusieron celebrar. En todo caso, vale la pena llamar la atención sobre la tendencia del ordenamiento procesal civil colombiano consistente en prohijar, *como regla general*, un escenario procesal en el que, la falta de un contrato escrito, configura un indicio grave respecto de su inexistencia y, por ende, de su ineficacia. En efecto, el inciso segundo del artículo 225 del Código General del Proceso, a propósito del alcance de la eficacia de la declaración de terceros como medio de prueba, indica que “cuando se trate de probar obligaciones originadas en contrato o convención, o el correspondiente pago, la falta de documento o de un principio de prueba por escrito, *se apreciará por el juez como un indicio grave de la inexistencia del respectivo acto*, a menos que por las circunstancias en que tuvo lugar haya sido imposible obtenerlo, o que su valor y la calidad de las partes justifiquen tal omisión” (cursiva por fuera del texto original).

³⁹⁶ Hinestrosa, F., *Tratado de las obligaciones II: de las fuentes de las obligaciones: el negocio jurídico vol. II*, cit., p. 695. Cfr. Ospina Fernández, G. y Ospina Acosta, E., *Teoría general del contrato y del negocio jurídico*, 6ª ed., Bogotá, Editorial Temis, 2000, p. 85.

resulte de la prueba producida”³⁹⁷, pero, se insiste, más que el accertamiento de la inexistencia, quienes fueren candidato a parte del negocio jurídico inexistente, probablemente, estén más interesados en deshacer lo ejecutado³⁹⁸.

De lo anterior, en último término, es dable concluir que “el hecho de que [la inexistencia del negocio jurídico] no requiera de decisión judicial para configurarse no significa que no se le pueda solicitar al juez que *ateste o constate* la existencia de la inexistencia”³⁹⁹ (cursiva por fuera del texto original).

En suma, en punto de la materialización de la inexistencia del negocio jurídico, la excepción a la regla general consiste en que la inexistencia sea trasladada al mundo físico por medio de una declaración pública que, en materia de Derecho Privado⁴⁰⁰, consistirá en

³⁹⁷ Cas. 28 de junio de 1991, CCVIII, n.º 2447, p. 534.

³⁹⁸ Vale la pena resaltar que, desde un punto de vista procesal, el accertamiento de la inexistencia y la retrotracción de los hechos ocurridos bajo la égida del negocio jurídico inexistente, no son pretensiones necesariamente excluyentes, por lo cual, atendiendo a lo dicho por el artículo 88 del Código General del Proceso, podrían acumularse dichas pretensiones, esto es, el accertamiento de la inexistencia del negocio jurídico y la retrotracción de los hechos o actos ejecutados con ocasión de él, siempre y cuando, concurren los requisitos establecidos en dicha norma: “1. Que el juez sea competente para conocer de todas, sin tener en cuenta la cuantía. 2. Que las pretensiones no se excluyan entre sí, salvo que se propongan como principales y subsidiarias. 3. Que todas puedan tramitarse por el mismo procedimiento”. La acumulación de pretensiones, así descrita, dependerá, particularmente, de si el Juez puede conocer del accertamiento y, además, de la retrotracción de los hechos acontecidos según las normas que gobiernen la competencia del Juez respecto de dichos hechos. Así, por ejemplo, podría considerarse la siguiente hipótesis: en la ciudad de Bogotá, dos comerciantes se propusieron celebrar un contrato de compraventa de bien inmueble ubicado en la misma ciudad y, con ocasión de aquel, el comprador se hizo a la posesión del bien inmueble, pero siendo que dicho contrato no se elevó a escritura pública, quien fungiese como vendedor podría emprender un proceso declarativo, verbal o verbal sumario, pretendiendo que se constate la inexistencia del negocio jurídico -por no haberse respetado la solemnidad *ad substantiam actus* prevista por el ordenamiento para el efecto- y que, además, le sea reivindicada la posesión del bien inmueble en cuestión, caso en el cual, un mismo Juez podría conocer de ambas pretensiones.

³⁹⁹ Alarcón Rojas, F., *La ineficacia de pleno derecho en los negocios jurídicos*, cit., p. 237.

⁴⁰⁰ Sin perjuicio de aquello, en materia de contratación estatal, la inexistencia del negocio jurídico podría ser constada por la entidad contratante por medio de un acto administrativo y en virtud de sus prerrogativas exorbitantes; como por ejemplo, en el caso en que un contrato estatal, cualquiera que sea, sea celebrado verbalmente y no por escrito, donde, la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, en atención al carácter solemne del contrato estatal, ha sostenido que “la ausencia de la totalidad de los trámites necesarios para la formalización escrita del contrato y su posterior perfeccionamiento permite concluir que el negocio jurídico es inexistente”: Sentencia del 30 de noviembre de 2000, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, n.º rad. 11895. Y, en otra oportunidad, puntualizó que “el contrato celebrado por la administración con los particulares es de carácter solemne, es decir, que para su eficacia, de acuerdo con el régimen jurídico de derecho público al cual está sometido, se requiere que se eleve a escrito la manifestación de voluntad, de manera que la ausencia de este conlleva la inexistencia del negocio jurídico e impide el nacimiento de los efectos jurídicos pretendidos por las partes, toda vez que éstas no tienen libertad de forma, 'pues la solemnidad escrituraria hace parte de la definición del tipo negocial por razones de seguridad y certeza en razón a que se trata de una normativa reguladora de la contratación de las entidades públicas'”: Sentencia del 2 de mayo de 2007, Consejo de Estado, Sala de lo

el accertamiento de la inexistencia del negocio jurídico por medio de una Sentencia judicial.

Como colofón de lo dicho hasta el momento, se estima necesario hacer hincapié en el carácter eminentemente excepcional y residual de la declaración pública en la materialización de la inexistencia del negocio jurídico, en la medida en que “la intervención judicial no es una consecuencia o efecto emergente de la naturaleza o de la esencia de [...] la inexistencia. Corresponde mejor a las circunstancias entender que esta participación de la judicatura *es secuela de la actitud que los interesados asuman frente a la situación en que se encuentren delante de su negocio [...] porque si ellos están conformes con el estado de las cosas [...] la activación del aparato judicial no sólo es superflua, innecesaria, costosa, sino que, peor aún, es inconveniente para la comunidad, a la cual bien caro le resulta en términos de tiempo y de dinero un proceso judicial adelantado en semejantes condiciones*”⁴⁰¹ (cursiva por fuera del texto original).

II. LA MATERIALIZACIÓN DE LA RESOLUCIÓN DEL NEGOCIO JURÍDICO

60. LA REGLA GENERAL

El punto de partida en cuanto a la realización en el mundo físico de la resolución del negocio jurídico en el ordenamiento jurídico colombiano es que, por regla general, su materialización se surte por medio de una declaración pública, en particular, por conducto de una decisión judicial que declare resuelto el negocio jurídico por haber acaecido un incumplimiento de lo pactado conforme a los lineamientos decantados jurisprudencialmente⁴⁰² sobre el artículo 1546 del Código Civil colombiano en materia de la condición resolutoria tácita o, de otro lado, por haberse cumplido la condición resolutoria expresa⁴⁰³ prevista por las partes para el efecto.

Aquella regla general se funda en variadas razones, cuya síntesis se intenta en lo sucesivo, así: en primer lugar, en una razón de naturaleza histórica que se ha depurado en dos momentos, pues, hay quienes arguyen que “la regla general de la resolución judicial, al parecer, conoció su origen en el Derecho Canónico. Los canonistas consideraron que, una vez incumplida la promesa por uno de los contratantes, se pierde para éste el derecho de

Contencioso Administrativo, Sección Tercera, n.º rad. 16211, p. 31. Cfr. Sentencia del 26 de mayo de 2010, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, n.º rad. 29402, p. 20.

⁴⁰¹ Ramírez, E., *La ineficacia en el negocio jurídico*, cit., p. 32.

⁴⁰² Cfr. *Supra* nota 108.

⁴⁰³ Vale la pena recordar que la admisibilidad y eficacia de una estipulación en un contrato bilateral que suponga una condición resolutoria expresa, también llamada pacto comisorio, simple o calificado, ya ha sido reconocida ampliamente, pues, como resumidamente lo indica Tamayo Lombana “nada obsta que pueda estipularse (el pacto comisorio) en otro contrato [se refiere a contratos distintos al de compraventa], con fundamento en la libertad contractual y en la autonomía de la voluntad”: Tamayo Lombana, A., *Manual de obligaciones*, Tomo II, Bogotá, Editorial Temis, 1998, p. 282.

exigir la prestación recíproca prometida por su contraparte –*fragenti fidem non est fides servanda*–. Y, haciendo extensivo este mismo razonamiento, determinaron que al contratante cumplido no solamente le asistía la facultad de no ejecutar su prestación prometida –*exceptio non adimpleti contractus*–, sino, además, la potestad de demandar al juez la terminación del contrato –resolución”⁴⁰⁴.

Otros -y, a decir verdad, de forma mayoritaria- han convenido, desde un punto de vista histórico, que la resolución del negocio jurídico comporta “una demostración del incumplimiento y una calificación del mismo, lo cual presupone un debido proceso, ordinario o especial, según el caso. Planteamiento que estaría contenido en el art. 1184 del *Code civil* al prever: 'La condición resolutoria se sobreentiende siempre en los contratos sinalagmáticos, para el caso de que una de las partes no satisfaga a la otra su compromiso. En este caso, el contrato no se resuelve de pleno derecho [...] La parte a la cual no le ha sido ejecutado el compromiso puede [...] demandar la resolución con daños y perjuicios. La resolución ha de ser demandada judicialmente y el juez puede conceder al demandado un plazo según las circunstancias', exigencia que implícitamente estaría presente en el art. 1546 c.c. El hecho es que de ahí surgió el dogma de la judicialidad ineludible de la resolución y, de contera, el rechazo de la posibilidad de resolución por la sola denuncia unilateral del contratante fiel”⁴⁰⁵.

En segundo lugar, se ha perfilado una razón de carácter sustancial, consistente en que, siendo la resolución una sanción, no sería jurídicamente viable aplicarla sin la mesurada intervención de la judicatura, en el sentido de que, de no ser así, y la resolución resulte materializada sin declaración judicial, ello podría ser visto bajo el prisma de una conducta abusiva. En efecto, sobre el particular se ha dicho que: “¿Sanción sin intervención judicial? ¿Es ello posible, jurídicamente hablando, en particular desde el punto de vista constitucional? En adición a la resolución judicial, ¿no constituye sanción suficiente y, a la vez, mecanismo adecuado de protección del interés del acreedor, la posibilidad que tiene este de suspender, a su turno, la ejecución de las obligaciones a su cargo, de plantear la *exceptio non adimpleti contractus*? [...] la resolución por voluntad de una sola de las partes

⁴⁰⁴ Mantilla Espinosa, F. y Ternera Barrios, F., “La resolución de los contratos en el derecho colombiano”, cit., p. 63. Ello, habría de concatenarse a la concepción propia del Derecho canónico, según la cual, para tener por cumplida la condición sobreentendida, era menester acudir al Tribunal Eclesiástico. Cfr. *Supra* nota 82. Así mismo, es preciso recordar que “la resolución del contrato de prestaciones correlativas por incumplimiento se convirtió en una regla o principio universal por obra de los canonistas, al remitirse a la consideración de que *fragenti fidem non est fides servanda*, conforme a la cual 'el recurso al juez era una prenda de lealtad en la aplicación de dicha sanción', sí que también de la firmeza del compromiso y de cortapisa al abuso de la resolución por incumplimientos menores o intrascendentes”: Hinestrosa, F., *Tratado de las obligaciones II: de las fuentes de las obligaciones: el negocio jurídico vol. II*, cit., p. 851.

⁴⁰⁵ Hinestrosa, F., *Tratado de las obligaciones II: de las fuentes de las obligaciones: el negocio jurídico vol. II*, cit., p. 865.

presenta serios peligros para el deudor, en la medida en que su interés en el contrato queda, en cierto modo, a merced del acreedor”⁴⁰⁶.

Aunado a lo anterior, se ha enfatizado que la resolución declarada privadamente no es admisible porque sería tanto como “atribuirle al acreedor poderes para fallar su conflicto y olvidar que ante el hecho del no pago afirmado por él, de suyo discutible y rebatible, se concibe la irresponsabilidad del deudor por prueba de circunstancias exoneradoras”⁴⁰⁷.

En tercer lugar, existe una razón de carácter teleológico para fundamentar la necesidad de declarar judicialmente la resolución del negocio jurídico, la cual, toca con la finalidad misma del instituto contractual, pues, como lo sostuvo Claro Solar: “la ley subentiende en los contratos bilaterales la condición resolutoria de no cumplirse por una de las partes lo pactado, que no opera de pleno derecho, por el solo hecho de que una de las partes no lo cumpla, sino que debe ser declarada por sentencia judicial. Esta condición resolutoria pueden también convenirla las partes expresamente en el contrato, sin que cambien por esto sus efectos; y por consiguiente, es necesario que el contratante que ha cumplido el contrato por su parte elija entre el cumplimiento o la resolución y el contratante moroso conserva el derecho de cumplir la obligación hasta que se dicte la sentencia firme que resuelva el contrato. Estos derechos emanan del contrato mismo; y aunque se haya estipulado que la falta de cumplimiento resuelve el contrato ipso facto, no desaparecen, *porque ante todo los contratos se celebran para ser cumplidos*”⁴⁰⁸ (cursiva por fuera del texto original), de tal modo que, una resolución que se materialice mediante una declaración privada, se dice, desconocería la finalidad misma del contrato, esto es, ser cumplido, en la medida en que

⁴⁰⁶ Navia, F., “La terminación unilateral del contrato de derecho privado”, cit., p. 45 y 54. Así, Navia, a propósito de los mecanismos jurídicos disponibles en el ordenamiento jurídico colombiano respecto de la imposibilidad de obviar la declaración judicial de la resolución del negocio jurídico, puntualiza que “lo único que la ley le permite hacer ante tal eventualidad es suspender, ella misma, el cumplimiento de sus obligaciones, en aplicación de la *exceptio non adimpleti contractus*, consagrada por el artículo 1609 del Código Civil [...] el fin práctico que se persigue al afirmar la no necesidad de acudir al juez para dar por resuelto el contrato, y que no es otro que el de permitirle al acreedor tomar rápidamente decisiones respecto de la colocación de sus recursos en el mercado y aun el de buscar en otra parte la satisfacción de su interés, pierde peso, a nuestro modo de ver, frente a otros mecanismos con los que el ordenamiento provee a la adecuada tutela de sus derechos. Es el caso de la excepción de contrato no cumplido [...] Este mecanismo de defensa le permite al acreedor, mientras el juez declara la resolución, obtener los fines prácticos a los que, como ya se dijo, se acude para justificar, desde el punto de vista del análisis económico del derecho, la ineficacia automática del contrato”: *Ibidem*, p. 39, 45 y 46.

⁴⁰⁷ Hinestrosa, F., *Curso de obligaciones. Conferencias*, 2ª ed., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1960, p. 295. Cfr. Uribe Holguín, R., *De las obligaciones y del contrato en general*, Bogotá, Editorial Temis, 1982, p. 234.

⁴⁰⁸ Claro Solar, L., *Explicaciones de derecho civil y comparado*, Tomo X, Santiago de Chile, Imprenta Nacimiento, 1936, p. 215. Cfr. Meza Barros, R., *Manual de derecho civil. De las obligaciones*, 5ª ed., Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1974, p. 81; Ospina Fernández, G., *Teoría general de los actos o negocios jurídicos*, 2ª ed., Bogotá, Editorial Temis, 1983, p. 578; Alessandri Rodríguez, A., *Teoría de las obligaciones*, Santiago de Chile, Imprenta El Esfuerzo, 1983, p. 203.

desharía la seriedad y vinculatoriedad que debe revestir un contrato⁴⁰⁹.

Como corolario de lo anterior, se ha esgrimido un argumento relativo a la necesidad de mantener la coherencia y valores inmersos en el ordenamiento jurídico, para decir que, la resolución que, eventualmente, pudiese operar por medio de una declaración privada resultaría ser un comportamiento contrario al sistema, en particular, porque contrariaría un postulado basilar del mismo, en la medida en que la resolución declarada privadamente “implica que una de las partes se imparte justicia a sí misma. Ella, por sí y ante sí, decide si ha habido incumplimiento de la otra, y lo califica en cuanto a su gravedad. Si el deudor no está de acuerdo con la decisión de su acreedor, no tendrá más camino que demandarlo para que sus perjuicios le sean indemnizados. Pero pierde, sin haber sido oído previamente, el contrato y el beneficio que esperaba obtener de él”⁴¹⁰, de tal modo que “la justicia por mano propia desconocería la fuerza normativa y obligatoria del contrato”⁴¹¹.

Como puede observarse, se han erigido razones de considerable significación y peso para concluir que “aunque no haya una norma que expresamente señale que la resolución de los contratos deba ser declarada por un juez, toda la normatividad civil, referida a asuntos contractuales, da por sentado la obligación del acreedor [o, mejor, carga procesal] de demandar a su deudor en los estrados judiciales para que sea un juez el que declare la terminación de la relación”⁴¹².

61. LA EXCEPCIÓN A LA REGLA GENERAL

En la disciplina jurídica es inusual encontrar una situación en la que exista una respuesta unívoca y absoluta a un problema jurídico puntual, ya que, ineludiblemente, se encuentran matices o vicisitudes que relativizan y, en consecuencia, multiplican las respuestas posibles a una situación jurídica concreta. Lo mismo podría decirse del punto bajo estudio, porque si

⁴⁰⁹ Navia, F., “La terminación unilateral del contrato de derecho privado”, cit., p. 46.

⁴¹⁰ Ibídem, p. 45.

⁴¹¹ Rengifo, E., *Las facultades unilaterales en la contratación moderna*, cit., p. 122.

⁴¹² Navia Revollo, S., *La resolución por autoridad del acreedor*, Tesis de Grado, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007, p. 207. No debe obviarse el hecho de que los argumentos indicados han sido acogidos por el legislador, a lo menos en lo que toca con el contrato de compraventa, pues, como consta en el inciso primero del artículo 374 del Código General del Proceso, el legislador optó por llevar a concreción procesalmente los términos del artículo 1937 del Código Civil colombiano, ya que la norma procesal aludida, a propósito de los procesos declarativos con disposiciones especiales, prevé que “cuando en la demanda se solicite la resolución del contrato de compraventa en virtud de la estipulación consagrada en el artículo 1937 del Código Civil [se refiere al pacto comisorio calificado], el juez dictará sentencia que declare extinguida la obligación que dio origen al proceso, siempre que el demandado consigne el precio dentro del término señalado en dicho precepto [esto es, dentro de las veinticuatro horas siguientes a la notificación de la demanda]”. De conformidad con lo anterior, para contratos -distintos al de compraventa- en los que se hubiere estipulado una condición resolutoria expresa, deberá seguirse el trámite disciplinado por el Código General del Proceso para los procesos verbales (artículo 372 y 373) y verbales sumarios (artículos 390 y 391), según corresponda.

bien en el ordenamiento jurídico colombiano la regla general en lo tocante con la materialización de la resolución del negocio jurídico es que aquella materialización se surta por medio de una declaración pública, en particular, una declaración judicial, no puede soslayarse el hecho de que la resolución de ciertos negocios jurídicos se produce por medio de una declaración privada, puesto que “el mismo legislador la ha reconocido en ciertos eventos”⁴¹³. Pero antes de emprender el estudio concreto de dichos eventos, conviene poner de manifiesto las razones que han suscitado la aceptación, así sea limitada, de la declaración privada en materia de la materialización de la resolución del negocio jurídico.

Así, en primer lugar, el argumento primordial que se propone para fundamentar la posibilidad de declarar privadamente la resolución del negocio jurídico es el valor intrínseco de la autonomía privada, en el sentido de que, la sola proyección de la autonomía privada, en particular, la libertad contractual, permite fundamentar, con considerables reparos⁴¹⁴, la declaración privada de la resolución. En efecto, se ha dicho que “es lo que las partes han estipulado [...] que la resolución se produzca sin necesidad de requerimiento ni juicio alguno, ipso facto, inmediatamente por el solo incumplimiento, etc., y no se divisa qué razón puede haber para prescindir de la convención de los interesados”⁴¹⁵, premisa que, con vehemencia, ha conducido a algunos a afirmar que “la idea de judicializar el pacto comisorio calificado repugna a su esencia. La interpretación de su régimen debe estar

⁴¹³ Rengifo, E., *Las facultades unilaterales en la contratación moderna*, cit., p. 123.

⁴¹⁴ En efecto, en el ordenamiento jurídico colombiano se han formulado sendos reparos a la admisión de la declaración privada de la resolución, en razón a que “se ha discutido (en realidad todavía hoy se discute), si las normas que regulan el pacto comisorio, resolución convencional por falta de pago del precio en la compraventa [fundamentalmente, el artículo 1937 del Código Civil colombiano], son de carácter excepcional, solo aplicables a ese tipo específico de negocio jurídico y, por lo tanto, de imposible aplicación por analogía a otros contratos, o si por el contrario esas normas consagran un principio de carácter general, aplicable por lo tanto a todos los negocios bilaterales o sinalagmáticos, a saber: el de que la resolución convencional por incumplimiento no opera automáticamente por la simple realización de la hipótesis de terminación prevista en la respectiva cláusula contractual, sino que exige siempre de un pronunciamiento judicial [...] de acuerdo con esta postura -se refiere a la opinión de Luis Claro Solar sobre el particular-, podría afirmarse que lo único que reviste carácter excepcional en la disposición del artículo 1937 del Código Civil, es el plazo de 24 horas con que cuenta el comprador para paralizar la resolución, que corren a partir de la notificación de la demanda. Si se ha pactado resolución de pleno derecho en el evento de incumplimiento, no ya del comprador (o de este por incumplimiento de obligación distinta a la de pagar el precio) sino del vendedor; o si el pacto comisorio calificado (resolución ipso facto) es incluido en contrato diferente al de compraventa, siempre será necesario, para el acreedor cumplido, demandar la resolución y obtener sentencia que la declare, y hasta este momento el demandado podrá enervar la disolución del contrato, cumpliendo con las obligaciones a su cargo [...] el principio de la libertad contractual no permite, al menos en el estado de la legislación vigente, descartar la intervención previa del juez, prevista para la condición resolutoria tácita y para el pacto comisorio simple y calificado, es decir, para todas las hipótesis de resolución por incumplimiento. La justificación de este aserto no es otra que la prohibición de hacerse justicia a sí mismo, que es un principio de orden público”: Navia, F., “La terminación unilateral del contrato de derecho privado”, cit., p. 41, 42 y 52.

⁴¹⁵ Abeliuk Manasevich, R., *Las obligaciones*, 4ª ed., Tomo I, Bogotá, Editorial Temis, 2001, p. 481.

inspirada en la aplicación del efecto resolutorio”⁴¹⁶.

En segundo término, se ha formulado una razón práctica que, según se dice, procura mantener un recto sentido de justicia en la órbita negocial, en el sentido de que la carga procesal en cabeza del acreedor víctima del incumplimiento, relativa a tener que acudir al aparato jurisdiccional del Estado para desvincularse por vía de la resolución de un negocio jurídico, resulta ser una exigencia que “genera una carga más gravosa para el sujeto al que le fue incumplido el contrato porque este se ve en la necesidad de iniciar un proceso, con todo lo que esto implica, para liberarse definitivamente del vínculo jurídico con su contratante. Situación que, de hecho, hace del ejercicio de la institución de la resolución de los contratos algo complejo y poco eficiente”⁴¹⁷, de tal modo que “no es posible desconocer, sin embargo, el hecho del ritmo lento, a veces desesperante, de la administración de justicia, como tampoco el imperativo, reclamado por el comercio, de imprimirle velocidad al intercambio de bienes y servicios. Y, por supuesto, como consecuencia de lo anterior, la alta conveniencia de definir cuanto antes la situación jurídica, potencialmente litigiosa, del acreedor frente al incumplimiento de su deudor”⁴¹⁸.

En consonancia con lo anterior, se ha alegado que la resolución privada no supone un

⁴¹⁶ Pizarro Wilson, C., “Las cláusulas resolutorias en el derecho chileno”, en *Temas de contratos. Cuadernos de análisis jurídicos*, Colección Derecho Privado III, Ediciones Universidad Diego Portales, 2006, p. 252.

⁴¹⁷ Sanabria Gómez, A., “La resolución en el derecho colombiano”, en AA.VV. *La terminación del contrato*, Bogotá, Universidad del Rosario, 2007, p. 158. Otros, como Fueyo Laneri, ya habían notado la facilidad práctica que supondría la declaración privada de la resolución del negocio jurídico, al decir que: “se le llama resolución por autoridad del acreedor, como podría también llamarse mixta, porque a través de esta fórmula moderna, realista y eficaz, se dilucida la vieja opción ejercitada ante el juez, para seguirse generalmente un pleito largo, costoso y de resultado incierto [...] Esta forma de resolución fue ignorada por el Código Civil francés y por muchos que le siguieron, aunque -según se afirma- la doctrina y la jurisprudencia francesas han admitido en ciertos casos de excepción la ruptura del contrato sin intervención del juez”: Fueyo Laneri, F., *Cumplimiento e incumplimiento de las obligaciones*, 3ª ed., Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2004, p. 321 y 322. Adicionalmente, como réplica al argumento, según el cual, el ordenamiento jurídico dispone en favor de la parte cumplida o allanada a cumplir, como medida suficiente para lidiar con la premura del incumplimiento, la *exceptio non adimpleti contractus* podría decirse que, en realidad, es una medida insuficiente para solventar el diferendo, pues “es provisional [...] El acreedor de la obligación no ejecutada se sustrae momentáneamente a los efectos del contrato [...] un rechazo provisional de ejecución”: Atias, Ch., *Précis élémentaire de contentieux contractuel*, 2ª ed., Aix-en-Provence, Presses Universitaires d’Aix-en-Provence, 2003, p. 164.

⁴¹⁸ Navia, F., “La terminación unilateral del contrato de derecho privado”, cit., p. 49. Dicha realidad también es evidenciada por el maestro Hinestrosa al puntualizar que “la dinámica de la economía de mercado ha impuesto el diseño de cláusulas que agilicen y aceleren la solución, sin necesidad de proceso previo, dentro de requisitos y límites que prevengan abusos y estragos irremediables. En fin, es pertinente agregar que, excepcionalmente, delante de hechos de gravedad significativa, que imponen soluciones *in continente*, cuya atención no da tiempo para una decisión judicial, y que tampoco pueden ser objeto de una previsión y regulación singulares, el contratante puede proceder directamente, quedando abierta la posibilidad de una revisión de lo actuado a petición de la contraparte que demanda restitución del *statu quo ante* o resarcimiento”: Hinestrosa, F., *Tratado de las obligaciones II: de las fuentes de las obligaciones: el negocio jurídico vol. II*, cit., p. 851.

mecanismo para hacer justicia por mano propia, porque “la resolución privada, no queda exenta de la revisión judicial, en el sentido de que será el juez quien decida la legalidad de la desvinculación, *pero la demanda ya no será formulada por la parte cumplidora, sino por la incumplida. Es decir que la carga del inicio de la acción judicial se invierte y el juez pues tendrá un control ex post de legalidad y justeza*, es decir, después de la disolución unilateral por una de las partes”⁴¹⁹.

En tercer lugar, se ha aseverado que “si la condición resolutoria tácita es un elemento de la naturaleza del contrato, por definición las partes podrían, no solo descartarla en virtud de su acuerdo, sino alterarla”⁴²⁰, lo cual, permitiría someter su materialización a una declaración privada⁴²¹. En cuarto lugar, es preciso mencionar que también se ha sostenido que la declaración privada de la resolución del negocio jurídico no contraría la vinculatoriedad y seriedad que debe revestir el negocio jurídico, porque, según lo afirma esta postura, podría pensarse que la declaración privada de la resolución es, en esencia, una sanción estipulada por las partes para reprender el incumplimiento del negocio, lo cual, de suyo, es una concreción de la fuerza obligatoria del negocio⁴²².

Las razones indicadas con anterioridad se explican, coyunturalmente, por la irrupción en el mundo negocial del unilateralismo⁴²³ y un fenómeno de *deregulation*⁴²⁴, lo cual, ha

⁴¹⁹ Rengifo, E., *Las facultades unilaterales en la contratación moderna*, cit., p. 122. Otras bondades que se han resaltado de la declaración privada de la resolución del negocio jurídico es que “permitiría al acreedor evitar perjuicios y al mismo tiempo establecer relaciones contractuales con terceros para satisfacer su interés”: Pizarro Wilson, C., “La ruptura unilateral del contrato”, en AA.VV. *La terminación del contrato*, Bogotá, Universidad del Rosario, 2007, p. 424.

⁴²⁰ Navia, F., “La terminación unilateral del contrato de derecho privado”, cit., p. 53.

⁴²¹ La crítica que se ha alzado sobre el particular es que “si los elementos de la naturaleza del contrato son las cosas que, 'no siendo esenciales en él, se entienden pertenecerle, sin necesidad de una cláusula especial' (art. 1501 del Código Civil), en efecto nada se opone a que las partes los excluyan, no así a que los modifiquen, al menos si tal modificación repercute, como parece ser el caso aquí, en lo que constituye la esencia misma de la obligación civil, a saber: la posibilidad del acreedor de exigir judicialmente su cumplimiento. No hay obligación civil sin acción judicial (art. 1527 del Código Civil) y el pacto resolutorio automático, inevitablemente, la dejaría sin ella, al hacer desaparecer la posibilidad de una ejecución forzada de la obligación. La contrarréplica [...] es que de acuerdo con el artículo 1544 del Código Civil, el acreedor podría renunciar a la condición resolutoria y, por lo tanto, exigir el cumplimiento de la obligación [...] La fuerza de este contraargumento tampoco nos parece decisiva, porque la norma se refiere al hecho de que la obligación sometida a una condición resolutoria debe ejecutarse desde un principio como si fuera pura y simple, es decir, que el supuesto de hecho consiste en que la obligación se cumplió y por ello, precisamente, hay lugar a la restitución. Lo que evidentemente no sucede en la figura que nos ocupa, en la que el punto de partida, la situación de base, es exactamente la opuesta: la obligación no se ejecutó, hubo incumplimiento del deudor”: Ibídem, p. 53 y 54.

⁴²² Pizarro Wilson, C., “Las cláusulas resolutorias en el derecho chileno”, cit., p. 248.

⁴²³ Por ello se pretende significar que “la tendencia es la de darle paso al unilateralismo, esto es, a reconocerle al acreedor el poder para ponerle fin a la relación contractual, con o sin convenio a propósito, pero atemperada esa facultad por el principio de solidaridad, que no es otra cosa que la lealtad y corrección con que el acreedor debe actuar respecto de su deudor”: Navia, F., “La terminación unilateral del contrato de derecho privado”, cit., p. 49.

suscitado un escenario en donde “la actual praxis contractual está impregnada de facultades unilaterales a favor de uno de los sujetos contractuales; o mejor, el contrato va desenvolviéndose hacia una realidad que ya no corresponde con la concepción tradicional en la medida en que existe una progresiva aceptación de los poderes unilaterales en el contrato”⁴²⁵, y ello es así, porque “en términos de política jurídica, la resolución unilateral parte simplemente del principio de que atendiendo a los intereses del acreedor y facilitando la destrucción de los contratos se asegura una mayor eficacia económica general, a la vez que exhorta al deudor a una ejecución escrupulosa”⁴²⁶.

Sin perjuicio de lo anterior, debe hacerse énfasis en que, aun cuando la resolución del negocio jurídico se materialice por medio de una declaración privada, no se trata de una resolución que esté absolutamente abstraída del juez, pues, su intervención, aunque eventual, es importante, porque se activará para corregir el ejercicio abusivo de la resolución privada, lo cual, implicará un análisis *ex post* de la proporcionalidad de la sanción impuesta por el acreedor y, simultáneamente, de la gravedad del incumplimiento endilgable al deudor⁴²⁷.

En fin, en el ordenamiento jurídico colombiano, a nivel jurisprudencial, los pronunciamientos hechos en aras de prohiar o rebatir la posibilidad de declarar privadamente la resolución del negocio jurídico han sido escasos, pero denotan la tendencia

⁴²⁴ “Que se materializa en una fuerte y a menudo radical reducción de las normas que se refieren a la actividad económica. Pero *deregulation* no significa menos derecho: quiere decir menos derecho 'estatal', en beneficio de una amplia potestad normativa de los particulares y, en consecuencia, reducción (si no deterioro) del recurso a la ley”: Rodotà, S., “¿Cuál derecho para el nuevo mundo?”, trad. Emilssen González de Cancino, en *Revista de Derecho Privado*, n.º 9, Universidad Externado de Colombia, 2005, p. 8.

⁴²⁵ Rengifo, E., *Las facultades unilaterales en la contratación moderna*, cit., p. 1 y 2. Las codificaciones modernas se orientan hacia la admisión de la declaración privada de la resolución del negocio jurídico, así, por ejemplo, algunas legislaciones y proyectos de armonización le conceden la facultad en comento a la parte cumplida, como los § 323 y 324 del BGB; el artículo 7.3.1 de los Principios Unidroit; el artículo 1454 del Código Civil italiano; los artículos 1372, 1428 y 1429 del Código Civil peruano; el artículo 474 del Código Civil Brasileño; el § 918 del Código Civil austríaco y los artículos 106 y 107 del Código suizo de obligaciones. A propósito del ordenamiento jurídico francés, vale la pena anotar que “la jurisprudencia se muestra particularmente rigurosa cuando de poner en práctica la cláusula respectiva se trata [se refiere a la declaración privada de la condición resolutoria expresa] En primer término se exige absoluta precisión en su redacción, en el sentido de que ella no puede apuntar al incumplimiento por parte del deudor de cualquier de las obligaciones a su cargo. La cláusula debe referirse concretamente al incumplimiento de una o varias de las estipulaciones expresas del contrato [...] En segundo lugar, se hace un control estricto de la constitución en mora del deudor, tanto más en los casos que la ley exige un requerimiento especial. En fin, los jueces ejercen un control estricto de la buena fe del acreedor [...] Buena fe que debe ser entendida no solo en su manifestación pasiva de no abstenerse de ejecutar las propias obligaciones, sino en forma activa, lo que implica para el acreedor haber cooperado con el deudor en el cumplimiento de las obligaciones a cargo de este”: Navia, F., “La terminación unilateral del contrato de derecho privado”, cit., p. 56, 57 y 58.

⁴²⁶ Genicon, T., *La résolution du contrat pour inexécution*, cit., p. 775, citado (y traducido) por Hinestrosa, F., *Tratado de las obligaciones II: de las fuentes de las obligaciones: el negocio jurídico vol. II*, cit., p. 962.

⁴²⁷ Mazeaud, D., “Le nouvel ordre contractuel”, en *Revue des Contrats*, n.º 1, París, 2003, p. 318.

a admitir la posibilidad de declarar privadamente la resolución del negocio jurídico⁴²⁸. Sin

⁴²⁸ Cas. 31 de mayo de 1892, VII, p. 243, en donde la Sala de Casación Civil admitió la eficacia de la declaración privada de la resolución del negocio jurídico al indicar que “la condición resolutoria estipulada expresamente por los contratantes resuelve de pleno derecho el contrato [o, mejor, mediante declaración privada. Cfr. *Supra* subtítulo 44] sin que se requiera declaración judicial. El artículo 1546 del C.C. se refiere a la condición resolutoria tácita, es decir a la que envuelve todo contrato bilateral, y no a la expresa, o sea a la que libremente hayan estipulado las partes”. En otra oportunidad, más reciente, la misma Corporación sostuvo que “la condición resolutoria resuelve el contrato y, en línea de principio requiere declaración judicial. Empero, en las ‘cláusulas resolutorias expresas’ y de terminación unilateral del contrato por motivos distintos al pacto comisorio calificado, cuyas causas también pueden ser diversas al incumplimiento, la ley o las partes, pueden prever la terminación ipso jure sin necesidad de declaración judicial ex ante. En esta eventualidad, la condición resolutoria expresa se pacta como un derecho para resolver o terminar el contrato por acto de parte interesada, autónomo, independiente y potestativo, porque podrá ejercerlo o abstenerse de hacerlo. ***De por sí, función primordial de estas estipulaciones, es terminar el contrato por declaración unilateral de una parte, ya por incumplimiento, ora conveniencia, oportunidad u otras razones legítimas, bien por las causas disciplinadas en la ley o el contrato [...]*** La cláusula resolutoria expresa por la cual se estipula la terminación unilateral ipso jure del contrato, es elemento accidental (*accidentalia negotii*), presupone pacto expreso, claro e inequívoco de las partes, y en principio, se estima ajustado a derecho, válido y lícito [...] pero susceptible de control judicial posterior, en su origen, contenido y ejercicio. ***La eficacia de las cláusulas resolutorias expresas por incumplimiento, exige acatar íntegros los presupuestos genéricos de validez, la indicación particular, clara y precisa de la obligación u obligaciones cuya inobservancia relevante, total o parcial [...] faculta a una o a ambas partes la terminación unilateral del contrato. No obsta mención o referencia abstracta, global, genérica o en bloque.*** Menester, singularizar, precisar, especificar, concretar e individualizar en forma clara y expresa, la obligación, sea legal o contractual, ya principal o accesoria, como corresponde a lo expreso y a la trascendencia del incumplimiento. Igualmente, para preservar la simetría, paridad o equilibrio objetivo de las partes, la buena fe, lealtad y evitar abusos, la eficacia de estas cláusulas se subordina a la reciprocidad de la facultad para ambas partes o, estipulada para una, a un preaviso razonable de quien la ejerce dando a conocer a la otra el incumplimiento preciso, su derecho a subsanarlo antes de vencer el término y la terminación al expirar cuando no rectifica su conducta según corresponde a la probidad o corrección exigible, el principio de la conservación del acto, su utilidad y la gravedad de aquél. Desde esta perspectiva, la terminación por cláusula resolutoria expresa por incumplimiento obligacional, no implica derecho alguno a tomar justicia por mano propia, ni deroga la jurisdicción. *Prima facie* la terminación unilateral por cláusula resolutoria expresa, está reservada estrictamente a la parte cumplida o presta a cumplir, pues repugna a claros dictados éticos que, la incumplida o renuente al cumplimiento, pretenda favorecerse con su propio incumplimiento. De igual manera, su ejercicio presupone un incumplimiento cierto, ostensible, evidente e incontestable de las obligaciones individualizadas, no de otras, y de tal gravedad, magnitud, relevancia, significación o importancia, por cuanto no cualquier inobservancia de los deberes de conducta justifica la resolución. Tampoco esta facultad, y ninguna otra en general, podrá ejercerse en forma contraria a la buena fe o con abuso del derecho. Asimismo, la eficacia y el ejercicio de esta prerrogativa, es controlable por los jueces, sin excluir el derecho fundamental de acceso a la administración de justicia para definir toda disputa, diferencia o controversia a propósito [...] La terminación unilateral del contrato por cláusula resolutoria expresa, estructura declaración dispositiva recepticia, análoga al preaviso para terminar los contratos de duración indefinida o enervar las prórrogas automáticas pactadas en los de duración definida, por cuanto debe comunicarse a la otra parte, quien podrá protestar la causa invocada, el ejercicio abusivo o contrario a los dictados de la buena fe por infundada, intempestiva o ilegítima, e incluso su improcedencia por la tolerancia, purga o condonación, o también reconocer la falta [...] No obstante, existiendo disputa, las partes pueden acudir a la jurisdicción, lo que descarta tomar justicia por mano propia [nótese en esta Sentencia el uso indistinto de los vocablos “resolución” y “terminación” o “terminación unilateral del contrato por cláusula resolutoria expresa”, lo cual, entraña, en alguna medida, cierta confusión, pues, como es bien sabido, la resolución y la terminación son formas de ineficacia negocial similares, pero con una diferencia total: la terminación no produce un efecto retroactivo de supresión de lo ejecutado con ocasión del negocio, sea por imposibilidad u otra causa, mientras que la resolución sí produce dicho efecto]” (negrilla y cursiva por

embargo, dada la volatilidad de las posiciones jurisprudenciales o, mejor, el potencial cambio intempestivo de ellas, es necesario referir algunas de las hipótesis en que el legislador colombiano ha plasmado su permisión para declarar privadamente la resolución o, incluso, la terminación del negocio jurídico.

62. EL CONTRATO DE SEGURO (ARTÍCULO 1068 DEL CÓDIGO DE COMERCIO COLOMBIANO)

El artículo 1068 del Código de Comercio colombiano prevé “la terminación automática del vínculo cuando exista mora en el pago de la prima de la póliza”⁴²⁹. Efectivamente, dicha disposición -modificada por el artículo 82 de la Ley 45 de 1990- establece que “*la mora en el pago de la prima de la póliza o de los certificados o anexos que se expidan con fundamento en ella, producirá la terminación automática del contrato y dará derecho al asegurador para exigir el pago de la prima devengada y de los gastos causados con ocasión de la expedición del contrato*. Lo dispuesto en el inciso anterior deberá consignarse por parte del asegurador en la carátula de la póliza, en caracteres destacados. Lo dispuesto en este artículo no podrá ser modificado por las partes” (cursiva por fuera del texto original).

Esta norma jurídica ha sido entendida por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia partiendo del presupuesto de que “en tratándose de contrato de seguro, una de las obligaciones del tomador es pagar la prima, lo que deberá hacer '*dentro del mes siguiente contado a partir de la fecha de la entrega de la póliza o, si fuere el caso, de los certificados o anexos que se expidan con fundamento en ella*', salvo estipulación '*legal o contractual en contrario*' (artículo 1066 del Código de Comercio, modificado por el 81 de la Ley 45 de 1990)”⁴³⁰ (cursiva dentro del texto original) .

Seguidamente, dicha Corporación alegó que en virtud de la modificación introducida por el artículo 82 de la Ley 45 de 1990 se estableció que “la terminación del contrato se diera automáticamente, esto es, sin que fuera necesario, en primer lugar, un acto de voluntad del asegurador y, en segundo término, el enteramiento del tomador. Con otras palabras, después de la comentada reforma, la sola mora en el pago de la prima, en sí misma considerada, constituye la condición percutora de la terminación contractual [...] se colige, que acaecida la mora en el pago de la prima, absoluta o parcial, el contrato de seguro, entendido como un todo, termina automáticamente y deja por ende, desde ese mismo

fuera del texto original); Cas. 30 de agosto de 2011, n.º rad. 11001-3103-012-1999-01957-01, p. 48 a 51. Cfr. Cas. 3 de septiembre de 1941, LII, 1966, p. 36 y ss; cas. 23 de febrero de 1961, XCIV, p. 549; Laudo Arbitral del 19 de agosto de 2005, dictado dentro del proceso arbitral de Terpel de la Sabana S.A. vs. Tethys Petroleum Company Ltd. y Meta Petroleum Ltd., árbitros Fernando Hinestrosa, Carlos Lleras de la Fuente y Felipe Navia Arroyo.

⁴²⁹ Rengifo, E., *Las facultades unilaterales en la contratación moderna*, cit., p. 123.

⁴³⁰ Cas. 7 de octubre de 2015, n.º rad. 05001-31-03-012-2006-00426-01, p. 13.

momento, el de la mora, de producir los efectos que le son propios y que con su celebración buscaron para sí las partes”⁴³¹.

La Corte Constitucional, con ocasión de una demanda de inconstitucionalidad que se fraguó en contra del artículo 82 de la Ley 45 de 1990, tuvo la oportunidad de apuntalar la razón jurídica que justifica la aniquilación del contrato de seguro sin necesidad de declaración judicial, pues, según dijo, “dentro del abanico de obligaciones a cargo del tomador en el contrato de seguro, se ha señalado la del pago de la prima, como elemento esencial del contrato y como obligación principal de aquél como parte contratante”⁴³², a partir de lo cual podría colegirse que la consecuencia jurídica establecida por el legislador de cara a la mora en el pago de la prima de la póliza o de los certificados o anexos que se expidan con fundamento en ella, se justifica por la gravedad de dicho retraso culpable, en cuanto dicha obligación toca con la esencia misma del tipo contractual en comento. Adicionalmente, la Corte Constitucional sustentó la exequibilidad y existencia de la disposición en cuestión arguyendo que, aquella, resultaba respetuosa del principio de buena fe⁴³³ y de los principios

⁴³¹ Ibídem, p. 14, 15 y 16.

⁴³² Sentencia de Constitucionalidad 269 del 28 de abril de 1999, p. 17. Según consta en la exposición de motivos para la modificación del artículo 1068 del Código de Comercio colombiano, la intención del Gobierno Nacional de turno era “promover un mayor grado de desarrollo del mercado financiero y de la actividad aseguradora”: Anales del Congreso, n.º 85 del 9 de octubre de 1990, p. 9. La razón práctica que suscitó la inclusión de la fulminación automática del contrato de seguro por mora en el pago de la prima fue “corregir distorsiones que también existen en el mercado en cuanto los tomadores no siempre sufragaban en forma oportuna el pago de las primas, lo cual tiene incidencia para garantizar que las compañías puedan cumplir con sus obligaciones, porque justamente los pagos de las compañías se nutren con los recaudos que efectúan sus tomadores. Quien no esté al día en el pago de sus seguros no estará amparado, pues el contrato se termina automáticamente. La iniciativa exige a las compañías notificar tal circunstancia al tomador o al asegurado, con el propósito de que tenga cabal certeza de su falta de amparo, por el acaecimiento de esta causal legal. No obstante, considero oportuno sustituir esta última formalidad por la advertencia destacada en la carátula de la póliza, que recuerde a los tomadores la consecuencia de su mora en el pago de la prima”: Ponencia para primer debate en la Comisión Tercera Constitucional Permanente de la Cámara de Representantes, publicada en los Anales del Congreso, n.º 107 del 31 de octubre de 1990, p. 12. Cfr. Ordóñez Ordóñez, A., “El artículo 82 de la Ley 45 de 1990 reformativo del artículo 1068 del Código de Comercio”, en *Revista e-mercatoria*, vol. 10, n.º 1, Universidad Externado de Colombia, 2011, disponible en: <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/emercar/article/view/2906> [consultado el 1º de julio de 2018], p. 2 y ss.

⁴³³ En efecto, alegó que “la decisión del legislador en esa dirección se genera más allá de lo habitual, reflejando el hecho de que, tanto para la celebración como para la ejecución de un contrato de seguros, se requiere de la debida receptividad al principio de la buena fe en una exigencia mayor a la ordinariamente exigida tanto para el asegurador como para el tomador, en la connotación doctrinal de *'uberrimae bonae fidei contractus'* [...] La falta de compromiso del tomador en la realización de su obligación principal produce el rompimiento de ese principio de la buena fe; por lo tanto, es indispensable que las partes reunidas en un contrato de esta índole desplieguen una actividad con lealtad para su ejecución, gobernada por la diligencia y el cuidado necesarios, ya que todo acto contrario a la misma, como sería la constitución en mora por el tomador, agrede la confianza del asegurador en el desarrollo del contrato y frente a los riesgos que éste ha asumido, imposibilitando el cumplimiento simultáneo de las obligaciones mutua y recíprocamente contraídas. La razonabilidad de tal medida es indudable para la Corte, ya que no puede olvidarse que la terminación del contrato proviene de una actuación imputable al tomador, totalmente desleal frente a lo pactado y por un

de “diligencia, equilibrio e igualdad contractuales”⁴³⁴.

Desde la óptica de la doctrina nacional⁴³⁵, debe traerse a cuento el hecho de que la terminación automática disciplinada por el artículo 1068 del Código de Comercio colombiano ha sido caracterizada como una forma de resolución por incumplimiento del contrato de seguro, principalmente, por la alusión al retardo culpable al que hace referencia la norma; así, por ejemplo, Rengifo García arguye que “pese a la reticencia en la aceptación de la resolución unilateral por incumplimiento es conveniente mencionar que el mismo legislador la ha reconocido en ciertos eventos. En el contrato de seguro, el artículo 1068 del Código de Comercio prevé la terminación automática del vínculo cuando exista mora en el pago de la prima de la póliza”⁴³⁶; posición que también es suscrita por Pizarro Wilson⁴³⁷ y

hecho que ha podido evitar de haber actuado con buena intención y de conformidad con lo convenido, arriesgando de esta manera la finalidad buscada con la celebración del contrato”: Sentencia de Constitucionalidad 269 del 28 de abril de 1999, p. 22.

⁴³⁴ Ibidem. Particularmente, afirmó que “la diligencia apropiada para la actividad contractual, va ligada necesariamente al cumplimiento de las obligaciones de buena fe y en la disposición demandada, toda vez que no se hace otra cosa que exigirle al tomador que actúe de conformidad con el postulado de la diligencia [...] De igual modo, la mora en el pago de la prima puede suscitar un desequilibrio en el contrato, en razón a que, como lo establece la legislación comercial, el momento a partir del cual el asegurador asume los riesgos que se pretenden asegurar y el momento del pago de la prima, no coinciden. Así pues, el asegurador asume los riesgos asegurados a partir de la hora veinticuatro del día en que se perfeccione el contrato, en caso de defecto de estipulación contractual o de norma legal en contrario (C.Co., art. 1057) o sea del momento en que las partes se pongan de acuerdo en los elementos esenciales del contrato, por ser eminentemente consensual; en tanto que la prima, sólo deber ser cancelada por el tomador, salvo disposición legal o contractual en contrario, a más tardar dentro del 'mes siguiente contado a partir de la fecha de la entrega de la póliza o, si fuere el caso, de los certificados o anexos que se expidan con fundamento en ella' (C.Co., art. 1066). Como es claro, el asegurador asume el riesgo aún antes de obtener el pago de la contraprestación a la cual tiene derecho y por la cual se obliga; de ahí que, el legislador haya otorgado un plazo cierto al tomador para cumplir con la citada obligación y en caso de incumplimiento la posibilidad de la terminación automática del contrato, a fin de garantizar un mecanismo de equilibrio contractual y de protección a la parte aseguradora, por la asunción anticipada de los riesgos. De no ser así, la carga onerosa para el asegurador sin reciprocidad alguna, sería injustamente mayor, lo que consecuentemente constituye una protección a su derecho a la igualdad de las partes ante la ley, igualdad que en forma equivocada se ha invocado por la demandante para intentar demostrar la inconstitucionalidad de la norma acusada”: Ibidem, p. 23.

⁴³⁵ La utilización del vocablo “mora”, a fin de evitar interpretaciones infortunadas, debería ser entendido como “un concepto jurídico, que presupone el retardo, pero que puede incluir o no el requisito del requerimiento o intimación de parte del acreedor. El retardo es la primera manifestación de incumplimiento en las obligaciones positivas; es una *species* del incumplimiento, que eventualmente será apenas transitorio, o se muestra desde un principio como incumplimiento definitivo, o puede desembocar luego en él [...] El incumplimiento de la obligación consistente en el retardo en la ejecución de la prestación positiva debida, imputable al deudor, configura, en sentido técnico, hipótesis de mora del deudor (*mora solvendi o debitoris*)”: Hinestrosa, F., *Tratado de las obligaciones. Concepto, Estructura, Vicisitudes*, 3ª ed., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007, p. 606.

⁴³⁶ Rengifo, E., *Las facultades unilaterales en la contratación moderna*, cit., p. 123.

⁴³⁷ Pizarro Wilson, C., *Las cláusulas resolutorias en el derecho civil chileno*, en *La terminación del contrato*, dir. Por Gaitán J. y Mantilla, F., Bogotá, Universidad del Rosario, 2007, p. 399.

por Navia Revollo⁴³⁸.

En fin, en lo que respecta a este escrito, el artículo 1068 del Código de Comercio colombiano, amerita, al menos, dos consideraciones: en primer lugar, prescribe una “*terminación* automática del contrato”, lo cual, se estima, debe ser entendido bajo la consideración de que, por “*terminación*”, el legislador quiso significar la aniquilación del contrato por causa de la resolución del mismo, pero con prescindencia de una destrucción retroactiva de lo ya ejecutado, fundamentalmente, porque “una cosa es la *terminación*, llamada ‘resciliación’ por los franceses, y otra es la resolución por incumplimiento”⁴³⁹; en segundo lugar, respecto de la alusión a una “*terminación automática* del contrato”, debe insistirse en que una aplicación “automática” de cualquier forma de ineficacia negocial no es factible y, a decir verdad, acompasa una inexactitud, porque siempre será necesaria una declaración que dé a conocer la aniquilación del contrato, porque, de no ser así, la determinación del legislador no sería materializada, sino que quedaría relegada a la mente del operador jurídico, de tal modo que la connotación del adjetivo “automáticamente”, en este caso, se refiere a que la declaración de la resolución del contrato de seguro no devendrá de una autoridad pública, en particular de un juez, sino que provendrá, primeramente⁴⁴⁰, del asegurador y, sólo ante un conflicto, podría inmiscuirse el juez a fin

⁴³⁸ Navia Revollo, S., *La resolución por autoridad del acreedor*, cit., p. 206.

⁴³⁹ Rengifo, E., *Las facultades unilaterales en la contratación moderna*, cit., p. 120. Sobre el particular, es verdad averiguada que “es lugar común la distinción entre *terminación* y *resolución*. Se habla de la primera cuando cesan los efectos hacia futuro (*ex nunc*) de un contrato de ejecución periódica o sucesiva, es decir, que hay ‘una incolumidad de los hechos cumplidos’ y de la segunda cuando el contrato además queda retroactivamente anulado (*ex tunc*)”: *Ibidem*, p. 104. Sin embargo, debe insistirse en que la retroactividad es una consecuencia posible, pero no indefectible de la resolución, de ahí que la disposición en cuestión utilice la voz “*terminación*”.

⁴⁴⁰ Se dice, primeramente, porque ¿qué pasaría si, acaecido el supuesto de hecho reglado por el artículo 1068 del Código de Comercio colombiano, ninguna de las partes del contrato de seguro le pone de presente a su contraparte, así sea tácitamente, la resolución del negocio jurídico, sino que, en cambio, continúan la ejecución de dicho contrato?, es decir, ¿qué aproximación jurídica amerita una situación en la que, cumplido el supuesto de hecho de la norma en cuestión, el asegurador recibe del tomador el pago de la prima? Esta inquietud ha sido resuelta por algunos en los siguientes términos: “Otro de los problemas de interpretación y fuente de conflictos que trae la redacción actual del artículo 1068 del C. de Co. proviene de la circunstancia de que no se define el efecto que puede eventualmente tener el pago tardío de la prima en mora y su recibo por parte del asegurador, algo que resulta de común ocurrencia en la práctica. Se diría que el hecho de que la ley prevea un efecto inmediato de *terminación* no permite, en modo alguno, que el recibo tardío de la prima por el asegurador por muy voluntario y consciente que sea puede revivir el contrato de seguro, no obstante en Colombia la severidad con la que los jueces suelen juzgar la conducta de las compañías de seguros puede generar dudas al respecto, con el agravante de que en este caso, no existiendo la solución temporal de la suspensión de la cobertura, ese revivir del contrato puede entenderse con carácter retroactivo y, consecencialmente, extender sus efectos respecto de siniestros ocurridos con anterioridad al pago de la prima. Esto no debe extrañar. De hecho en la experiencia jurisprudencial extranjera, por ejemplo en Francia, se hace referencia a antecedentes que concluyeron [sic] en reconocer la posibilidad de deducir de la conducta del asegurador una renuncia no solo al efecto de suspensión de la cobertura sino al efecto de una resciliación [o, mejor, *terminación*] ya comunicada al asegurado. Podría considerarse que el recibo de la prima por parte del asegurador en estas condiciones restablece la vigencia [eficacia] del contrato de seguro [...] Dado que a

de atestar la “terminación automática”, de tal suerte que, en atención a la redacción de la norma, no cabe duda respecto del carácter residual y eventual de la declaración judicial.

63. EL CONTRATO DE SUMINISTRO (ARTÍCULO 973 DEL CÓDIGO DE COMERCIO COLOMBIANO)

La disposición del artículo 973 del Código de Comercio colombiano, a propósito de la disciplina del contrato de suministro, señala que “*el incumplimiento de una de las partes relativo a alguna de las prestaciones, conferirá derecho a la otra para dar por terminado el contrato, cuando ese incumplimiento le haya ocasionado perjuicios graves o tenga cierta importancia, capaz por sí solo de mermar la confianza de esa parte en la exactitud de la otra para hacer los suministros sucesivos*”. En ningún caso el que efectúa el suministro podrá poner fin al mismo, sin dar aviso al consumidor como se prevé en el artículo precedente. Lo dispuesto en este artículo no priva al contratante perjudicado por incumplimiento del otro de su derecho a pedir la indemnización de perjuicios a justa tasación” (cursiva por fuera del texto original).

La redacción de la norma precitada ha suscitado la discusión de si allí existe una hipótesis en la que la materialización de la resolución o, mejor, terminación del negocio se da con prescindencia de una declaración judicial, esto es, con una declaración privada; o, por el contrario, si la materialización de la terminación dictada por la norma jurídica debe surtirse, inexorablemente, por declaración judicial. En efecto, algunos han afirmado que “podrá pensarse que la terminación del contrato de suministro que prevé el artículo 973, es extrajudicial [...] y que, por tanto, no requiere declaración judicial en tal sentido. Pero creemos que no. La terminación, de que trata el artículo 973 es siempre judicial, porque, como es sabido, en nuestra organización de derecho privado, el mecanismo de aniquilamiento de un contrato por incumplimiento, descansa, fundamentalmente, en la movilización del aparato jurisdiccional en procura de ese cometido. Con mayor razón cuando las circunstancias, que destaca dicho precepto, son de una evidente complejidad y hasta subjetividad en su calificación, que no podría dejarse al arbitrio, motu proprio, de uno de los contratantes, el rompimiento del contrato con un simple aviso, en tratándose del proveedor el que pretenda darlo por terminado”⁴⁴¹.

Otros, como Molina Morales, evocan la redacción de la norma, para abogar por la declaración privada de la terminación del contrato de suministro, puesto que “la norma es

partir de la Ley 45 de 1990 el contrato termina automáticamente por el solo hecho de la mora, no creemos que el pago de la misma, recibido por la aseguradora mecánicamente a través de cualquiera de sus oficinas y por cualquier funcionario suyo o por el intermediario, pueda considerarse que purga la mora y, en consecuencia, hace desaparecer el efecto de la terminación del contrato”: Ordóñez Ordóñez, A., “El artículo 82 de la Ley 45 de 1990 reformativo del artículo 1068 del Código de Comercio”, cit., p. 9 y 10.

⁴⁴¹ Bonivento Fernández, J., *Los principales contratos civiles y mercantiles*, t. II., 3ª ed., Bogotá, Librería del Profesional, 1995, p. 167.

clara y no puede el intérprete desconocer su alcance basado en un dogma [se refiere a la regla general, según la cual, en Colombia, la resolución se declara judicialmente]. Cuando el legislador utiliza la expresión 'dar por terminado' en lugar de la tradicional y ambigua 'pedir', está consagrando una facultad de ruptura unilateral. Según la denominada regla de la no redundancia, en la interpretación de una norma debe excluirse, entre otros, el significado que corresponda a un enunciado más general que la misma. Esa norma general es el artículo 870 del Código de Comercio, que enuncia la condición resolutoria tácita para todos los contratos comerciales, pero, claro está, sin perjuicio de lo que disponga la ley para casos particulares, como el del suministro. Tan cierto es que el artículo 973 concede una facultad unilateral de terminación, que su último inciso, coherente con el primero, aclara que lo dispuesto en ese artículo no priva al perjudicado del derecho de pedir la indemnización de perjuicios. La facultad es útil puesto que la parte afectada por el incumplimiento puede dar por terminado el contrato, liberarse de sus obligaciones, reorganizarse y posteriormente, cuando lo estime conveniente u oportuno, acudir al juez para reclamar perjuicios”⁴⁴².

Para el propósito de este escrito, es del caso alinearse con la tesis que afirma la posibilidad de declarar privadamente la terminación del contrato de suministro en la hipótesis prevista por el artículo 973 del Código de Comercio colombiano, fundamentalmente, porque, además de las razones que han hecho carrera en el ordenamiento jurídico colombiano para admitir la eficacia de la declaración privada de la resolución del negocio jurídico⁴⁴³, tiene razón Molina Morales al afirmar que la redacción del artículo en cuestión no admite mayores elucubraciones en pro de mantener la regla general de la resolución declarada judicialmente, pues, como ocurre respecto de toda regla general, las excepciones son una eventualidad necesaria para atemperar absolutismos que no tienen cabida dentro de los múltiples y diversos matices connaturales a la disciplina jurídica, de tal modo que sería irrazonable dar un alcance absoluto a una regla que demanda una lectura acorde, no sólo con el sentido natural de su redacción, sino con las necesidades prácticas que la figura negocial en cuestión pretende colmar, en la medida en que, dicha redacción -y, en realidad, la regulación que el legislador le dispensó al contrato de suministro- respondió al “deseo de los comerciantes de hallar satisfacción rápida, segura y económica a sus necesidades y de encontrar una adecuada regulación a las relaciones que indefectiblemente se producen entre aquellos que participan en el proceso de producción”⁴⁴⁴ o, lo que es lo mismo, respondió a

⁴⁴² Molina Morales, R., “La terminación unilateral del contrato por incumplimiento”, en *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, n.º 17, 2009, p. 83. Valga decir que esta posición no es insular, sino que también es compartida por otros autores, como Mantilla Espinosa y Camacho-Ternera, Cfr. Mantilla Espinosa, F., *La terminación del contrato*, dir. Por Gaitán J. y Mantilla, F., cit., p. 136; Camacho, A. y Ternera, F., “La terminación extraordinaria del contrato: muertes especiales de las convenciones”, en *Revista de Derecho*, Universidad del Norte, n.º 40, 2013, p. 42.

⁴⁴³ *Supra* subtítulo 61 sobre la excepción a la regla general y nota 428.

⁴⁴⁴ Sanín Bernal, I., “El suministro: un contrato, y también una realidad comercial”, en *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, Universidad Pontificia Bolivariana, n.º 93, 1993, p. 62.

la necesidad de procurar una continuidad razonable de la confianza entre las partes del contrato -por ello, no extraña que la norma aluda a un agravio en la confianza-, carácter común a la mayoría de los contratos de ejecución sucesiva, y también se sustentó en el interés de generar una colocación eficiente de los recursos de los comerciantes, esto es, la “necesidad del comprador recurrente (consumidor) de garantizarse el abastecimiento de las materias o los productos que requiere para su actividad comercial o industrial o de servicios; y la seguridad recíproca del vendedor repetitivo (proveedor) de consolidar su demanda de bienes o productos, de estabilizar su clientela y sus despachos, y de establecer anticipadamente un criterio sobre el precio del suministro”⁴⁴⁵.

Consecuentemente, se estima necesario poner de relieve que la redacción consignada en la norma bajo estudio utiliza apropiadamente, desde la perspectiva del *argot* de la ineficacia negocial, el vocablo “terminación”, en el sentido de que “siendo el de suministro un contrato de duración, no opera la resolución del mismo sino la terminación, debido a que el incumplimiento actual no afecta las prestaciones que hayan sido ejecutadas”⁴⁴⁶ o, más exactamente, se produce una terminación del contrato y, no una resolución que implique la supresión de las prestaciones ya ejecutadas, porque dichas prestaciones, probablemente, no podrían ser deshechas o suprimidas, de tal suerte que, la resolución, quedaría restringida a aniquilar las obligaciones futuras o pendientes a cargo de las partes, de ahí que se acuñe la palabra “terminación”.

No obstante, no puede perderse de vista el hecho de que, si bien la norma en cuestión alude a una aniquilación con efectos *ex nunc* del contrato, en todo caso, se trata de una terminación que se sustenta en un incumplimiento que “*haya ocasionado perjuicios graves o tenga cierta importancia, capaz por sí solo de mermar la confianza de esa parte en la exactitud de la otra para hacer los suministros sucesivos*” (cursiva por fuera del texto original), de tal modo que, en virtud de la referencia a un “incumplimiento”, no debe extrañar la inclusión de esta hipótesis como un evento de resolución o terminación del negocio jurídico por incumplimiento.

64. EL DERECHO DE RETRACTO EN LOS CONTRATOS DE CONSUMO (ARTÍCULO 47 DE LA LEY 1480 DE 2011)

El inciso primero del artículo 47 de la Ley 1480 de 2011 establece que “en todos los contratos para la venta de bienes y prestación de servicios mediante sistemas de financiación otorgada por el productor o proveedor, venta de tiempos compartidos o ventas que utilizan métodos no tradicionales o a distancia, que por su naturaleza no deban consumirse o no hayan comenzado a ejecutarse antes de cinco (5) días, se entenderá

⁴⁴⁵ *Ibídem*, p. 60.

⁴⁴⁶ *Ibídem*, p. 67.

pactado el derecho de retracto por parte del consumidor [sic] En el evento en que se haga uso de la facultad de retracto, *se resolverá el contrato* y se deberá reintegrar el dinero que el consumidor hubiese pagado” (cursiva y negrilla por fuera del texto original).

De la lectura de la disposición, al rompe, pueden denotarse o, al menos, inferirse varios aspectos; en primer lugar, la noción el derecho de retracto, ordinariamente, definido como “la facultad que tienen los consumidores de desistir o arrepentirse de la adquisición de bienes y servicios, realizada bajo ciertas modalidades de compra”⁴⁴⁷ con la particularidad de que “el derecho de arrepentimiento del consumidor hace parte del contenido de ciertos contratos de consumo, como elemento natural”⁴⁴⁸. En segundo término, la predilección del legislador por establecer un evento en el que la materialización de la resolución del negocio jurídico se surtiese por declaración privada⁴⁴⁹, esto es, sin declaración judicial, ya que “un contrato legal y válido deja de existir por una situación sobreviniente que, en asuntos de consumo, será la manifestación de voluntad, pura y simple, del ejercicio del derecho de retracto por el consumidor”⁴⁵⁰, lo cual, permite vislumbrar que se trata de un derecho que genera la resolución del negocio jurídico a pesar de que su ejercicio no esté fundamentado en el incumplimiento del proveedor o fabricante⁴⁵¹, pues, en principio, sólo depende de la voluntad del consumidor expresada dentro del término legal y respecto de los contratos de consumo permitidos. Y, en tercer lugar, el alcance limitado del derecho de retracto en cabeza del consumidor, porque no puede ser invocado en todo negocio jurídico en el que una persona ostente la calidad de consumidor, sino que sólo puede ser ejercido en aquellos negocios que la ley definió expresamente.

Podría decirse que la regla, de conformidad con la cual, para la resolución del contrato de consumo basta la sola expresión de la voluntad del consumidor⁴⁵² dentro del término legal⁴⁵³ y con respeto a los negocios jurídicos exceptuados⁴⁵⁴, sin necesidad de declaración

⁴⁴⁷ Linares Díaz, M., “Caracterización del derecho de retracto en Colombia”, en *Revista de Derecho Privado*, Universidad de los Andes, n.º 57, 2017, p. 17.

⁴⁴⁸ Rengifo, E., *Las facultades unilaterales en la contratación moderna*, cit., p. 127.

⁴⁴⁹ *Ibídem*.

⁴⁵⁰ Linares Díaz, M., “Caracterización del derecho de retracto en Colombia”, cit., p. 33.

⁴⁵¹ Rengifo, E., *Las facultades unilaterales en la contratación moderna*, cit., p. 128.

⁴⁵² Ciertamente es una facultad que, en tanto se ejerza dentro del término legal y respecto de los contratos permitidos para el efecto, puede ser inopinada, en el sentido de que no exige una sustentación explícita. Así, como lo sostiene Jaramillo Jaramillo “la figura de la resolución choca con la amplia o dilatada institución del retracto, desde el ángulo de su procedencia, pues se recordará que opera *ad nutum*, es decir sin sujeción a una justa causa en concreto, pudiendo incluso servir de estribo el mero cambio de opinión”: Jaramillo Jaramillo, C., *La compraventa en el derecho del consumo*, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana de Colombia, 2015, p. 379.

⁴⁵³ El inciso 3º del artículo 47 de la Ley 1480 de 2011 señala que “el término máximo para ejercer el derecho de retracto será de cinco (5) días hábiles contados a partir de la entrega del bien o de la celebración del contrato en caso de la prestación de servicios”.

judicial, tiene, por lo menos, dos explicaciones; de un lado, una explicación general que atañe a la finalidad misma del Estatuto del Consumidor, esto es, el hecho inocultable de que aquel cuerpo normativo tiene una naturaleza “esencialmente tuitiva y protectora del consumidor”⁴⁵⁵, de tal modo que es apenas natural que el derecho de retracto sea “una figura enteramente favorable al consumidor quien en razón de la asimetría con que contrata se le dota de esta extraordinaria facultad contractual”⁴⁵⁶.

De otro lado, existe una razón puntual que explica por qué el derecho de retracto se consagró para ciertas modalidades contractuales y por qué tiene un *modus operandi* que no exige, *ex ante*, una intervención judicial; se trata, sencillamente, de que en el caso de ventas no tradicionales⁴⁵⁷, ventas a distancia⁴⁵⁸, venta de tiempos compartidos⁴⁵⁹ o venta de bienes

⁴⁵⁴ El inciso 4º del artículo 47 de la Ley 1480 de 2011 señala que “se exceptúan del derecho de retracto, los siguientes casos: 1. En los contratos de prestación de servicios cuya prestación haya comenzado con el acuerdo del consumidor; 2. En los contratos de suministro de bienes o servicios cuyo precio esté sujeto a fluctuaciones de coeficientes del mercado financiero que el productor no pueda controlar; 3. En los contratos de suministro de bienes confeccionados conforme a las especificaciones del consumidor o claramente personalizados;

4. En los contratos de suministro de bienes que, por su naturaleza, no puedan ser devueltos o puedan deteriorarse o caducar con rapidez; 5. En los contratos de servicios de apuestas y loterías; 6. En los contratos de adquisición de bienes perecederos; 7. En los contratos de adquisición de bienes de uso personal”.

⁴⁵⁵ Rengifo, E., *Las facultades unilaterales en la contratación moderna*, cit., p. 127. Más ampliamente, se ha determinado la razón de ser de la legislación protectora del consumidor en atención a la ineluctable realidad de que “existen circunstancias que conducen a fallas en el funcionamiento de la competencia y que perturban la posición del consumidor en el mercado [...] los refinados métodos de publicidad y de mercadeo que elevan el peligro de manipulación del consumidor, junto con la infinidad de ofertas y la complejidad de las prestaciones derivada de los desarrollos técnicos y tecnológicos. A esto se suman situaciones contractuales en las que se incrementan los riesgos de un grave menoscabo de la libertad de decisión, siendo un caso paradigmático la denominada venta puerta a puerta y, en general, cualquier tipo de negocios en los que el profesional toma la iniciativa de concluir contratos fuera de su local comercial. Estas circunstancias se encuentran englobadas en la ya reconocida asimetría de la información como falla del mercado. En relación con el consumidor, dicha asimetría deriva bien sea de la imposibilidad de acceso a la información misma, o bien por el costo del acceso a ella y, en especial, su (in)capacidad de procesamiento y comprensión (selectividad y/o distorsión de la realidad, limitación para procesar la información recibida, efectos negativos por *information overload*), con la tendencia a menospreciar las probabilidades de que se concreten ciertos riesgos, pues se hace énfasis en la formación y ejecución del contrato más que en su posible resolución”: Rodríguez Olmos, J., “La interpretación de los contratos con el consumidor: elementos para la contextualización de la problemática (Primera parte)”, en *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, n.º 24, 2013, p. 158.

⁴⁵⁶ Ibídem, p. 128. Cfr. Jaramillo Jaramillo, C., *La compraventa en el derecho del consumo*, cit., p. 348.

⁴⁵⁷ Entendidas como aquellas “en las que el consumidor no ha buscado la celebración de una relación de consumo. El Estatuto del Consumidor prevé como casos, todas aquellas que se celebran en la residencia del consumidor o fuera del establecimiento de comercio: ofrecimientos intempestivos fuera del establecimiento de comercio, conducir a consumidores a lugares para aminorar su capacidad de discernimiento, entre otros (L. 1480/11, art. 5.15). En esta modalidad de ventas el derecho de retracto pretende proteger la formación de la voluntad del consumidor, por cuanto como ya se dijo, dichas ventas se perfeccionan aun cuando no fueron propiciadas por este; ello se colige del hecho que el consumidor no se dirige a los establecimientos de comercio a buscarlas, sino que es el productor o expendedor quien lo aborda en espacios distintos de estos. Al respecto, es de precisar que dicha figura fue reglamentada por el Decreto 1499 de 2014 (art. 3), en donde se plantean tres modalidades de ventas no tradicionales: i. Las ventas realizadas en el lugar de residencia o de

o prestación de servicios mediante sistemas de financiación otorgados por el productor o proveedor, la posición contractual del consumidor es particularmente vulnerable, de ahí que la fórmula adoptada por el legislador para morigerar el desequilibrio contractual que se hace patente en dichos casos haya consistido en establecer el derecho de retracto en favor del consumidor como elemento natural del contrato, con la particularidad de que, como consecuencia de aquel, se produce, sin necesidad de declaración pública -en particular, judicial-, la resolución del negocio jurídico, es decir, la declaración privada de la resolución se fundamenta en la pretensión de equilibrar y empoderar, en la medida de lo posible, a la parte débil del contrato de consumo.

65. ¿EL “DESISTIMIENTO UNILATERAL” EN EL CONTRATO DE COMPRAVENTA (ARTÍCULO 1882 DEL CÓDIGO CIVIL COLOMBIANO)?

El inciso 2º del artículo 1882 del Código Civil colombiano preceptúa que “si el vendedor, por hecho o culpa suya ha retardado la entrega, podrá el comprador, a su arbitrio, perseverar en el contrato o desistir de él y en ambos casos con derecho para ser indemnizado de los perjuicios según las reglas generales”.

La redacción de dicha norma ha suscitado alguna discusión en relación con el alcance del verbo “desistir”, ya que, algunos, ven allí un derecho establecido en favor del comprador, en cuya virtud, este último podría “desistir” del contrato de compraventa “cuando el vendedor ha retardado por hecho o culpa suya la entrega de la cosa”⁴⁶⁰, bajo el entendimiento de que, por “desistir”, la ley pretende significar un derecho a resolver el

trabajo del consumidor: aun cuando no están definidas por el decreto en mención, puede decirse que son aquellas que se realizan “puerta a puerta” y usualmente se perfeccionan tanto en la residencia como en el sitio de trabajo del consumidor. ii. Las ventas en las que el consumidor es abordado de forma intempestiva por fuera del establecimiento de comercio (D. 1499/2014, art. 4). Se producen cuando el consumidor es abordado en espacios públicos abiertos o en corredores o lugares de desplazamiento público de instalaciones comerciales o institucionales. En adición, si bien el primer contacto entre consumidor y vendedor se da por fuera del establecimiento de comercio, puede que la operación concluya en este o en una instalación destinada para el efecto [...] iii. Las ventas en las que el consumidor es llevado a escenarios dispuestos especialmente para aminorar su capacidad de discernimiento (D. 1499/2014, art. 5)”: Linares Díaz, M., “Caracterización del derecho de retracto en Colombia”, cit., p. 19 y 20.

⁴⁵⁸ Es decir, aquellas en las que “el consumidor no tiene un contacto directo con el producto y solo conoce las características y condiciones de los bienes o servicios vía telefónica, por correo, catálogo o comercio electrónico (L. 1480/2011, art. 5.16). En esta modalidad, el derecho de retracto pretende proteger al consumidor del error como vicio del consentimiento, el cual puede surgir tanto por falta de información o por información engañosa sobre las condiciones del producto”: Ibídem, p. 20.

⁴⁵⁹ Respecto de esta modalidad, debe tenerse en cuenta que “el Estatuto del Consumidor (L. 1480/2011, art. 47) se refiere a ‘venta de tiempos compartidos’ sin calificarlos como turísticos. Ello da pie para concluir que por lo menos en la teoría esta figura no es exclusiva del sector turístico, sino que podría resultar aplicable a la adquisición de un derecho para disfrutar o disponer por un periodo determinado una unidad inmobiliaria, no necesariamente turística o recreacional. No obstante, la Superintendencia en sus conceptos la asimila a los casos turísticos y hoteleros (sic, C. 13178577/2013, 13178875/2013 y 13230104/2013)”: Ibídem, p. 21.

⁴⁶⁰ Rengifo, E., *Las facultades unilaterales en la contratación moderna*, cit., p. 124.

contrato de compraventa por cuenta del incumplimiento del vendedor, resolución que se materializaría sin declaración judicial⁴⁶¹. Otros, sin embargo, sostienen la tesis opuesta, pues, estiman que “este inciso no hace nada distinto a reproducir, con distintas palabras, pero queriendo significar lo mismo, la norma general del artículo 1546, o sea la de que al incumplir una parte el contrato bilateral, la otra puede pedir el cumplimiento de este o su resolución, alternativamente, y en uno u otro caso la correspondiente indemnización de perjuicios [...] cuando expresa que en el evento dicho puede el comprador desistir del contrato en vez de exigir su cumplimiento, lo que en realidad está diciendo, no obstante el empleo indebido de la palabra desistir, es que el comprador puede pedir la resolución de la compraventa, mediante la promoción del correspondiente proceso ante el juez competente”⁴⁶².

La Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia pareciese asumir una postura intermedia al afirmar que “existe notable diferencia entre la acción resolutoria prevista por el artículo 1546 del C.C y el desistimiento de que tratan los artículos 1882 y 1878. Aquella requiere sentencia judicial en que se decrete la resolución del contrato, en tanto que el derecho de desistir de la compraventa, en caso de que el vendedor por hecho o culpa suya haya retardado la entrega de la cosa vendida, es un derecho potestativo del comprador que no requiere pronunciamiento alguno del juez. Puede el comprador desistir por sí y ante sí, ante el mero hecho de haber incurrido el vendedor en mora, y pedir la indemnización que los citados artículos le reconocen”⁴⁶³. Como se puede ver, la Sala caracterizó al desistimiento como una figura distinta a la resolución, con un status jurídico disímil, pero que consta de la particularidad de dejar al contrato como ineficaz con la sola declaración privada del desistimiento.

Un elemento valioso que puede ser utilizado a fin de solventar la discusión referida es la noción del verbo “desistir” en el lenguaje natural, esto es, “apartarse de una empresa o

⁴⁶¹ Esta posición es abanderada por múltiples autores que, en atención al patente incumplimiento del vendedor en el supuesto normado en el inciso 2º del artículo 1882 del Código Civil colombiano, insisten en la existencia de una forma de resolución del negocio jurídico. Cfr. Paladini, M., “Nuevas perspectivas en materia de resolución del contrato por incumplimiento”, trad. Cárdenas Rodríguez, L., en *Revista Iusta*, Universidad Santo Tomás, vol. 1º, n.º 30, 2009, p. 139; Molina Morales, R., “La terminación unilateral del contrato *ad nutum*”, en *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, n.º 10, 2006, p. 131; Molina Morales, R., “La terminación unilateral del contrato por incumplimiento”, cit., p. 81; Camacho, A. y Ternera, F., “La terminación extraordinaria del contrato: muertes especiales de las convenciones”, cit., p. 43; García Vásquez, D., *Condición resolutoria tácita y responsabilidad del deudor: dos remedios complementarios y autónomos contra el incumplimiento*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2015, p. 18.

⁴⁶² Gómez Estrada, C., *De los principales contratos civiles*, 3ª ed., Bogotá, Editorial Temis, 1999, p. 51. Cfr. Valencia Zea, A., *Derecho civil III, De las obligaciones*, 6ª ed., Bogotá, Editorial Temis, 1982, p. 159.

⁴⁶³ Cas. 9 de junio de 1971, CXXXVIII, p. 382.

intento empezado a ejecutar o proyectado”⁴⁶⁴, pues, sin mayores argucias, es una acepción ostensiblemente cercana al concepto de “resolución” que se ha delineado⁴⁶⁵, en la medida en que, en términos generales, en ambos casos existe una suerte de desvinculación de un sujeto respecto de algo, lo cual, debería concatenarse a la previsión normativa de conformidad con la cual “no se puede perder de vista que cuando el sentido de la ley es claro no puede desatenderse su tenor literal so pretexto de consultar su espíritu (art. 27 C. C.) y que las palabras se deben entender en su sentido natural y obvio (art. 28 C. C.)”⁴⁶⁶.

En el contexto de la ineficacia del negocio jurídico, el verbo “desistir”, utilizado por el inciso 2º del artículo 1887 del Código Civil colombiano y la categoría jurídica de la resolución del negocio jurídico confluyen sustancialmente en un presupuesto fundamental: el incumplimiento contractual. En efecto, la norma en cuestión prevé la activación del derecho en favor del comprador cuando “el vendedor, por hecho o culpa suya ha retardado la entrega”, lo cual, evidentemente, constituye una conducta cuyo agravio es innegable, en el sentido de que se trata de un retardo imputable al vendedor respecto del cumplimiento de una de las obligaciones principales dentro del esquema obligacional de la compraventa: la entrega de la cosa⁴⁶⁷. Sin embargo, la resolución y el desistimiento, podría pensarse, colisionan en otro punto: la retroactividad de la resolución del negocio jurídico, en el sentido de que, si se admite que, en este caso, el desistimiento es una forma de resolución del negocio jurídico por incumplimiento, ¿ello significaría que, ejercido el desistimiento por parte del comprador, si se hubiere pagado el precio, el vendedor estaría obligado a restituirle dicho precio al comprador?, es decir, ¿en el desistimiento previsto por el inciso 2º del artículo 1882 del Código Civil colombiano operaría la destrucción retroactiva del contrato?

Sobre el particular, podrían formularse varias respuestas. Una primera aproximación podría partir del presupuesto de que si el desistimiento sí es una forma de resolución del negocio jurídico -por erigirse sobre un incumplimiento contractual-, entonces, siendo el contrato de compraventa un contrato que, en línea de principio, es de ejecución instantánea⁴⁶⁸, naturalmente, debería producirse la ruptura retroactiva del negocio jurídico, porque atendiendo a la ejecución concomitante de las prestaciones, sería posible -físicamente hablando- la retrotracción de las prestaciones ejecutadas⁴⁶⁹, esto es, en el caso en cuestión,

⁴⁶⁴ Real Academia Española de la Lengua., *Diccionario de la Lengua Española*, 23.1.ª ed., 2017, disponible en: <http://dle.rae.es/?id=D78E0XT> [consultado el 15 de julio de 2018].

⁴⁶⁵ Cfr. *Supra* subtítulo 16 sobre *el concepto de la resolución del negocio jurídico*.

⁴⁶⁶ Molina Morales, R., “La terminación unilateral del contrato por incumplimiento”, cit., p. 81.

⁴⁶⁷ El inciso 1º del artículo 1880 del Código Civil colombiano indica que “las obligaciones del vendedor se reducen en general a dos: la entrega o tradición, y el saneamiento de la cosa vendida”.

⁴⁶⁸ Molina Morales, R., “La terminación unilateral del contrato por incumplimiento”, cit., p. 81.

⁴⁶⁹ Valga decir que, desde esta óptica, la restitución del precio, en tanto obligación dineraria, siempre sería posible, pues, siendo la obligación dineraria una obligación de género, aquella seguiría la máxima *genera non*

el pago del precio, por lo cual, el vendedor quedaría irremediablemente obligado a restituir el precio por la sola declaración del comprador en el sentido de desvincularse del contrato por razón del incumplimiento acontecido⁴⁷⁰, pues, la restitución “es algo anejo a la resolución”⁴⁷¹, obligación que, además, se sustentaría en el principio de buena fe y de justicia contractual, pues, de no devolver el precio al comprador, el vendedor se estaría enriqueciendo injusta e incausadamente, ya que, una vez suprimido el contrato, es como si no hubiese existido.

Otra lectura, podría pregonar la premisa, según la cual, el desistimiento no produce el efecto retroactivo de la resolución, por no corresponder exactamente a la voz “resolución” y por no exigir declaración judicial alguna, de tal modo que el camino a seguir debe ser aquel que considere que si el legislador estableció en la norma bajo estudio la posibilidad de exigir una indemnización de perjuicios dentro del contexto de un proceso judicial⁴⁷², es allí donde, quiera fuera el comprador, habría de pedir la indemnización de los perjuicios percibidos con ocasión del incumplimiento del vendedor, dentro de los cuales, podrá reclamar el monto del precio, a título de daño emergente. Bajo esta perspectiva, el desistimiento que concreta la declaración privada emanada del comprador sólo generaría la supresión del vínculo, pero no impondría al vendedor, por sí sola, la obligación de restituir el precio, de tal modo que, si pretende obtener la restitución del precio, deberá acudir al juez competente para el efecto. Ciertamente se trataría de una situación excesivamente gravosa para el comprador, ya que quedaría supeditado al trajín y aleatoriedad que, indubitadamente, supone un proceso judicial.

pereunt. En efecto, se ha dicho que la obligación dineraria “atañe al pago de determinada suma de dinero, o sea, de una cosa mueble, de género, fungible y consumible [...] Por esta razón, los efectos de la imposibilidad sobrevenida, de la pérdida o destrucción de la prestación debida no se proyectan en la extinción de la obligación (*genera non pereunt*) [artículos 1565, 1566, 1567 y 1729 del Código Civil colombiano]. Este principio es constante, y ni siquiera en caso de concentración, selección o individualización de la prestación respecto del género común puede tener alcance extintivo por su proximidad al cuerpo cierto (*genus* limitado, próximo o definido) o por devenir o convertirse en éste (transmisión del dominio de una cosa genérica)”: Namén Vargas, W., “Obligaciones pecuniarias y corrección monetaria”, en *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, n.º 3, 1998, p. 38.

⁴⁷⁰ Eso sí, debe tenerse en cuenta que “la parte que pagó precio por la cosa [...] tiene derecho a que la otra se lo devuelva, sin intereses. Esta supresión corresponde a la prescindencia de los frutos en el tiempo intermedio [artículo 1543 del Código Civil colombiano] [...] El art. 942 c. co. previene un régimen especial para la restitución del precio en caso de resolución del contrato de compraventa por incumplimiento de parte del vendedor: ‘el comprador tendrá derecho a que se le pague el interés legal comercial sobre la parte pagada del precio o a retener los frutos de la cosa en proporción a dicha parte, sin menoscabo de la correspondiente indemnización de perjuicios’”: Hinestrosa, F., *Tratado de las obligaciones II: de las fuentes de las obligaciones: el negocio jurídico vol. II*, cit., p. 916.

⁴⁷¹ *Ibidem*, p. 914.

⁴⁷² El inciso 2º del artículo 1882 del Código Civil colombiano, en su última parte, indica que, haya decidido el comprador desistir o conservar el contrato, en cualquier caso, tendrá “derecho para ser indemnizado de los perjuicios según las reglas generales”.

En fin, pueden vislumbrarse dos hipótesis de cara lo dicho por el inciso 2º del artículo 1882 del Código Civil colombiano; de un lado, el evento en que, el comprador está obligado a pagar el precio de forma concomitante a la ejecución de la obligación de entrega de la cosa a cargo del vendedor donde, por ser ambas obligaciones puras y simples, probablemente, no habría lugar a la aniquilación retroactiva del contrato, porque si el vendedor retrasó la entrega de la cosa por fuera de la oportunidad convenida en los términos de la norma en comento, pues, el comprador podrá no pagar el precio⁴⁷³ y, en cambio, desistir del contrato, declarándolo resuelto, caso en el cual, la resolución implicaría la supresión de las obligaciones pendientes de las partes, pero no la retrotracción de lo ejecutado porque, simplemente, no se habrá ejecutado nada, luego, será una terminación del contrato. Sin embargo, si el comprador pagó el precio, en tanto el vendedor no cumpla su obligación de entregar la cosa por hecho o culpa suya, el primero podrá desistir del contrato, declarándolo resuelto e imponiéndole, así, la obligación al vendedor de restituirle el precio. De otro lado, puede tratarse del evento en que la obligación de entrega de la cosa fue sometida a plazo o condición, mientras que la obligación de pagar el precio a cargo del comprador no, de tal modo que mantendría su carácter de obligación pura y simple, en este evento, suponiendo que el comprador haya pagado el precio, avenido el plazo o cumplida la condición, y retrasada la entrega por hecho o culpa del vendedor, el comprador podrá desistir del contrato, declarándolo resuelto y, en consecuencia, el vendedor quedaría obligado a restituirle el precio al comprador. En cualquier caso, la indemnización de los perjuicios que el comprador haya percibido por razón del incumplimiento del deudor, deberá pretenderla bajo la égida de un proceso judicial.

66. LA COMPRAVENTA INTERNACIONAL DE MERCADERÍAS (LEY 518 DE 1999 O CONVENCIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE LOS CONTRATOS DE COMPRAVENTA INTERNACIONAL DE MERCADERÍAS)

La Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías de 1980 fue aprobada por el Estado colombiano por medio de la Ley 518 de 1999, con el ánimo de facilitar la gestación y desenvolvimiento de contratos internacionales de compraventa de mercaderías entre “partes que tengan sus establecimientos en Estados diferentes: a) cuando esos Estados sean Estados Contratantes; o b) cuando las normas de derecho internacional privado prevean la aplicación de la ley de un Estado Contratante”⁴⁷⁴,

⁴⁷³ Ello, con base en lo dicho por la Sala de Casación Civil respecto de la naturaleza de este derecho de desistimiento, pues, según lo sostuvo, es puramente potestativo, susceptible de ser ejercido por la sola mora del vendedor respecto de su obligación de entregar la cosa, de tal modo que no pareciese exigir el cumplimiento o allanamiento a cumplir por parte del comprador respecto de sus obligaciones. Cfr. Cas. 9 de junio de 1971, CXXXVIII, p. 382.

⁴⁷⁴ Numeral 1º del artículo 1º de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías de 1980. Sobre el particular, debe tenerse en cuenta que, según el numeral 2º y 3º de la misma disposición, para la determinación del ámbito de aplicación de la Convención señalan que: “2) No se tendrá en cuenta el hecho de que las partes tengan sus establecimientos en Estados diferentes cuando ello no resulte del contrato, ni de los tratos entre ellas, ni de información revelada por las partes en cualquier

pues, al fin y al cabo, aquel marco normativo uniforme “regula aspectos sustanciales del contrato más utilizado del comercio mundial”⁴⁷⁵, de tal forma que es “un importante instrumento del comercio internacional [...] [que] impulsa la previsibilidad del derecho mercantil internacional”⁴⁷⁶.

La Convención dispone un régimen para la resolución del contrato de compraventa de mercaderías, el cual, con el propósito de utilizar un lenguaje neutral y satisfacer una pretensión de universalidad, introdujo el concepto de resolución del contrato, aprovechando el carácter polisémico de la expresión. Así, en la Convención existen “dos categorías de resolución [...] La primera es una resolución por anticipación, es decir, antes de la comprobación del incumplimiento por una parte. La segunda es la resolución como consecuencia del incumplimiento de su obligación por una parte”⁴⁷⁷.

Para el propósito de este acápite, debe ponerse de relieve que, tanto comprador como vendedor, podrán, atendiendo a las causales previstas para el efecto⁴⁷⁸, declarar resuelto el

momento antes de la celebración del contrato o en el momento de su celebración. 3) A los efectos de determinar la aplicación de la presente Convención, no se tendrán en cuenta ni la nacionalidad de las partes ni el carácter civil o comercial de las partes o del contrato”. A propósito de la aplicabilidad de la Convención es menester considerar que “la Convención tampoco define el concepto de establecimiento, es dable afirmar, de acuerdo con criterio unánime de la doctrina, que por él se entiende el lugar permanente y habitual donde el contratante desarrolla su actividad comercial, no pudiendo, entonces, alcanzar tal calificación la simple idea de una residencia temporal de un contratante durante el tiempo en el cual se verifique la negociación”: Galán Barrera, D., “La compraventa internacional de mercaderías y su integración en el ordenamiento jurídico colombiano”, en *Criterio Jurídico*, Pontificia Universidad Javeriana de Cali, vol. 1, n.º 3, 2003, p. 81.

⁴⁷⁵ Martínez Granados, A., “Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías: ¿cómo afecta a los empresarios colombianos?”, en *Revista e-mercatoria*, Universidad Externado de Colombia, vol. 2, n.º 2, 2003, disponible en: "<http://www.emercatoria.edu.co/PAGINAS/VOLUMEN2/02.htm> [consultado el 20 de julio de 2018], p. 1.

⁴⁷⁶ Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, “*CNUDMI. Compendio de jurisprudencia basada en la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías*”, 2ª ed., Nueva York, 2010, disponible en: https://www.uncitral.org/pdf/spanish/clout/Second_edition_spanish.pdf [consultado el 20 de julio de 2018].

⁴⁷⁷ Larroumet, C. *Convenio de Viena sobre la compraventa internacional de mercaderías: obligaciones del vendedor, obligaciones del comprador, sanciones del incumplimiento de las partes, interpretación del Convenio de Viena*, en AA.VV., *Compraventa internacional de mercaderías: comentarios a la Convención de Viena de 1980*, Pontificia Universidad Javeriana, 2003, p. 476.

⁴⁷⁸ El numeral 1º del artículo 49 de la Convención indica que “el comprador podrá declarar resuelto el contrato: a) si el incumplimiento por el vendedor de cualquiera de las obligaciones que le incumban conforme al contrato o a la presente Convención constituye un incumplimiento esencial del contrato; o b) en caso de falta de entrega, si el vendedor no entrega las mercaderías dentro del plazo suplementario fijado por el comprador conforme al párrafo 1) del artículo 47 o si declara que no efectuará la entrega dentro del plazo así fijado”; y, el numeral 1º del artículo 64 dispone que “el vendedor podrá declarar resuelto el contrato: a) si el incumplimiento por el comprador de cualquiera de las obligaciones que le incumban conforme al contrato o a la presente Convención constituye un incumplimiento esencial del contrato; o b) si el comprador no cumple su obligación de pagar el precio o no recibe las mercaderías dentro del plazo suplementario fijado por el vendedor conforme al párrafo 1) del artículo 63 o si declara que no lo hará dentro del plazo así fijado”. En ambos casos, debe entenderse por “incumplimiento esencial”, conforme al artículo 25 de la Convención aquel

contrato, incluso preventivamente⁴⁷⁹, sin necesidad de intervención judicial, pero, en cualquier caso, conforme al artículo 26 de la Convención “la declaración de resolución del contrato surtirá efecto sólo si se comunica a la otra parte”, de tal suerte que, realizada la comunicación, se surtirán los efectos de la resolución⁴⁸⁰. La disciplina de la resolución del contrato en la Convención, da cuenta, en primer lugar, de la naturaleza recepticia de la declaración, en tanto negocio jurídico unilateral y, en segundo término, de la evidente propensión de la Convención a permitir a las partes el ejercicio de facultades contractuales que, desde una óptica tradicional, son vistas como extraordinarias.

La facultad de resolución unilateral del contrato por razón de un incumplimiento esencial se explica por la intención de los redactores de la Convención de implantar un “criterio ágil y pragmático, que se acompasa con las necesidades del comercio de mercaderías, en la medida en que se deja a las partes, dentro de su capacidad y autonomía, la posibilidad de enmendar sus problemas, dando así desarrollo al planteamiento consagrado en la

que “cause a la otra parte un perjuicio tal que la prive sustancialmente de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato, salvo que la parte que haya incumplido no hubiera previsto tal resultado y que una persona razonable de la misma condición no lo hubiera previsto en igual situación”.

⁴⁷⁹ Esto es, el llamado “incumplimiento previsible”, que conforme al numeral 1º del artículo 72 de la Convención, implica que “si antes de la fecha de cumplimiento fuere patente que una de las partes incurrirá en incumplimiento esencial del contrato, la otra parte podrá declararlo resuelto”.

⁴⁸⁰ No pueden dejar de mencionarse los efectos de dicha resolución, pues, en términos generales, corresponden a la retrotracción y supresión de los efectos del contrato, conocidos en el ordenamiento jurídico colombiano. Puntualmente, implican que “las mutuas obligaciones se extinguen por el hecho de la declaración de la resolución [numeral 1º del artículo 81]. Sin embargo, no todas las obligaciones se extinguen, pues subsistirán las relativas a la indemnización de los daños y perjuicios que pueda ser debida, así como las referentes a la solución de las controversias y cualquier otra relacionada con los derechos y obligaciones de las partes en caso de resolución [...] Restitución de lo suministrado: el numeral 2º del art. 81 regula lo relacionado con la restitución por parte de la parte incumplida de lo que le hubieren suministrado o pagado conforme al contrato frente a la resolución de este. Así mismo, la norma prevé que si las dos partes estuvieren obligadas a restituir, deberán hacerlo simultáneamente. El art. 84, que debe entenderse como un complemento al numeral 2) del art. 81, dispone, en primera instancia que si el vendedor estuviese obligado a restituir el precio, deberá abonar también los intereses correspondientes a partir de la fecha en que se haya efectuado el pago, en armonía con lo dispuesto por el artículo 78 de la Convención. Y, en segunda instancia, regula lo relativo al abono que el comprador debe hacer al vendedor por los beneficios que haya obtenido de las mercaderías tanto cuando deba restituir las como cuando no pueda hacerlo. Restitución de las mercaderías: otro de los efectos, previsto en el art. 82 de la Convención, tiene que ver con el tema de la restitución de las mercaderías, donde se plantean dos supuestos: el numeral 1º de la norma citada prevé que el comprador pierde el derecho a declarar resuelto el contrato cuando no le sea posible restituir las mercaderías que previamente recibió, en un estado sustancialmente idéntico a aquel en que las hubiera recibido. Sin embargo, en el numeral 2º del artículo 82 se contemplan varias situaciones que justifican y exculpan al comprador para no devolver las mercaderías en el mismo estado en que las recibió pudiendo, con todo, seguir disfrutando de su derecho a declarar resuelto el contrato. Indemnización por daños y perjuicios: el art. 74 de la Convención consagra una disposición general sobre el monto indemnizable, circunscribiéndolo a la doble vertiente del valor de la pérdida sufrida y el valor de la ganancia dejada de obtener por la otra parte. Estos términos textuales que parecieran obedecer a los conceptos de daño emergente y lucro cesante conocidos en las legislaciones de tradición romanista, no necesariamente tienen su significado y alcance”: Galán Barrera, D., “La compraventa internacional de mercaderías y su integración en el ordenamiento jurídico colombiano”, cit., p. 111, 112 y 113.

Convención que recoge ese clarísimo propósito de promover, en defecto de la continuidad del contrato, las soluciones que las propias partes consideren, sin intervención de terceras personas y de procedimientos formalistas que no contribuyen a la resolución expedita y satisfactoria de las controversias”⁴⁸¹, lo cual, parece cónsono con la finalidad perseguida por la Convención⁴⁸².

67. OTRAS HIPÓTESIS DE RESOLUCIÓN O TERMINACIÓN MATERIALIZADA POR DECLARACIÓN PRIVADA

Los contratos enunciados anteriormente no constituyen, bajo ningún concepto, una lista exhaustiva de los negocios jurídicos que admiten que su resolución o terminación sea declarada privadamente, sino que, simplemente, conforman ejemplos dicientes de dicha posibilidad. Sin embargo, no es admisible omitir la oportunidad de mencionar, someramente, otros eventos en los que el legislador optó por permitir que la resolución o terminación del negocio jurídico por incumplimiento se materializase por medio de una declaración privada. En términos generales, la razón que justifica la existencia de las hipótesis que se relacionarán en lo sucesivo no es otra que la peculiaridad de ciertos “vínculos contractuales como los de duración indefinida, los de larga duración y en donde la confianza constituye el fundamento de la relación jurídica”⁴⁸³, de tal suerte que el incumplimiento de los mismos supone, de suyo, un agravio ostensible.

Así, puede aseverarse que dicha permisión existe cuando, en el contrato de edición de obra literaria, artística o científica, el autor incumple su obligación de entregar al editor los originales de la obra en la fecha y forma convenidas, caso en el cual, el editor podrá “rescindir [léase, “resolver”] el contrato, devolver al autor los originales para que su presentación sea ajustada a los términos convenidos, o para hacer por su cuenta las correcciones a que hubiere lugar”⁴⁸⁴.

Así mismo, aún dentro de la disciplina del contrato de edición, cualquiera de las partes

⁴⁸¹ *Ibíd.*, p. 108.

⁴⁸² Sobre el particular, el preámbulo de la Convención establece que, los Estados parte de la Convención, convienen el articulado de la misma en consideración de que “la adopción de normas uniformes aplicables a los contratos de compraventa internacional de mercaderías en las que se tengan en cuenta los diferentes sistemas sociales, económicos y jurídicos contribuiría a la supresión de los obstáculos jurídicos con que tropieza el comercio internacional y promovería el desarrollo del comercio internacional”.

⁴⁸³ Rengifo, E., *Las facultades unilaterales en la contratación moderna*, cit., p. 107 y 108.

⁴⁸⁴ Artículo 114 de la Ley 23 de 1982. Nótese la utilización impropia del verbo “rescindir”, pues, en este caso, la extinción del contrato no se funda en un vicio patrimonial objetivo -como sí ocurre, por ejemplo, en la rescisión de la compraventa por lesión enorme- o en una celebración del contrato en condiciones patrimonialmente inicuas, sino en el incumplimiento de la obligación a cargo del autor de entregar al editor los originales de la obra en la fecha y forma estipuladas, de ahí que, en puridad, se trate de una hipótesis de resolución del negocio jurídico. Cfr. Bonivento Fernández, J., *Los principales contratos civiles y mercantiles*, cit., p. 330.

podrá declarar resuelto⁴⁸⁵ el contrato cuando el editor adquiriera del autor participación temporal o permanente en todos o en algunos de los derechos del autor y, en tanto ocurra, alguna de dos hipótesis o bien que “el autor no pusiere a la venta un número de ejemplares escritos suficiente para la difusión de la obra, a más tardar a los tres meses de firmado el contrato”⁴⁸⁶ o que “si a pesar de la petición del autor, el editor no pusiere a la venta nuevos ejemplares de la obra, cuya tirada inicial se hubiese agotado”⁴⁸⁷.

Por otro lado, otro evento de terminación privada es aquel relativo al contrato de arrendamiento, pues “la ley confiere al arrendatario un derecho de desistimiento o de ruptura unilateral por el incumplimiento del arrendador en dos hipótesis: 1. cuando el arrendador por hecho o culpa suya o de sus dependientes se ha puesto en imposibilidad de entregar la cosa (art. 1983 C. C.) y 2. cuando el arrendador por hecho o culpa suya o de sus dependientes es constituido en mora de entregar, y, además, por el retardo disminuyere notablemente para el arrendatario la utilidad del contrato (art. 1984 C.C.) [...] Tan cierto es que en esos casos no se requiere sentencia judicial, que el numeral 4 del artículo 2008 del Código Civil, que trata sobre la expiración del arrendamiento de cosas, sugiere el carácter excepcional de la intervención del juez al señalar que el contrato de arrendamiento termina 'por sentencia de juez o de prefecto, en los casos en que la ley ha previsto’”⁴⁸⁸.

Consecuentemente, “el legislador autoriza a cualquiera de las partes a poner fin unilateralmente al contrato de agencia comercial en caso de incumplimiento. Esta facultad admite aún menos discusión, comoquiera que el artículo 1325 del Código de Comercio no solo emplea la expresión 'dar por terminado', que por sí sola es lo suficientemente explícita para descartar la intervención del juez, sino que además la acompaña de la palabra 'unilateral’”⁴⁸⁹. Bajo la misma línea argumental, la regulación del contrato de mandato, tanto en el régimen civil como mercantil, admite la posibilidad en comento⁴⁹⁰.

⁴⁸⁵ El artículo 138 de la Ley 23 de 1982 señala, puntualmente, que “quedará rescindido de pleno derecho”. No obstante, además, del uso inadecuado de la categoría jurídica de la rescisión -pues, como se dijo anteriormente, en realidad, se trata de una resolución- la implicación de que se resuelva “de pleno derecho”, no es otra distinta a que, la resolución se materialice, por regla general, por medio de la declaración privada de alguna de las partes, porque si ninguna de ellas anuncia la resolución del contrato, la ineficacia no se manifestará en el mundo físico.

⁴⁸⁶ Literal A del artículo 138 de la Ley 23 de 1982.

⁴⁸⁷ Literal B del artículo 138 de la Ley 23 de 1982.

⁴⁸⁸ Molina Morales, R., “La terminación unilateral del contrato por incumplimiento”, cit., p. 82.

⁴⁸⁹ *Ibidem*.

⁴⁹⁰ El artículo 2185 del Código Civil colombiano dispone que “el mandante que no cumple por su parte aquello a que es obligado, autoriza al mandatario para desistir de su encargo”; en igual sentido, el inciso 1º del artículo 1286 del Código de Comercio colombiano prevé que “cuando el mandato requiera provisión de fondos y el mandante no la hubiere verificado en cantidad suficiente, el mandatario podrá renunciar su encargo o suspender su ejecución”. Cfr. Artículos 1279 y 1283 del Código de Comercio colombiano. Al respecto debe tenerse en cuenta que “los artículos 1279, 1283 y 1286 mencionados aplican igualmente al contrato de comisión, por expresa remisión del artículo 1308 del Código de Comercio, y al contrato de

Una postura flexible afirma que “existen otras normas en las que a pesar de no consagrarse expresamente una autorización para desistir o dar por terminado un contrato en razón del incumplimiento, la facultad de terminación unilateral prevista a favor de una de las partes o de ambas es tan amplia que comprende el incumplimiento”⁴⁹¹, así, se citan como ejemplos de la amplitud de dichas facultades los siguientes contratos: “*Cuenta corriente bancaria*. 'Cada una de las partes podrá poner término al contrato en cualquier tiempo [...]' (art. 1389. C. Co.). *Seguro*. 'Cualquiera de las partes puede dar por terminado unilateralmente el contrato de seguro en cualquier momento y de manera discrecional [...]' (art. 1071 C. Co.). *Transporte*. 'El pasajero podrá desistir del contrato de transporte contratado con derecho a la devolución total o parcial del pasaje [...]' (art. 1002 C. Co.) *Mandato*. 'El mandante puede revocar el mandato a su arbitrio [...]' (art. 2191 C. C.). *Anticresis*. 'El deudor no podrá pedir la restitución de la cosa dada en anticresis, sino después de la extinción total de la deuda, pero el acreedor podrá restituirla en cualquier tiempo, y perseguir el pago de su crédito por los otros medios legales [...]' (art. 2467 C. C.). *Prestación de servicios*. 'Cualquiera de las partes podrá poner fin al servicio cuando quiera, o con el desahucio que se hubiere estipulado' (art. 2066 C. C.). *Depósito civil*. 'La restitución es a voluntad del depositante. Si se fija el tiempo para la restitución, está cláusula solo será válida para el depositario, que en virtud de ella no podrá devolver el depósito antes del tiempo estipulado [...]' (art. 2251 C. C.)”⁴⁹².

III. LA MATERIALIZACIÓN DE LA NULIDAD DEL NEGOCIO JURÍDICO

68. LA REGLA GENERAL

La regla general que orienta la materialización de la nulidad del negocio jurídico en el ordenamiento jurídico colombiano es aquella, con arreglo a la cual, la nulidad se exterioriza por medio de una declaración pública, en particular, por conducto de una declaración judicial. Dicha regla se explica, fundamentalmente, por una consideración histórica puntual y es que, desde el siglo XIX, con ocasión de la construcción de la categoría jurídica de la nulidad, en el Derecho francés se estimó que “el juez, de plano, está en el corazón del mecanismo de la anulación del contrato”⁴⁹³, pues, admitir la posición contraria, esto es, que

preposición, por ser éste, al igual que aquél, una forma de mandato”: Molina Morales, R., “La terminación unilateral del contrato por incumplimiento”, cit., p. 84.

⁴⁹¹ Ibídem, p. 85.

⁴⁹² Ibídem.

⁴⁹³ Ancel, P., *Préface à Le juge et l'annulation du contrat* de Gout, O., Aix-en-Provence, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1999, p. 10. Ello, a pesar de que la posición que el pensamiento preponderante anterior consideraba que la nulidad absoluta, para materializarse, no exigía declaración judicial. Cfr. Cumyn, M., *La validité du contrat suivant le droit strict ou l'équité: étude historique et*

la nulidad, relativa o absoluta, puede ser trasladada al mundo físico por medio de una declaración privada sería tanto como permitir a los particulares hacer justicia por mano propia, desconociendo, en consecuencia, la preeminente e insoslayable finalidad del aparato jurisdiccional del Estado de dirimir los conflictos entre particulares y, en particular, su vocación de aplicar las sanciones establecidas por el ordenamiento. De ahí que, a lo largo de la historia, se haya surtido la cristalización del axioma, según el cual, “no hay nulidad sin norma que la prevenga y sentencia que la declare”⁴⁹⁴.

En efecto, la regla general bajo estudio resultó vertida en el artículo 1117 del *Code Civil* al indicar que “la convención celebrada con error, fuerza o dolo no es nula de pleno derecho, ella solo concede una acción de nulidad o rescisión”. Así mismo, el artículo 1304 de la misma codificación daba cuenta de la intervención judicial al preceptuar, en su formulación original, que “en todos los casos en que la acción de nulidad o de rescisión de una convención no haya sido limitada a un tiempo menor por una ley particular, esta acción durará diez años”.

El Código Civil colombiano, siguiendo la delineación del Código de Bello⁴⁹⁵ y, por ende, del *Code Civil*, resolvió supeditar la materialización de la nulidad del negocio jurídico a la realización de una declaración judicial; así, el artículo 1742 -subrogado por el artículo 2º

comparée des nullités contractuelles, cit., p. 23; Deroussin, D., *Histoire du droit des obligations*, cit., p. 548 y ss; *Supra* subtítulo 21 sobre el *origen histórico de la nulidad del negocio jurídico*.

⁴⁹⁴ Hinestrosa, F., *Tratado de las obligaciones II: de las fuentes de las obligaciones: el negocio jurídico vol. II*, cit., p. 718.

⁴⁹⁵ En atención al esquema del Código de Bello, hay quienes discuten “si la nulidad establecida en el Código de Bello opera de pleno derecho o bien requiere de declaración judicial. Se trata de un problema dogmático, toda vez que en la doctrina se encuentran diversas posturas al respecto [...] algunas sostienen que la nulidad opera ipso iure, otras por lo contrario. Entre estas últimas se puede considerar también aquellas que estiman que lo que opera de pleno derecho es la inexistencia y no la nulidad [...] algunos autores señalaron que la nulidad opera de pleno derecho sobre la base de que sostener lo contrario da como resultado una ficción que consiste en que el acto o contrato ha tenido valor en el tiempo intermedio entre la celebración y la sentencia que declara la nulidad [...] Contemporáneamente, con respecto a la nulidad absoluta Baraona [...] sostiene que en el sistema del Código Civil de Bello no requiere de declaración judicial, por lo que opera de pleno derecho [...] En esta concepción, a la sentencia judicial se le atribuye una función meramente declarativa, la que en todo caso es considerada imprescindible para ejercer derechos restitutorios y reivindicatorios. Indica que esta postura goza de soporte textual, además de ser consistente con el derecho histórico y con lo resuelto por muchos códigos civiles [...] En un sentido relativamente similar Rodríguez (1995) sostiene que el Código de Bello contempla lo que denomina nulidades textuales, las que precisamente dan lugar a nulidades de pleno derecho, pero que en ocasiones aquellas nulidades se califican como nulidades absolutas (que denomina como supuestos de nulidad virtual, junto con la nulidad relativa), que requieren de declaración judicial (p. 338)”: Concha Machuca, R., “Nulidad e invalidez en el Código Civil de Bello, en especial en cuanto a su forma de operar”, en *Revista de Derecho*, Universidad del Norte, n.º 44, 2015, p. 41 y 42. Sin embargo, se estima que estas posiciones deben ser desestimadas, porque “no basta que un negocio jurídico esté viciado de nulidad. Producirá los efectos de válido, mientras la nulidad no se alegue y se declare por el juez en sentencia que tenga fuerza de cosa juzgada”: Alessandri Bessa, A., *La nulidad y la rescisión en el Derecho civil chileno*, 3ª ed., Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2008, p. 31. Cfr. Alessandri Rodríguez, A., *De los contratos*, Santiago de Chile, Nascimento, 1936, p. 84.

de la Ley 50 de 1936- dispone que “*la nulidad absoluta puede y debe ser declarada por el juez, aún sin petición de parte, cuando aparezca de manifiesto en el acto o contrato; puede alegarse por todo el que tenga interés en ello; puede así mismo pedirse su declaración por el Ministerio Público en el interés de la moral o de la ley. Cuando no es generada por objeto o causa ilícitos, puede sanearse por la ratificación de las partes y en todo caso por prescripción extraordinaria*” (cursiva por fuera del texto original). Seguidamente, el inciso 1º del artículo 1743 señala que “*la nulidad relativa no puede ser declarada por el juez o prefecto sino a pedimento de parte; ni puede pedirse su declaración por el Ministerio Público en el solo interés de la ley; ni puede alegarse sino por aquéllos en cuyo beneficio la han establecido las leyes, o por sus herederos o cesionarios; y puede sanearse por el lapso de tiempo o por ratificación de las partes*” (cursiva por fuera del texto original).

Subsecuentemente, el mismo cuerpo normativo en el inciso 1º del artículo 1746 establece que “*la nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada, da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo; sin perjuicio de lo prevenido sobre el objeto o causa ilícita*” (cursiva por fuera del texto original); y, finalmente, el artículo 1748 pregona que “*la nulidad judicialmente pronunciada da acción reivindicatoria contra terceros poseedores, sin perjuicio de las excepciones legales*” (cursiva por fuera del texto original).

En la órbita del Derecho Comercial, no sólo por la integración normativa planteada por el artículo 822 del Código de Comercio colombiano⁴⁹⁶, puede entreverse la predilección por exteriorizar la nulidad del negocio jurídico por medio de una declaración judicial, ya que el artículo 900, a propósito de la anulabilidad, reza “será anulable el negocio jurídico celebrado por persona relativamente incapaz y el que haya sido consentido por error, fuerza o dolo, conforme al Código Civil. *Esta acción sólo podrá ejercitarse por la persona en cuyo favor se haya establecido o por sus herederos, y prescribirá en el término de dos años, contados a partir de la fecha del negocio jurídico respectivo. Cuando la nulidad provenga de una incapacidad legal, se contará el bienio desde el día en que ésta haya cesado*” (cursiva por fuera del texto original).

A modo de resumen, las normas jurídica prenotadas resultan ser indicativas de la necesidad de una declaración judicial⁴⁹⁷ a fin de que la nulidad, absoluta o relativa, del negocio

⁴⁹⁶ Indica que “los principios que gobiernan la formación de los actos y contratos y las obligaciones de derecho civil, sus efectos, interpretación, modo de extinguirse, anularse o rescindirse, serán aplicables a las obligaciones y negocios jurídicos mercantiles, a menos que la ley establezca otra cosa”.

⁴⁹⁷ Debe resaltarse que el papel del juez, a propósito de la declaración de la nulidad del negocio jurídico, en el caso del ordenamiento jurídico colombiano implica que “el juez está autorizado simplemente para verificar si se encuentran probados los supuestos de hecho de la declaración de nulidad, comenzando por si fue impetrada por persona legitimada o, en su caso, si aparece de manifiesto en el acto o contrato, lo cual ha sido entendido siempre en el sentido de que no sea menester acudir a ningún otro elemento de juicio o probatorio, y si están

jurídico resulte materializada, de tal suerte que se trata de una realidad normativa⁴⁹⁸ que tiene sustento, como se dijo, en el decurso histórico que produjo el Código Civil colombiano y, sustancialmente, en la preservación de la prohibición de hacer justicia por mano propia.

69. LA EVENTUAL EXCEPCIÓN A LA REGLA GENERAL

La honda influencia del unilateralismo ha empezado a gestar la tendencia a “permitirle a la parte interesada declarar o hacer efectiva la nulidad del contrato mediante comunicación a propósito dirigida a la otra [...] A favor de la nulidad por mera declaración particular se esgrimen argumentos de suyo persuasivos, como el del apremio de una aplicación simplificada de la sanción, automática, dada la trascendencia de la transgresión normativa, y el de la pendencia, con su incertidumbre aneja, sea definida cuanto antes”⁴⁹⁹. En todo caso, la “intervención del juez [respecto de la declaración privada de la nulidad] sólo ocurriría *a posteriori*, en el evento de que la contraparte no la acepte y promueva un proeso para que se juzgue la legitimidad y regularidad de su proceder y, eventualmente, se elimine la anulación y se condene a quien tomó la iniciativa inmotivadamente a indemnizar daños y perjuicios”⁵⁰⁰.

No obstante, la posibilidad de declarar privadamente la nulidad, aún bajo esta posición, se ha restringido a las nulidades relativas, es decir, las “correspondientes a medidas de protección, ante todo, a los vicios de la voluntad, en razón de los cuales el negocio es *impugnable*”⁵⁰¹ (cursiva por fuera del texto original), pues, por la magnitud de la transgresión que supone la nulidad absoluta, sólo el juez estaría llamado a declararla. Esta parece ser la orientación de algunas codificaciones modernas y proyectos de armonización, como los § 142 y 143 del BGB, los artículos 50 y 51 del Código Civil de los Países Bajos, artículo 23 del Código suizo de obligaciones, los artículos 3.2.2, 3.2.5, 3.2.6, 3.2.7 y 3.2.11 de los Principios Unidroit y los artículos 4:112 y 4:113 de los Principios de Derecho Contractual europeo.

presentes en el proceso todos aquellos a quienes sería oponible la decisión. No le es dable, pues, abstenerse de pronunciarla, y en tal sentido, no es que 'el juez pueda declararla', sino que 'debe declararla' cuando esté presente y se encuentre completo el litisconsorcio”: Hinestrosa, F., *Tratado de las obligaciones II: de las fuentes de las obligaciones: el negocio jurídico vol. II*, cit., p. 729.

⁴⁹⁸ Valga decir que, por fuera del ámbito del Derecho Privado y de la Teoría General del Negocio Jurídico, existen hipótesis de nulidades, no negociales, que operan por conducto de una declaración privada. Como por ejemplo, la cláusula de exclusión probatoria prevista en el artículo 29 de la Constitución Política de 1991, según el cual, “es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso”. Sin embargo, el estudio de estos eventos escapa al objeto de este escrito.

⁴⁹⁹ Hinestrosa, F., *Tratado de las obligaciones II: de las fuentes de las obligaciones: el negocio jurídico vol. II*, cit., p. 719.

⁵⁰⁰ *Ibidem*, p. 721.

⁵⁰¹ *Ibidem*, p. 719.

En lo tocante con el ordenamiento jurídico colombiano, actualmente, no es dable, jurídicamente hablando, declarar privadamente la nulidad relativa o absoluta, en la medida en que, tanto el Código Civil como el Código de Comercio, dan por sentada la declaración judicial de la nulidad; a este respecto, para declarar privadamente la nulidad absoluta o relativa, evidentemente, sería precisa una modificación de las normas correspondientes, pero, es menester reflexionar en torno a la conveniencia de dicha determinación, pues, parecería que, la naturaleza primordialmente sancionatoria de la nulidad⁵⁰² y el carácter sensible de las causas legales que suscitan su declaración, justifican con suficiencia la necesidad de una declaración judicial. En último término, en lo que concierne a las causas legales que generan la declaratoria de la nulidad, el *quid* del asunto en cuanto a la admisibilidad o no de la declaración privada de la nulidad estriba en la confianza que el legislador le dispense a los particulares para proyectar su autonomía privada sin abusos.

Como corolario de lo anterior, algunos podrían pensar que las llamadas “nulidades convencionales” o “nulidades de origen particular” podrían constituir una excepción a la regla general de materialización de la nulidad del negocio jurídico. Sin embargo, sería un equívoco, porque la redacción del inciso 1º del artículo 1740 del Código Civil colombiano previene que “*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*” (cursiva y negrilla por fuera del texto original), lo cual, “excluye cualquier poder creador distinto”⁵⁰³, en la medida en que el legislador, expresamente, supeditó la creación de causales de nulidad a su propia competencia, suprimiendo, así, la posibilidad de los particulares en ejercicio de la autonomía privada creen causales distintas o transfiguren el *modus operandi*, pues, se insiste, esa “competencia vigilante y reguladora del ejercicio de la autonomía negocial es exclusiva del ordenamiento”⁵⁰⁴.

Aquella competencia exclusiva ha sido reconocida por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia al afirmar que “la ley, al consignar la figura de la invalidez, establece categorías, causales y efectos, en orden a su mejor y más completa adecuación a las necesidades pragmáticas y a la efectiva protección de los distintos intereses contrapuestos [...] es la ley a quien compete privativamente señalar cuáles son los quebrantamientos de sus dictados que desembocan en la invalidez, cuál la naturaleza de ésta [sic] y, por último,

⁵⁰² Sin perjuicio de las tesis modernas que le endilgan otros calificativos, como, por ejemplo, el de derecho de crítica. Cfr. *Supra* subtítulo 23 sobre el *concepto de la nulidad del negocio jurídico*.

⁵⁰³ Hinestrosa, F., *Tratado de las obligaciones II: de las fuentes de las obligaciones: el negocio jurídico vol. I*, cit., p. 503.

⁵⁰⁴ Hinestrosa, F., *Tratado de las obligaciones II: de las fuentes de las obligaciones: el negocio jurídico vol. II*, cit., p. 729 y 730.

los alcances de la decisión jurisdiccional que sobre tales supuestos se adopte”⁵⁰⁵.

Finalmente, habría de repararse sobre la naturaleza jurídica de las nulidades convencionales que supongan una declaración privada a fin de materializar la extinción del negocio jurídico, ya que, en puridad, no se trata de nulidades, pues, no son una sanción política del ordenamiento, sino que son “la estipulación de un negocio o de obligaciones condicionales, bajo condición resolutoria”⁵⁰⁶.

IV. LA MATERIALIZACIÓN DE LA RESCISIÓN DEL NEGOCIO JURÍDICO

70. LA ÚNICA REGLA EN LA MATERIA

La única regla que, en el contexto del ordenamiento jurídico colombiano, disciplina la concreción de la rescisión del negocio jurídico por lesión enorme⁵⁰⁷ es aquella, según la cual, la rescisión se materializa por medio de una declaración pública, puntualmente, judicial que así lo ordene. Se trata de una regla que, en el ordenamiento jurídico colombiano vigente, no admite excepciones.

Esta predilección del ordenamiento proviene de una circunstancia histórica particular, consistente en que, Andrés Bello, al acometer la labor de erigir el cuerpo normativo que, posteriormente, sería el Código Civil chileno y, de rebote, el similar Código Civil colombiano, consideró con alguna cercanía⁵⁰⁸ lo dicho por el *Code Civil* en materia de la rescisión del contrato de compraventa por lesión enorme, pues, el artículo 1674 de dicha codificación parte del presupuesto de una declaración judicial al indicar que “si el vendedor ha sido lesionado por más de siete doceavas partes en el precio de un inmueble, *él tiene el derecho de demandar la rescisión de la venta*, incluso si renunció expresamente en el contrato a la facultad de demandar esta rescisión, y que hubiera declarado donar la plusvalía” (cursiva por fuera del texto original), consecuentemente, el artículo 1677 pregonaba que “*la prueba de la lesión sólo podrá ser admitida en juicio*, y solamente en los

⁵⁰⁵ Cas. 13 de mayo de 1968, CXXIV, n.º 2297-2299, p. 137.

⁵⁰⁶ Hinestrosa, F., *Tratado de las obligaciones II: de las fuentes de las obligaciones: el negocio jurídico vol. II*, cit., p. 730. En el Derecho francés, hay quienes han favorecido la tesis de que las partes pueden declarar la nulidad privadamente de forma amigable, caso en el que, aquel acuerdo de las partes conforma un negocio jurídico nuevo que destruye los efectos del negocio “nulo”, de tal modo que se trataría de una suerte de mutuo disenso con los efectos propios de la nulidad en lo que concierne a las partes -destrucción retroactiva del negocio y eliminación de las obligaciones pendientes- o “abrogación”, pero que, en todo caso, no podría afectar a terceros, en la medida en que estarían salvaguardados por el principio de relatividad contractual. Cfr. Malaurie, Ph. y Aynès, L., *Cours de droit civil, Les obligations*, vol. 2, *Contrats et quasi-contrats*, 11ª ed., París, Cujas, 2001, p. 172; Terré, F., Simler, Ph. y Lequette, Y., *Droit Civil, Les obligations*, cit., p. 389.

⁵⁰⁷ Según la noción depurada en *Supra* subtítulo 28 sobre el concepto de la rescisión en el ordenamiento jurídico colombiano.

⁵⁰⁸ No se trata de una identidad absoluta, puesto que, como es sabido, Bello amplió el alcance de la figura. Cfr. Claro Solar, L., *Explicaciones de derecho civil chileno y comparado*, t. VI, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1979.

casos en que los hechos articulados fueran lo bastante verosímiles y lo bastante graves para hacer presumir la lesión” (cursiva por fuera del texto original).

En efecto, la exigencia de una declaración judicial resultó inmiscuida en el articulado del Código Civil colombiano⁵⁰⁹; así, el inciso 2º del artículo 1948 alude a que “no se deberán intereses o frutos *sino desde la fecha de la demanda*, ni podrá pedirse cosa alguna en razón de las expensas que haya ocasionado el contrato” (cursiva por fuera del texto original); subsecuentemente, el artículo 1949 -subrogado por el artículo 32 de la Ley 57 de 1887 prescribe que “no habrá lugar a la acción rescisoria por lesión enorme en las ventas de bienes muebles, ni en las que se hubieren hecho por ministerio de la justicia”.

A la misma conclusión se arriba al leer las disposiciones que conciernen a rescisión de la partición de la herencia por lesión enorme, pues, el artículo 1407 indica que “podrán los otros partícipes atajar *la acción rescisoria* de uno de ellos, ofreciéndole y asegurándole el suplemento de su porción en numerario” (cursiva por fuera del texto original); ulteriormente, el artículo 1408 indica que “*no podrá intentar la acción de nulidad o rescisión* el partícipe que haya enajenado su porción en todo o parte, salvo que la partición haya adolecido de error, fuerza o dolo, de que le resulte perjuicio” (cursiva por fuera del texto original).

De conformidad con lo anterior, es palmaria la exigencia normativa de una declaración judicial a fin de materializar la rescisión del negocio jurídico. Sin embargo, cabe preguntar, más allá de la tendencia heredada a nivel normativo del *Code Civil* y de la libertad configurativa que ostenta el legislador, ¿por qué la rescisión del negocio jurídico no podría ser declarada de forma privada? Podría pensarse, como suele afirmarse, que el negocio jurídico que comporta una lesión enorme es, de suyo, amoral, luego, por razón de la envergadura de la infracción, aquella debería ser conocida por el juez.

No obstante, resulta interesante y, en alguna medida, inusitado, pensar en la utilidad práctica que supondría la posibilidad de que la rescisión suscitada por lesión enorme fuera declarada privadamente, carácter pragmático que estaría fundado en la naturaleza que la

⁵⁰⁹ Esta previsión es compartida por otros ordenamientos jurídicos, como el suizo, ya que “el código de obligaciones suizo (OR, art. 21) hace hincapié de preferencia sobre el detrimento patrimonial de la víctima, en el afán egoísta que haya alentado la actividad del beneficiario de la lesión y deja a la ponderación judicial establecer cuándo se ha presentado y cómo debe subsanarse el entuerto”: Hinestroza, F., *Tratado de las obligaciones II: de las fuentes de las obligaciones: el negocio jurídico vol. I*, cit., p. 1192. Así mismo, el artículo 1448 del Código Civil italiano, el cual enseña que “habiendo desproporción entre la prestación de una parte y de la otra, dicha desproporción depende del estado de necesidad de una parte, de la que la otra se ha aprovechado para obtener una ventaja, la parte lesionada puede demandar la rescisión del contrato. La acción no es admisible si la lesión no excede la mitad del valor que tenía al tiempo del contrato la prestación ejecutada o prometida. La lesión debe perdurar hasta el momento en que se propone la demanda. No pueden ser rescindidos los contratos aleatorios”.

figura ostenta, en la medida en que conforme a la tesis objetiva implantada en el Código Civil colombiano, la “lesión surge exclusivamente de la diferencia que existe entre el precio pagado y el precio justo o valor del bien, por lo cual basta que el juez verifique esa desproporción para que pueda concluir que hubo lesión”⁵¹⁰, de tal modo que, si las partes verifican privadamente el desajuste patrimonial conforme a la fórmula indicada en la norma jurídica, ¿podría una de ellas declarar como rescindido el contrato?, esta posibilidad parecería quedar abstraída de abusos, en el sentido de ¿qué discusión podría plantearse ante la verificación objetiva de la diferencia aritmética indicada por la norma?, parecería un escenario en el que la parte lesionada propone un argumento irrefutable: el de la discrepancia aritmética. En todo caso, lo que sí es cierto es que, de cara a la legislación vigente, aquella posibilidad está del todo proscrita⁵¹¹, porque prohiar una tesis de este talante implicaría desconocer, además de la exigencia de una declaración judicial, la posibilidad que el ordenamiento reconoce a la parte aventajada por la lesión de conservar el negocio jurídico⁵¹², por ello, parece poco probable la introducción normativa de la declaración privada de la rescisión del negocio jurídico.

V. LA MATERIALIZACIÓN DE LA INEFICACIA DE PLENO DERECHO DEL NEGOCIO JURÍDICO

71. LA REGLA GENERAL

A título introductorio, es menester advertir que la ineficacia de pleno derecho constituye la forma de ineficacia negocial en la que, con mayor claridad, se puede denotar la premisa de

⁵¹⁰ Sentencia de Constitucionalidad 491 del 4 de mayo de 2000, p. 11. En igual sentido, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia ha afirmado que “la lesión enorme está estructurada en nuestro régimen civil sobre un factor puramente objetivo (el justo precio), con toda independencia del móvil subjetivo y de la manera como éste haya influido en el consentimiento. El que acepta v.gr., vender una cosa por precio inferior a la mitad o comprarla por precio superior al doble del que se considera justo, no hace proceso volitivo vicioso, o si lo hace no lo invoca como causa cuando pide al juez que el contrato se rescinda por lesión. Su aceptación en estas circunstancias no implica de por sí una falsa noción del valor real de la cosa, ni una fuerza física o moral que lo haya constreñido, ni un engaño del otro contratante, que fueran suficientes para inclinar su voluntad. Simplemente el contrato es lesivo para él, por contener una desproporción entre el valor de las prestaciones recíprocas que alcanza la cuantía determinada por la ley, y por ello es rescindible”: Cas. 23 de febrero de 1981, G.J. n.º 2407, p. 330.

⁵¹¹ Debe aclararse que el evento en que una parte le advierta a su contraparte que, conforme a las normas pertinentes, el negocio jurídico adolece de una lesión, y ambas consientan expresa o tácitamente en extinguir el negocio jurídico, aquel no se habrá extinguido por la forma de ineficacia negocial llamada “rescisión”, sino por el mutuo disenso que habrá obrado entre las partes, el cual, si así lo deciden puede tener un efecto retroactivo en lo que respecta a su relación. Para dicho propósito, debe tenerse en cuenta que “el mutuo disenso requiere las mismas condiciones de validez de las convenciones en general: capacidad, consentimiento libre, objeto y causa lícitos. Los contratantes son libres de determinar el alcance de ese acuerdo disolutorio, si éste tendrá efectos retroactivos o sólo hacia el futuro”: Molina Morales, R., “La terminación unilateral del contrato *ad nutum*”, cit., p. 126 y 127.

⁵¹² Por ejemplo, el artículo 1948 del Código Civil colombiano establece que “el comprador contra quien se pronuncia la rescisión podrá, a su arbitrio, consentir en ella, o completar el justo precio con deducción de una décima parte; y el vendedor, en el mismo caso, podrá a su arbitrio consentir en la rescisión, o restituir el exceso del precio recibido sobre el justo precio aumentado en una décima parte”.

este escrito, esto es, que la aplicación de la ineficacia negocial comporta, para su manifestación en el mundo físico, la realización de una declaración pública o privada, porque de no ser así, la conclusión a la que arriba el operador jurídico en virtud de la subsunción o ponderación no se vería reflejada en la *praxis*, sino que quedaría confiada en su mente, de tal modo que, en realidad, resulta impropio aludir a una aplicación “automática” de la ineficacia negocial⁵¹³.

En este orden de ideas, la regla general que conduce la materialización de la ineficacia de pleno derecho es aquella, según la cual, dicha forma de ineficacia negocial es exteriorizada por una declaración privada que deviene de las partes del negocio jurídico afectado; ello será así, siempre y cuando, las partes estén de acuerdo respecto de la ineficacia de pleno derecho que aqueja el negocio.

Ahora, se atribuye a la regla precitada el carácter de “general” en virtud de que, vista la imposibilidad práctica de que esta forma de ineficacia negocial opere “automáticamente”, el recto entendimiento de la calificación “de pleno derecho”, es que la materialización prescinde, en principio, de la intervención y pronunciamiento judicial, pues, basta la declaración de consuno de las partes del negocio jurídico, sea tácita o expresa, respecto de la ocurrencia de un supuesto que constituye un evento de ineficacia de pleno derecho.

Además de la imposibilidad práctica que suscita la necesidad de una declaración privada, la regla enunciada encuentra fundamento en el desensolvimiento histórico de la fórmula *pro non scripta*, en tanto que, como se manifestó oportunamente⁵¹⁴, desde su génesis en el Derecho Romano, ha tenido la vocación de operar por medio de una declaración privada, dejando en un papel eminentemente secundario a la intervención judicial, fundamentalmente, porque la finalidad de la figura siempre ha sido fungir como “un mecanismo para salvaguardar la existencia del negocio jurídico”⁵¹⁵, de tal modo que, por razón de esa naturaleza tuitiva, la forma más productiva de depurar el negocio jurídico afectado es la declaración privada, en el sentido de que sería una suerte de autocomposición de la eficacia del negocio, puesto que, suprimido el aparte ilícito por medio de la declaración privada, pervivirá la eficacia del negocio jurídico encauzando su alcance por

⁵¹³ En efecto, en torno a la ineficacia de pleno de derecho, con aserto en su *nomen iuris*, suele afirmarse que “la valoración negativa se materializa al coincidir la realización del acto dispositivo transgresor con la disposición normativa que impone la limitación, presupuesto o requisito, es decir, la materialización ocurre por el poder de la norma misma [...] como la valoración negativa se materializa de pleno derecho, el acto no surge jurídicamente porque se lo impide la *destrucción automática* que la norma manda [...] La fórmula *pro non scripta*, o ineficacia de pleno derecho como la denomina el Código de Comercio de Colombia, es un juicio de valoración negativa que se materializa de pleno derecho” (cursiva por fuera del texto original): Alarcón Rojas, F., *La ineficacia de pleno derecho en los negocios jurídicos*, cit., p. 159.

⁵¹⁴ Cfr. *Supra* subtítulo 32 sobre el *origen histórico de la ineficacia de pleno derecho del negocio jurídico*.

⁵¹⁵ Alarcón Rojas, F., *La ineficacia de pleno derecho en los negocios jurídicos*, cit., p. 161.

vía de la integración de su contenido⁵¹⁶.

72. LA EXCEPCIÓN A LA REGLA GENERAL

Si bien pareciese que la ineficacia de pleno derecho proscribiese de forma absoluta la posibilidad de su declaración judicial, no puede perderse de vista la hipótesis en que las partes del negocio jurídico afectado por la ineficacia de pleno derecho no están de acuerdo respecto de la ocurrencia de la misma, caso en el cual, de ser trasladada la controversia al juez competente, la ineficacia de pleno derecho del negocio deberá ser atestada o comprobada por éste. Así, como lo indica con acierto Alarcón, el hecho de que la forma de ineficacia negocial en comento se materialice, por regla general, por una declaración privada, “no impide que pueda ser atestada o constada, *de oficio o a petición de interesado* [...] de oficio puede y debe hacerlo el juez porque con su decisión estará reconociendo una situación jurídica que ha sido el resultado de la protección del interés público”⁵¹⁷.

Consecuentemente, merece la pena preguntarse ¿quién puede formular una pretensión o, incluso, excepción encaminada a obtener la constatación de la ineficacia de pleno derecho?, una vez más, con gran claridad, Alarcón puntualiza que “habida cuenta de que la ineficacia de pleno derecho es una sanción *in limine* que el ordenamiento impone a los actos que violan sus normas imperativas, se sigue que la constatación o atestación judicial o administrativa de la fórmula puede ser solicitada por cualquier interesado [...] Y si no se permitiera que la parte o partes conocedoras del vicio pidieran la atestación de la ineficacia, de hecho el acto terminaría produciendo efectos para ellas y la prohibición en últimas equivaldría a que la fórmula se diera muerte a sí misma”⁵¹⁸.

VI. LA MATERIALIZACIÓN DE LA INOPONIBILIDAD DEL NEGOCIO JURÍDICO

73. LA REGLA GENERAL

La regla general que ordena la realización de la inoponibilidad del negocio jurídico es la que supedita dicha realización a una declaración privada emanada, primeramente, de las partes del negocio jurídico quienes, mediante su conducta, expresa o tácitamente, dan a conocer la ineficacia relativa del negocio jurídico, en el sentido de que manifiestan que no

⁵¹⁶ Sobre el particular, es preciso tener en cuenta, como lo indica Alarcón, que dicha labor de integración no puede ser considerada, en forma alguna, como un saneamiento del negocio jurídico, circunstancia ésta que rehúye a las características mismas de la ineficacia de pleno derecho. En efecto, “las estipulaciones que hayan sido tenidas por no escritas y que sean necesarias para la ejecución del acto dispositivo deben ser instituidas mediante la labor de la integración negocial que dista mucho de ser igual a una labor de saneamiento [...] Con esta labor integradora se persigue preservar el negocio, corregir el contenido negocial, determinar plenamente su contenido y develar su alcance, razón por la que jamás puede ser catalogada como de saneamiento”: *Ibídem*, p. 171.

⁵¹⁷ *Ibídem*, p. 161 y 162.

⁵¹⁸ *Ibídem*, p. 168.

está llamado a producir efectos respecto de terceros.

Ligado a lo anterior, podría concebirse una hipótesis alternativa de declaración privada de la inoponibilidad de un negocio jurídico, esto es, cuando las partes de un negocio jurídico determinado pretenden oponer extrajudicialmente el respeto de aquel a un tercero⁵¹⁹, donde si el negocio jurídico no cumplió con un trámite de publicidad que debía suplir para ser considerado como oponible a terceros⁵²⁰, el tercero podría ponerle de presente a las partes que el negocio jurídico en cuestión no le es oponible⁵²¹, ante lo cual, si las partes están de acuerdo con dicha manifestación, se debería entender que la inoponibilidad resultó materializada en virtud de una declaración privada que se conformó a partir de la conducta de las partes y del tercero.

El carácter general de las reglas precitadas se sustenta en dos razones: en primer lugar, una razón que atañe a la lógica, dinámica o comportamiento mismo del principio de relatividad del contrato sobre el que se erige la inoponibilidad del negocio jurídico⁵²², en el sentido que de él, necesariamente, se sigue que las partes son las primeramente llamadas a reconocer la inoponibilidad del negocio, pues, a partir de la fórmula utilizada por el legislador para plasmar el principio del efecto obligatorio de los contratos *-pacta sunt servanda-*, esto es, según el artículo 1602 del Código Civil colombiano que “*todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes*, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales” (cursiva por fuera del texto original), se debe arribar a la conclusión de que si el contrato es ley para los contratantes, *a contrario sensu*, no es ley para aquellos que no sean contratantes, luego, podría afirmarse que una

⁵¹⁹ Podría tratarse de una manifestación tan simple como una carta de *cease and desist*, instrumentada en el ordenamiento jurídico colombiano como el ejercicio del derecho fundamental de petición en contra de un particular para que cese y no reinicie una conducta que, vista por las partes de un negocio jurídico, parecería infractora de los derechos contractuales de las partes.

⁵²⁰ Por ejemplo, un contrato de preposición que no está inscrito en el Registro Mercantil llevado por las Cámaras de Comercio, no sería oponible a terceros, en razón a que el artículo 1333 del Código de Comercio colombiano así lo ordena, cuestión que, ineluctablemente, debe ser considerada a la luz del artículo 901 del mismo Código, según el cual, “será inoponible a terceros el negocio jurídico celebrado sin cumplir con los requisitos de publicidad que la ley exija”.

⁵²¹ Sobre el particular, en el Derecho Chileno se ha dicho que “una cuestión relevante es la referida a cómo los terceros hacen valer este mecanismo de protección [se refiere a la inoponibilidad]. Al respecto, lo primero es definir si ella opera de pleno derecho o si se requiere de declaración judicial para favorecer al tercero. Teniendo en consideración la justificación de la inoponibilidad, es posible sostener que ella opera de pleno derecho, de modo que solo por verificarse el supuesto previsto por el legislador o, bien, por reunirse los elementos que la fundan -actuación jurídica posterior o desconocida que afecta el derecho de un tercero- en caso de ausencia de disposición legal, cabe sostener que el tercero está protegido, y puede desconocer la actuación perjudicial, eso sí, invocándola [es decir, declarándola privadamente], de modo que el juez deberá constatar que ella concurre para acceder a lo solicitado por el tercero”: Brantt Zumarán, M., “La inoponibilidad como mecanismo de protección de los terceros en la regulación patrimonial del matrimonio en el derecho chileno”, en *Revista Chilena de Derecho Privado*, Universidad Diego Portales, n.º 24, 2015, p. 79.

⁵²² Cfr. *Supra* subtítulo 37 sobre *origen histórico de la inoponibilidad del negocio jurídico*.

implicación del contrato es que le impone a las partes el deber de observar y respetar el hecho de que, en línea de principio, los terceros no pueden ser vinculados inopinadamente por el contrato que ellas han resuelto celebrar o, lo que es lo mismo, que las partes deben, como consecuencia del principio *pacta sunt servanda*, reconocer la inoponibilidad del negocio jurídico que ellas han celebrado en cuanto a la dificultad jurídica de vincular a terceros.

En segundo lugar, las reglas aludidas se fundamentan en que la inoponibilidad, aún desde la óptica de la ineficacia negocial, es vista como una tutela efectiva para proteger la intangibilidad del interés jurídico de los terceros respecto de las ramificaciones y concreciones del negocio jurídico⁵²³, pues, como recientemente lo ha afirmado la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia “la inoponibilidad valora la confianza razonable de los terceros de buena fe en aquellos negocios que se presentan objetivamente como válidamente celebrados”⁵²⁴, de tal modo que, en alguna medida, la declaración privada de la inoponibilidad es una cuestión que atañe a la protección de la seguridad jurídica⁵²⁵ y, más ampliamente, a la estabilidad jurídica de los intereses de los terceros, pues, ¿qué mejor manera de procurar la protección de los intereses jurídicos legítimos de los terceros que con la posibilidad de que la inoponibilidad sea declarada privadamente?, particularmente si se considera la utilidad práctica de la declaración privada, ya que, en virtud de ella, los terceros podrían, en principio, evitar el trajín y desgaste que supone un proceso judicial. Así, el “tercero podrá actuar confiando en que no le han de perjudicar los actos llevados a cabo por otras personas y que sean desconocidos o posteriores respecto al momento en que ese tercero adquiere sus derechos”⁵²⁶.

74. LA EXCEPCIÓN A LA REGLA GENERAL

La declaración pública, en particular, judicial, de la inoponibilidad del negocio jurídico sería precisa en el evento en que las partes de un negocio jurídico le pretenden enrostrar,

⁵²³ Parraguez Ruíz, L., *El negocio jurídico simulado*, Salamanca, Universidad de Salamanca, 2012, p. 118.

⁵²⁴ Cas. 28 de junio de 2017, n.º rad. 11001-31-03-021-2009-00244-01, p. 14. En esta misma oportunidad, la Sala sostuvo que “para que una persona pueda beneficiarse de la invocación de la inoponibilidad, tiene que ser un tercero relativo al que la celebración del contrato, su nulidad, simulación, o cualquier efecto entre las partes, no puede degradar su posición jurídica por ser un adquirente *in loco domini*, es decir que su derecho deriva legítimamente del *dominus*; de manera que la suerte que corra el acto ajeno (válido o inválido entre las partes) en virtud de una declaración judicial, tendrá que respetar y reafirmar el carácter incuestionable de su propio derecho”: Cas. 28 de junio de 2017, n.º rad. 11001-31-03-021-2009-00244-01, p. 14.

⁵²⁵ Entendiendo por seguridad jurídica, “la efectiva protección de la ley a los titulares o sujetos de una relación jurídica, de tal forma que el sujeto activo se encuentra garantizado en el ejercicio pacífico y en la eficacia de su derecho y el sujeto pasivo protegido en cuanto al real alcance y permanencia del deber que esa misma relación le impone”: Merino Scheihing, F., “La seguridad jurídica en el derecho civil”, en *Derecho y seguridad jurídica. Colección seminarios*, Universidad de Chile, n.º 6, 1983, p. 136.

⁵²⁶ Ragel, L., *Protección del tercero frente a la actuación jurídica ajena: la inoponibilidad*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1994, p. 97.

judicialmente, los efectos de dicho negocio a un tercero que estima que los efectos del negocio no pueden proyectarse sobre él, para cuyo efecto, éste último, probablemente, propondrá como excepción de mérito la inoponibilidad del negocio jurídico⁵²⁷, la cual, una vez demostrada, desembocará en la declaración judicial de inoponibilidad del negocio jurídico.

Salta a la vista que el carácter excepcional de esta hipótesis deriva del presupuesto de que, en primer término, no exista un consenso entre las partes del negocio y el tercero respecto de la inoponibilidad del negocio jurídico; y, en segundo término, que una o ambas partes del negocio emprendan un proceso en contra del tercero para oponerle alguna implicación o efecto del negocio. En este caso, sin duda es necesario un pronunciamiento del juez que, vista y demostrada la auténtica calidad de “tercero” -o la sola insatisfacción de la inscripción del negocio en un registro público como requisito de publicidad, si a ello hay lugar-, declare la inoponibilidad del negocio jurídico respecto de aquel⁵²⁸. La razón total que ampara este proceder es la necesaria protección del interés jurídico legítimo del tercero, circunstancia que constituye, ampliamente, la protección de la seguridad jurídica del ordenamiento.

⁵²⁷ Parece improbable la hipótesis en que el tercero emprenda un proceso declarativo, verbal o verbal sumario, para que la inoponibilidad del negocio jurídico sea declarada, pues, aparentemente, sería más razonable que aquel tercero se conduzca como si el negocio jurídico en cuestión fuese inoponible, a lo menos, hasta que un juez declare lo contrario. No obstante, aunque inusual, existen casos en la jurisprudencia nacional en los que se pretendió, por vía de acción valga decir, la declaratoria de inoponibilidad de un contrato de compraventa. Cfr. Cas. 28 de noviembre de 2003, n.º rad. 13641; cas. 15 de septiembre de 2005, n.º rad. 05001-31-03-0004-1999-08514-01. Así mismo, en el Derecho foráneo pueden avizorarse, a nivel normativo, eventos similares, como acontece en el Derecho peruano, en donde “conforme al artículo 195 del Código Civil [peruano], el acreedor (normalmente quirografario) puede pedir que se declaren ineficaces respecto de él los actos de disposición gratuitos u onerosos del deudor por los que dificulte el cobro del crédito. Se trata de una pretensión específica por la que se solicita judicialmente la declaración de ineficacia entendida como inoponibilidad del acto fraudulento, de manera que en el petitorio de la demanda no se solicitará la nulidad ni anulabilidad del acto fraudulento, sólo que el mismo sea inoponible respecto del acreedor perjudicado [...] Por consiguiente, la acción franqueada por el art. 195 al acreedor perjudicado, tiene carácter específico, una acción específica de inoponibilidad (puesto que normalmente la inoponibilidad se utiliza como defensa, esto es, que el tercero está protegido y facultado para comportarse con absoluta prescindencia del acto)”: Guzmán Espiche, L., “Los actos jurídicos inoponibles”, cit., p. 201 y 202.

⁵²⁸ La declaración de inoponibilidad podría aflorar, incluso, de forma oficiosa, pues, según lo indica el inciso 1º del artículo 282 del Código General del Proceso: “en cualquier tipo de proceso, cuando el juez halle probados los hechos que constituyen una excepción deberá reconocerla oficiosamente en la sentencia, salvo las de prescripción, compensación y nulidad relativa, que deberán alegarse en la contestación de la demanda”.

CONCLUSIONES GENERALES

En el decurso de este escrito se ha explorado *cómo se realiza la aplicación* de las formas de ineficacia negocial que se estiman más representativas en el ordenamiento jurídico, bien sea por su envergadura práctica, o por la sistematización a nivel normativo, jurisprudencial o doctrinal de que han sido objeto. Así, el estudio se focalizó en la inexistencia, la resolución, la nulidad, la rescisión, la ineficacia de pleno derecho y la inoponibilidad. De este discurso, es importante poner de relieve, en forma sucinta, algunas reflexiones:

1. No es exacto aludir, como lo hacen algunas normas jurídicas del ordenamiento colombiano, a una aplicación “automática”, es decir, sin intervención humana de la ineficacia negocial, en la medida en que, el Derecho, en tanto creación humana exige un comportamiento humano que lo materialice, pues, si se prescinde de aquel comportamiento de vocación realizadora, la pretensión de la norma jurídica quedaría relegada a los confines de la mente del operador jurídico.
2. La aplicación de las formas de ineficacia negocial es un comportamiento que, necesariamente, implica la realización de dos operaciones complementarias y consustancialmente ligadas: en primer término, la subsunción o ponderación y, en segundo término, una declaración pública o privada, en tanto que, en realidad, no existe una aplicación “automática” de la ineficacia negocial, sino que será necesaria una declaración, ampliamente considerada, para dar a conocer y trasladar al mundo físico la ineficacia del negocio jurídico.
3. En lo relacionado con la primera operación que compone la labor de aplicación de las formas de ineficacia negocial puede avizorarse un punto común o relación conceptual entre todas ellas, esto es, que, por regla general, y por razón de la estructura de las normas jurídicas en que están previstas en el orden jurídico colombiano, su aplicación se surte por medio de la subsunción y, sólo eventualmente, por medio de un ejercicio de ponderación en casos de aplicación del principio de conservación del negocio jurídico o, incluso, con ocasión de la protección de derechos fundamentales.
4. En lo tocante con la segunda operación que hace parte de la aplicación de las diversas concreciones de la ineficacia negocial, no existe una respuesta unívoca sobre cuál es el mecanismo previsto por el ordenamiento jurídico para que se produzca su materialización, en la medida en que, en algunas ocasiones, como acontece en la resolución, la nulidad y la rescisión por lesión enorme, se trata de una declaración pública, concretamente, judicial, en tanto emana de un juez de la República, pero, en otros eventos, como en la inexistencia, la inoponibilidad y la ineficacia de pleno derecho, será una declaración privada y, sólo de cara a un diferendo o controversia, será una declaración judicial. Esta falta de univocidad,

corresponde a una realidad normativa compleja del ordenamiento jurídico colombiano, que se explica, fundamentalmente, por el devenir histórico de las categorías jurídicas de ineficacia negocial vistas; circunstancia que, a su turno, se alinea con los muy distintos perfiles de la materia de la ineficacia del negocio jurídico, pues, no puede decirse que hayan reglas absolutas, permanentes, incontestables e irrefutables que disciplinen la materialización de las formas de ineficacia negocial, ya que, las más de las veces, puede entrecruzarse una regla general y múltiples excepciones sobre el particular.

5. A lo sumo, podría afirmarse que sobre la base del unilateralismo contractual, la fuerza misma de las necesidades prácticas del instituto contractual y los escenarios de desregularización del Derecho Privado, existe una tendencia en la teoría contemporánea del negocio jurídico canalizada a propender por la declaración privada de las diversas concreciones de la ineficacia del negocio jurídico.

6. Las diversas discusiones que se gestan en el contexto de la aplicación de la ineficacia negocial, en el fondo, entrañan una tensión conocida en diversas órbitas del Derecho: la pugna entre una perspectiva netamente práctica y una óptica sustancialmente teórica o, como se dijo, la diametral diferencia entre *law in books* y *law in action*, pues, en punto de la aplicación de la ineficacia negocial, habrá quienes propugnen por una visión focalizada a las necesidades que la práctica exige, como por ejemplo, al afirmar que la materialización de la ineficacia negocial exige, siempre, una comunicación o declaración y, otros, se encauzarán por una perspectiva significativamente teórica, sin mayor consideración práctica; como por ejemplo, al sostener la posibilidad de que la ineficacia negocial se materialice “automáticamente”, sin nadie que la declare. Sin embargo, los extremos suelen ser inexactos, porque, como se ha insistido, la ineficacia negocial es un tópico del Derecho con variados perfiles, de ahí que una posición mesurada, que tome en consideración aspectos teóricos y prácticos, sea la que permita alcanzar una respuesta más omnicomprendensiva en la materia que ocupa este escrito. Por ello, dicho llanamente, la ineficacia negocial no se materializa bajo un idealismo que prescindiera de toda intervención humana, pero, tampoco es cierto que se materialice por la sola fuerza de las necesidades prácticas, en razón a que las normas jurídicas que preceden a dicha óptica pragmática, sin duda, constituyen una consideración forzosa.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AA.VV., *Algunos Problemas de la Contratación Privada*, editado por Correa Restrepo, L., Universidad de Medellín, 2006.

AA. VV., *Les effets du contrat à l'égard des tiers, comparaisons franco-belges*, bajo la dirección de M. Fontaine y J. Ghestin, Paris, LGDJ, 1992.

Abeliuk Manasevich, R., *Las obligaciones*, 4ª ed., Tomo I, Bogotá, Editorial Temis, 2001.

Alarcón Rojas, F., *La incidencia del silencio en los contratos. Génesis y aplicación de la regla "Qui tacet, consentiré videtur"*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2016.

Alarcón Rojas, F., *La ineficacia de pleno derecho en los negocios jurídicos*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2011.

Alchourrón, C. y Bulygin, E., *Análisis lógico y derecho*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

Alessandri Bessa, A., *La nulidad y la rescisión en el Derecho civil chileno*, 3ª ed., Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2008.

Alessandri Rodríguez, A., *De los contratos*, Santiago de Chile, Nascimento, 1936.

Alessandri Rodríguez, A., *Teoría de las obligaciones*, Santiago de Chile, Imprenta El Esfuerzo, 1983.

Alexy, R., *El concepto y la validez del derecho*, Barcelona, Editorial Gedisa, 1994.

Alexy, R., "Sobre la ponderación y la subsunción: una comparación estructural", en *Pensamiento Jurídico*, trad. Córdoba, J., Universidad Nacional de Colombia, n.º 16, 2006.

Alexy, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. Garzón Valdez, E., Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997.

Alexy, R., "Epílogo a la Teoría de los derechos fundamentales", trad. Bernal Pulido, C., en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, año 22, n.º 66. 2002.

Anales del Congreso, n.º 107 del 31 de octubre de 1990.

Ancel, P., *Préface à Le juge et l'annulation du contrat* de Gout, O., Aix-en-Provence, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1999.

Antelo, M., "Consideraciones sobre el acto jurídico inoponible", en *Revista Notarial*, n.º 877, Buenos Aires, 1984.

Arévalo Guerrero, I., *Bienes. Constitucionalización del Derecho Civil*, 2ª ed., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2017.

Atias, Ch., *Précis élémentaire de contentieux contractuel*, 2ª ed., Aix-en-Provence, Presses Universitaires d'Aix-en-Provence, 2003.

Atienza Rodríguez, M., "A vueltas con la ponderación", en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, Universidad de Granada, n.º 44, 2010.

Auletta, G.G., *La risoluzione per inadempimento*, Milano, Giuffrè, 1942.

Baraona González, J., *La nulidad de los actos jurídicos: consideraciones históricas y dogmáticas*, Bogotá, Grupo Editorial Ibáñez, 2012.

Barbero, D., *Sistema del derecho privado*, t. I, trad. S. Sentís Melendo, Buenos Aires, Ejea, 1967.

Bargelli, E., *Il sinallagma rovesciato*, Milano, Giuffrè, 2010.

Bejarano Guzmán, R., *Procesos declarativos, arbitrales y ejecutivos*, 7ª ed., Bogotá, Editorial Temis, 2016.

Bernal Pulido, C., "Estructura y límites de la ponderación", en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Universidad de Alicante, n.º 26, 2003.

Bernal Pulido, C., "La racionalidad de la ponderación", en *Revista española de derecho constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, año n.º 26, n.º 77, 2006.

Betti, E., *Teoría general del negocio jurídico*, trad. Martín Pérez A. y Monereo Pérez J., Granada, Comares, 2000.

Betti, E., *Teoria generale del negozio giuridico*, 2ª ed., Napoli, Universidad di Camerino, 1994.

Bianca, C.M., *Derecho Civil: el contrato*, 2ª ed., trad. Fernando Hinestrosa, Edgar Cortés, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007.

Bobbio, N., *Teoría general del derecho*, 3ª ed., Bogotá, Editorial Temis, 2007.

Bohórquez, L. y Bohórquez J., *Diccionario jurídico colombiano*, t. I, Bogotá, Editora Jurídica Nacional, 2016.

Bohórquez Orduz, A., *De los negocios jurídicos en el derecho privado colombiano*, vol. 2, Bogotá, Doctrina y Ley, 2004.

Bonivento Fernández, J., *Los principales contratos civiles y mercantiles*, t. II., 3ª ed., Bogotá, Librería del Profesional, 1995.

Bonnecase, J., *Elementos de derecho civil*, Tomo II, Puebla, Editorial José M. Cajica, 1945.

Bonorino, P., “Interpretación y aplicación del derecho: apuntes críticos sobre la propuesta de Rafael Hernández Marín”, en *Isonomía : Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, Instituto Tecnológico Autónomo de México, n.º 18, 2003.

Boyer, G., *Recherches historiques sur la résolution des contrats*, Paris, Les presses universitaires de France, 1924.

Brantt Zumarán, M., “La inoponibilidad como mecanismo de protección de los terceros en la regulación patrimonial del matrimonio en el derecho chileno”, en *Revista Chilena de Derecho Privado*, Universidad Diego Portales, n.º 24, 2015.

Camacho, A. y Ternera, F., “La terminación extraordinaria del contrato: muertes especiales de las convenciones”, en *Revista de Derecho*, Universidad del Norte, n.º 40, 2013.

Capitant, H., *De la causa de las obligaciones*, trad. E. Tarragato y Contreras, Madrid, Góngora, 1927.

Carbonnier, J., *Droit civil. Introduction*, Paris, PUF, 1995.

Carbonnier, J., *Droit civil*, t. 4, *Les obligations*, 22ª ed., Paris, Thémis, PUF, 2000.

- Cariota-Ferrara, L., *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Napoli, Morano, 1945.
- Carrasco, A., *Derecho de Contratos*, Navarra, Editorial Aranzadi S.A., 2010.
- Cataudela, A., *Sul contenuto del contratto*, Giuffrè, Milano, 1966.
- Chacín Fuenmayor, R., “Scriptorium: Un procedimiento de aplicación operativa del Derecho: El proceso de subsunción del Derecho de Luis Díez-Picazo”, en *Frónesis: Revista de filosofía jurídica, social y política*, Universidad el Zulia: Instituto de Filosofía del Derecho doctor José Manuel Delgado Ocando , vol. 20, n.º 1, 2013.
- Chamie, J., “Rescisión por lesión enorme: el problema del origen”, en *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, n.º 19, 2010.
- Claro Solar, L., *Explicaciones de derecho civil y comparado*, Tomo X, Santiago de Chile, Imprenta Nacimiento, 1936.
- Claro Solar, L., *Explicaciones de derecho civil chileno y comparado*, t. VI, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1979.
- Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, “*CNUDMI. Compendio de jurisprudencia basada en la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías*”, 2ª ed., Nueva York, 2010, disponible en: https://www.uncitral.org/pdf/spanish/clout/Second_edition_spanish.pdf.
- Compagnucci De Caso, R., *El negocio jurídico*, Buenos Aires, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1992.
- Concha Machuca, R., “Nulidad e invalidez en el Código Civil de Bello, en especial en cuanto a su forma de operar”, en *Revista de Derecho*, Universidad del Norte, n.º 44, 2015.
- Conso, G., *Il concetto e le specie d'invalidità. Introduzione alla teoria dei vizi degli atti processuali penali*, Milano, Giuffrè, 1955.
- Corina Orué, J., “La aplicación de la ley por parte de los jueces”, en *Revista Jurídica*, Universidad Autónoma de Asunción, vol. 2, n.º 1, 2014.

Cortés Moncayo, E., “La norma jurídica”, en *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, n.º 2, 1997.

Cubides Camacho, J. y Prada Márquez, Y., “Eficacia del acto jurídico: visión unificada en los ordenamientos civil y comercial”, *Revista de Derecho Privado*, Universidad de los Andes, n.º 45, 2011.

Cumyn, M., *La validité du contrat suivant le droit strict ou l'équité: étude historique et comparée des nullités contractuelles*, Paris, LGDJ, 2002.

De Francisci, P., en *Síntesis histórica del derecho romano*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1954.

De los Mozos, J., “Inexistencia, nulidad y anulabilidad en el Anteproyecto de Código Europeo de Contratos de la Academia de Pavía”, en *Estudios en Homenaje al Profesor Manuel Albaladejo García*, vol. II, Murcia, Universidad de Murcia, 2004.

De los Mozos, J., *La conversión del negocio jurídico*, Barcelona, Bosch, 1959.

De Miguel, R. y Gómez de la Cortina, J., *Nuevo diccionario latino-español etimológico*, Madrid, Saenz de Jubera Hermanos Editores, 1921.

De Pina Vara, R., *Diccionario de derecho*, México, Editorial Porrúa, 1980.

De Ruggiero, R., *Instituciones de derecho civil*, t. I, trad. de la 4ª ed. italiana por Ramón Serrano Suñer y José Santa Cruz Teijeiro, Madrid, 1931.

Deroussin, D., *Histoire du droit des obligations*, Paris, Economica, 2007.

Dewey, J., “Mi filosofía del derecho”, en *Revista de Derecho Privado*, trad. Alberto Supelano, Pablo Moreno Cruz, Universidad Externado de Colombia, n.º 24, 2013.

Díaz-Ramírez, E., *Las nulidades*, en *La terminación del contrato*, dir. Por Gaitán J. y Mantilla, F., Bogotá, Universidad del Rosario, 2007.

Domat, J., *Oeuvres Complètes. Les Lois Civiles dans leur Ordre Naturel*, París, Alex-Gobelet Libraire, 1835.

Durry, G., *Rapport sur l'inexistence, la nullité et l'annulabilité des actes juridiques en droit civil français*, TAHC, 1961-1962.

Ferroni, L., *Le nullità negoziali di diritto comune, speciali e virtuali*, Milano, Giuffrè, 1998.

Fueyo Laneri, F., *Cumplimiento e incumplimiento de las obligaciones*, 3ª ed., Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2004.

Galán Barrera, D., “La compraventa internacional de mercaderías y su integración en el ordenamiento jurídico colombiano”, en *Criterio Jurídico*, Pontificia Universidad Javeriana de Cali, vol. 1, n.º 3, 2003.

Galiano-Maritan, G. y Gonzáles-Milián, D., “La integración del Derecho ante las lagunas de la ley. Necesidad ineludible en pos de lograr una adecuada aplicación del Derecho”, en *Revista Dikaion*, Universidad de la Sabana, vol. 21, n.º 2, 2012.

Gandolfi, G., “La conversione del contratto nullo: novità in Italia (e in Europa)”, en *Rivista di diritto civile*, CEDAM, vol. 50, n.º 2, 2004.

García Amado, J., “Ponderación y subsunción: ¿Son intercambiables y se eligen a conveniencia?”, en *Teoría del Derecho y Argumentación Jurídica: Ensayos Contemporáneos*, coordinado por Ortega García, R., Valencia, Tirant lo Blanch, 2013.

García Amado, J., “¿Qué es ponderar? Sobre implicaciones y riesgos de la ponderación”, en *Revista Iberoamericana de Argumentación*, UNED: Departamento de Lógica, Historia y Filosofía de la Ciencia, n.º 13, 2016.

García Vásquez, D., *Condición resolutoria tácita y responsabilidad del deudor: dos remedios complementarios y autónomos contra el incumplimiento*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2015.

Genicon, T., *La résolution du contrat pour inexécution*, Paris, La librairie juridique de référence en ligne, 2007.

Gil, J., *Teoría general de la ineficacia*, Bogotá, Cámara de Comercio de Bogotá, 2007.

Gómez Duque, A., “La resolución de los contratos por incumplimiento”, en *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, Universidad Pontificia Bolivariana, n.º 45, 1971.

Gómez Estrada, C., *De los principales contratos civiles*, 3ª ed., Bogotá, Editorial Temis, 1999, p. 51. Cfr. Valencia Zea, A., *Derecho civil III, De las obligaciones*, 6ª ed., Bogotá, Editorial Temis, 1982.

Gout, O., *Le juge et l'annulation du contrat*, Aix-en-Provence, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1999.

Greenwalt, K., "Objectivity in Legal Reasoning", en *Law and Objectivity*, Oxford University Press, 1992.

Guastini, R., "Interpretación y construcción jurídica", en *Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, Instituto Tecnológico Autónomo de México, n.º 43, 2015.

Guastini, R., "Ponderación: Un análisis de los conflictos entre principios constitucionales", en *Palestra del Tribunal Constitucional. Revista mensual de jurisprudencia*, año 2, n.º 8, 2007.

Guzmán Espiche, L., "Los actos jurídicos inoponibles", en *Ágora Revista de Derecho*, Universidad Inca Garcilaso de la Vega, años III-IV, n.º 3 y 4, 2002-2004.

Habermas, J., *Between Facts and Norms: Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*, trad. Rehg, W., Cambridge, Massachusetts: The MIT Press, 1996.

Hage, J., "Legal reasoning and legal integration", en *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, Maklu Uitgevers, vol. 10, n.º 1, 2003.

Hinestrosa, F., *Curso de obligaciones. Conferencias*, 2ª ed., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1960.

Hinestrosa, F., *Tratado de las obligaciones. Concepto, Estructura, Vicisitudes*, 3ª ed., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007.

Hinestrosa, F., *Tratado de las obligaciones II: de las fuentes de las obligaciones: el negocio jurídico vol. I*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2015.

Hinestrosa, F., *Tratado de las obligaciones II: de las fuentes de las obligaciones: el negocio jurídico vol. II*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2015.

Ibáñez Jiménez, B., “La lógica jurídica: Subsunción Vs Argumentación”, en *Revista de Derecho*, Universidad del Norte, n.º 7, 1997.

Japiot, R., *Des nullités en matière d'actes juridiques*, París, Arthur Rosseau Editeur, 1909.

Jaramillo Jaramillo, C., *La compraventa en el derecho del consumo*, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana de Colombia, 2015.

Jestaz, P., *La qualification en Droit civil, Droits. La qualification*, Paris, PUF, 1994.

Larenz, K., *Derecho Civil. Parte general*, trad. Izquierdo y Macías-Picavea, Madrid, Edersa, 1978.

Larroumet, C., *Les obligations. Le contrat*, Paris, Ed. Economica, 2003.

Larroumet, C. *Convenio de Viena sobre la compraventa internacional de mercaderías: obligaciones del vendedor, obligaciones del comprador, sanciones del incumplimiento de las partes, interpretación del Convenio de Viena*, en AA.VV., *Compraventa internacional de mercaderías: comentarios a la Convención de Viena de 1980*, Pontificia Universidad Javeriana, 2003.

Lasbordes, V., *Les contrats déséquilibrés*, t. I y II., Aix-en-Provence, Presses Université Aix-Marseille, 2000.

Lehmann, H., *Tratado de derecho civil. Parte general*, vol. I, trad. J. M. Navas, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1956.

Linares Díaz, M., “Caracterización del derecho de retracto en Colombia”, en *Revista de Derecho Privado*, Universidad de los Andes, n.º 57, 2017.

Lloveras de Resk, M., “Nulidad, inoponibilidad y teoría de la inexistencia”, en *Revista Notarial*, Colegio de Escribanos de la Provincia de Córdoba, n.º 42, 1981.

López Hidalgo, S., “Ponderación versus subsunción jurídica: ¿la crisis de la certeza del Derecho?”, en *Foro: Revista de Derecho*, Universidad Andina Simón Bolívar, n.º 23, 2015.

López y López, A., *La interpretación de los contratos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017.

Lutzesco, G., *Essai sur les nullités des actes juridiques, á caractère patrimonial*, Paris, Sirey, 1938.

Malaurie, Ph. y Aynès, L., *Cours de droit civil, Les obligations*, vol. 2, *Contrats et quasi-contrats*, 11ª ed., París, Cujas, 2001.

Mantilla Espinosa, F., “Interpretar: ¿aplicar o crear derecho? análisis desde la perspectiva del derecho privado”, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, n.º 33, 2009.

Mantilla Espinosa, F. y Ternera Barrios, F., “La resolución de los contratos en el derecho colombiano”, en *Revista Chilena de Derecho Privado*, Universidad Diego Portales, n.º 5, 2005.

Marín Padilla, M., *El Principio General de Conservación de los Actos y Negocios Jurídicos. “Utile per inutile nonvitiatur”*, Barcelona, Librería Bosch, 1990.

Martínez Cárdenas, B., “Nueva perspectiva del sistema de Derecho Continental en Colombia”, en *Revista Ius et Praxis*, Universidad de Talca, vol. 17, n.º 2, 2011.

Martínez Granados, A., “Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías: ¿cómo afecta a los empresarios colombianos?”, en *Revista e-mercatoria*, Universidad Externado de Colombia, vol. 2, n.º 2, 2003, disponible en: <http://www.emercatoria.edu.co/PAGINAS/VOLUMEN2/02.htm>.

Martínez Zorrilla, D., “Alternativas a la ponderación. El modelo de Susan L. Hurley”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, año n.º 29, n.º 86, 2009.

Mazeaud, D., “Le nouvel ordre contractuel”, en *Revue des Contrats*, n.º 1, París, 2003.

Mazeaud, H., Mazeaud, L. y Mazeaud J., *Lecciones de derecho civil*, parte II, vol. I, trad. L. Alcalá-Zamora y Castillo, Buenos Aires, Ejea, 1959-1965.

Mélich-Orsini, J., *La resolución del contrato por incumplimiento*, Bogotá, Editorial Temis, 1979.

Merino Scheihing, F., “La seguridad jurídica en el derecho civil”, en *Derecho y seguridad jurídica. Colección seminarios*, Universidad de Chile, n.º 6, 1983.

Messineo, F., *Doctrina General del Contrato*, t. II, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América (EJEA), 1952.

Messineo, F., *Doctrina General del contrato*, Tomo II, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América (EJEA), 1986.

Messineo, F., *Manual de derecho civil y comercial*, t. II, trad. S. Sentís Melendo, Buenos Aires, Ejea, 1954, reimpresión de 1971.

Meza Barros, R., *Manual de derecho civil. De las obligaciones*, 5ª ed., Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1974.

Mirabelli, G., *La rescissione del contratto*, Napoli, Jovene, 1951.

Molares Hervias, R., *Las patologías y los remedios del contrato*, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2010, disponible en: http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/123456789/4682/MORALES_HERVIAS_ROMULO_PATOLOGIAS_CONTRATO.pdf?sequence=1

Molina Morales, R., “La terminación unilateral del contrato *ad nutum*”, en *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, n.º 10, 2006.

Molina Morales, R., “La terminación unilateral del contrato por incumplimiento”, en *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, n.º 17, 2009.

Montealegre, E., Bautista, N. y Vargas, L., *La ponderación en el derecho. Evolución de una teoría, aspectos críticos y ámbitos de aplicación en el derecho alemán*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2014.

Mourlon, M., *Répétitions écrites sur le Code Civil*, t. II, Paris, Libraires-Editeurs, 1885.

Namén Vargas, W., “Obligaciones pecuniarias y corrección monetaria”, en *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, n.º 3, 1998.

Navarro, P. y Moreso, J., “Aplicabilidad y eficacia de las normas jurídicas”, en *Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, Instituto Tecnológico Autónomo de México, n.º 5, 1996.

Navia, F., “La terminación unilateral del contrato de derecho privado”, en *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, n.º 14, 2008.

Navia Revollo, S., *La resolución por autoridad del acreedor*, Tesis de Grado, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007.

Neme Villarreal, M., *La buena fe en el derecho romano: Extensión del deber de actuar conforme a buena fe en materia contractual*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2010.

Núñez Molina, W., “El acto jurídico inexistente: su relevancia jurídica y aplicación en el código civil peruano”, *Derecho y Cambio Social*, año 8, n.º 23, 2011.

Ordóñez Ordóñez, A., “El artículo 82 de la Ley 45 de 1990 reformativo del artículo 1068 del Código de Comercio”, en *Revista e-mercatoria*, vol. 10, n.º 1, Universidad Externado de Colombia, 2011, disponible en: <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/emerca/article/view/2906>.

Ospina Fernández, G., *Teoría general de los actos o negocios jurídicos*, 2ª ed., Bogotá, Editorial Temis, 1983.

Ospina Fernández, G. y Ospina Acosta, E., *Teoría general del contrato y del negocio jurídico*, 6ª ed., Bogotá, Editorial Temis, 2000.

Ourliac P. y Gazzaniga L., *Historie du Droit Privé Français de l'An Mil au Code Civil*, París, Editions Albin Michel, 1985.

Paladini, M., “Nuevas perspectivas en materia de resolución del contrato por incumplimiento”, trad. Cárdenas Rodríguez, L., en *Revista Iusta*, Universidad Santo Tomás, vol. 1º, n.º 30, 2009.

Parraguez Ruíz, L., *El negocio jurídico simulado*, Salamanca, Universidad de Salamanca, 2012.

Paulin, Ch., *La clause résolutoire*, LGDJ, París, 1996.

Peñailillo Arévalo, D., “Algunas reformas a la resolución por incumplimiento”, en *Revista de Derecho*, Universidad de Concepción, n.º 231-232, año LXXX, 2012.

Petronio, U., *Risoluzione. Diritto intermedio*, en *Enciclopedia del Diritto*, XL, Padova, Cedam, 1989.

Petzold-Pernía, H., “Consideraciones sobre la subsunción o cómo se elabora la sentencia - hermenéutica jurídica y argumentación-”, en *Frónesis: Revista de filosofía jurídica, social y política*, Universidad el Zulia: Instituto de Filosofía del Derecho doctor José Manuel Delgado Ocando , vol. 8, n.º 3, 2001.

Pizarro R. y Stiglitz R., *Lesión subjetiva. Aspectos sustanciales y procesales*, en *Realidades y tendencias del derecho en el siglo XXI, Derecho Privado*, t. IV, Bogotá, Universidad Javeriana-Temis, 2010.

Pizarro Wilson, C., “Las cláusulas resolutorias en el derecho chileno”, en *Temas de contratos. Cuadernos de análisis jurídicos*, Colección Derecho Privado III, Ediciones Universidad Diego Portales, 2006.

Pizarro Wilson, C., *Las cláusulas resolutorias en el derecho civil chileno*, en *La terminación del contrato*, dir. Por Gaitán J. y Mantilla, F., Bogotá, Universidad del Rosario, 2007.

Pizarro Wilson, C., “La ruptura unilateral del contrato”, en AA.VV. *La terminación del contrato*, Bogotá, Universidad del Rosario, 2007.

Pizzorusso, A., *Curso de Derecho Comparado*, trad. Jiménez Campo, J., Barcelona, Ariel, 1987.

Planiol, M., *Traité élémentaire de Droit civil*, 2.^a ed., París, Librairie Cotillon, 1903.

Planiol, M., Ripert, G. y Esmein, P., *Traité pratique de droit civil français. Obligations*, t. I., Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1952.

Pound, R., “Law in Books and Law in Action”, en *American Law Review*, n.º 44, 1910.

Prieto Sanchis, L., *Interpretación jurídica y creación judicial*, Lima, Palestra, 2007.

Prieto Sanchis, L., “El juicio de ponderación constitucional”, en *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, ed. Carbonell, M., Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008.

Quadri, E., “A proposito della ristampa del 'Contributo alla teoria del negozio giuridico' di R. Scognamiglio”, en *Rivista di diritto civile*, Università degli Studi di Napoli Federico II, n.º 4, 2009.

Quicios Molina, S., “La ineficacia contractual”, en *Tratado de contratos, Tomo I: concepto, límites, significación, requisitos, formación, forma, documentación, interpretación e integración, eficacia e ineficacia del contrato*, dirigido por Bercovitz Rodríguez-Cano, R., y coordinado por Moralejo Imbernón, N. y Quicios Molina, S., Valencia, Tirant lo Blanch, 2009.

Ragel, L., *Protección del tercero frente a la actuación jurídica ajena: la inoponibilidad*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1994.

Ramírez Baquero, E., *La ineficacia en el negocio jurídico*, Bogotá, Editorial Universidad del Rosario, 2008.

Ramírez Baquero, E., “Inexistencia en el negocio jurídico en general y en el contrato en particular”, en *La terminación del contrato*, Bogotá, Universidad del Rosario, 2007.

Ramos Peña, L., “La interpretación y aplicación del derecho. Importancia de la argumentación jurídica en un Estado de Derecho”, en *Revista Quid Iuris*, Tribunal Electoral Estatal del Estado de Chihuahua, n.º 13, 2011.

Real Academia Española de la Lengua., *Diccionario de la Lengua Española*, 23.1.^a ed., 2017, disponible en: <http://dle.rae.es>.

Rengifo, E., *Las facultades unilaterales en la contratación moderna*, 2^a ed, Bogotá, Legis Editores S.A., 2017.

Rodotá, S., “¿Cuál derecho para el nuevo mundo?”, trad. Emilssen González de Cancino, en *Revista de Derecho Privado*, n.º 9, Universidad Externado de Colombia, 2005.

Rodríguez Olmos, J., “La interpretación de los contratos con el consumidor: elementos para la contextualización de la problemática (Primera parte)”, en *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, n.º 24, 2013.

Rodríguez-Rosado, B., *Resolución y sinalagma contractual*, Madrid, Marcial Pons, 2013.

Rosseti, G., *'Nullità' e 'annullabilità' nell'esperienza giuridica romana*, en Boudot et Vecchi, *La théorie des nullités*, Aix-en-Provence, Presses Universitaires Aix-Marseille, 2009.

Ruíz Miguel, A., “Creación y aplicación en la decisión judicial”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Política, n.º 1, 1984.

San Martín Neira, L., “La teoría de la inexistencia y su falta de cabida en el Código Civil chileno”, en *Revista Chilena de Derecho*, Pontificia Universidad Católica de Chile, vol. 42, n.º 3, 2015.

Sanabria Gómez, A., “La resolución en el derecho colombiano”, en AA.VV. *La terminación del contrato*, Bogotá, Universidad del Rosario, 2007.

Sanín Bernal, I., “El suministro: un contrato, y también una realidad comercial”, en *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, Universidad Pontificia Bolivariana, n.º 93, 1993.

Scalisi, V., *Nullità e inefficacia nel sistema europeo de contratti*, en *Il contratto e le tutele, prospettive di diritto europeo*, Torino, Giappichelli, 2002.

Scognamiglio, R., *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, 2ª ed., Napoli, Jovene, 2008.

Scognamiglio, R., *Teoría general del contrato*, trad. Fernando Hinestrosa, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1996.

Stolfi, G., *Teoría del negocio jurídico*, trad. J. Santos Briz, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1959.

Talamanca, M., *La risoluzione della compravendita e le conseguenti azioni di restituzione nel diritto romano*, en AA. VV., *Caducazione degli effetti del contratto e pretese di restituzione*, editado L.Vacca, Torino, Giapichelli, 2006.

Tamayo Lombana, A., *Manual de obligaciones*, Tomo II, Bogotá, Editorial Temis, 1998.

Terré, F., Simler, Ph. y Lequette, Y., *Droit Civil, Les obligations*, 8ª ed., Paris, Dalloz, 2002.

Uribe Holguín, R., *De las obligaciones y del contrato en general*, Bogotá, Editorial Temis, 1982.

Vattier Fuenzalida, C., “Inexistencia y nulidad del contrato”, en *Código Europeo de Contratos. Academia de Iusprivatistas Europeos (Pavía). Comentarios en Homenaje al Profesor Don José Luis de Los Mozos y de Los Mozos*, vol. II, Madrid, Dykinson, 2003.

Vidal Gil, E., *Los conflictos de derechos en la legislación y jurisprudencia españolas. Un análisis de algunos casos difíciles*, Valencia, Universitat de València, 1999.

Walker Silva, N., “Bases para una deconstrucción del concepto de rescisión por lesión”, *Revista Chilena de Derecho*, Pontificia Universidad Católica de Chile, vol. 44, n.º 3, 2017.

Witz, C., *Droit privé allemand, I., Actes juridiques, droits subjectifs, BGB, Partie générale. Loi sur les conditions générales d'affaires*, París, Litec, 1992.

Zannoni, E., *Ineficacia y nulidad de los actos jurídicos*, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1986.

Zannoni, E., *Ineficacia y nulidad de los actos jurídicos*, Buenos Aires, Editorial Astrea, 2007.

JURISPRUDENCIA

Corte Constitucional de Colombia

Sentencia de Constitucionalidad 222 del 5 de mayo de 1994.

Sentencia de Constitucionalidad 475 del 25 de septiembre de 1997.

Sentencia de Constitucionalidad 597 del 21 de octubre de 1998.

Sentencia de Constitucionalidad 269 del 28 de abril de 1999.

Sentencia de Constitucionalidad 491 del 4 de mayo de 2000.

Sentencia de Constitucionalidad 710 del 5 de julio de 2001.

Sentencia de Constitucionalidad 1287 del 5 de diciembre de 2001.

Sentencia de Tutela 1186 del 4 de diciembre de 2003.

Sentencia de Constitucionalidad 534 del 24 de mayo de 2005.

Sentencia de Tutela 769 del 25 de julio de 2005.

Sentencia de Constitucionalidad 210 del 21 de marzo de 2007.

Sentencia de Constitucionalidad 417 del 26 de junio de 2009.

Sentencia de Constitucionalidad 122 del 1º de marzo de 2011.

Sentencia de Constitucionalidad 816 del 1º de noviembre de 2011.

Sentencia de Constitucionalidad del 2 de mayo de 2012.

Sentencia de Constitucionalidad 068 del 13 de febrero de 2013.

Sentencia de Unificación del 13 de marzo de 2013.

Sentencia de Constitucionalidad 934 del 11 de diciembre 2013.

Sentencia de Constitucionalidad 236 del 9 de abril de 2014

Sentencia de Constitucionalidad 671 del 28 de octubre de 2015.

Sentencia de Tutela 681 del 5 de diciembre de 2016.

Sentencia de Constitucionalidad 041 del 1º de febrero de 2017.

Sentencia de Constitucionalidad 345 del 24 de mayo de 2017.

Corte Suprema de Justicia de Colombia

Sala de Casación Civil. Sentencia del 31 de mayo de 1892, *GJ* VII.

Sala de Casación Civil. Sentencia del 15 de junio de 1892, *GJ* VII.

Sala de Casación Civil. Sentencia del 28 de junio de 1919, *GJ XXVII*.

Sala de Casación Civil. Sentencia del 13 de noviembre de 1923, *GJ XXX*.

Sala de Casación Civil. Sentencia del 26 de junio de 1935, *GJ XLII*.

Sala de Casación Civil. Sentencia del 26 de noviembre de 1935, *GJ XLIII*.

Sala de Casación Civil. Sentencia del 27 de julio de 1936, *GJ XLIV*.

Sala de Casación Civil. Sentencia del 15 de diciembre de 1936, *GJ XLIV*.

Sala de Casación Civil. Sentencia del 23 de septiembre de 1938, *GJ XLVII*.

Sala de Casación Civil. Sentencia del 21 de abril de 1939, *GJ XLVIII*.

Sala de Casación Civil. Sentencia del 15 de febrero de 1940, *XLIX*.

Sala de Casación Civil. Sentencia del 15 de marzo de 1941, *GJ L*, n.º 1967-1969.

Sala de Casación Civil. Sentencia del 3 de septiembre de 1941, *GJ LII*, 1966.

Sala de Casación Civil. Sentencia del 10 de marzo de 1942, *GJ LIII*.

Sala de Casación Civil. Sentencia del 15 de septiembre de 1943, *GJ LVI*, n.º 2000-2005.

Sala de Casación Civil. Sentencia del 18 de septiembre de 1944, *GJ LVII*, n.º 2010-2014.

Sala de Casación Civil. Sentencia del 16 de noviembre de 1945, *GJ LIX*.

Sala de Casación Civil. Sentencia del 30 de noviembre de 1954, *GJ LXXXIX*.

Sala de Casación Civil. Sentencia del 12 de marzo de 1958, *GJ LXXXVII*.

Sala de Casación Civil. Sentencia del 28 de agosto de 1958, *GJ LXXXVIII*, n.º 2199-2200.

Sala de Casación Civil. Sentencia del 23 de febrero de 1961, *GJ XCIV*.

Sala de Casación Civil. Sentencia del 2 de julio de 1963, *GJ CIII-CIV*, n.º 2268-2269.

Sala de Casación Civil. Sentencia del 13 de mayo de 1968, *GJ CXXIV*, n.º 2297-2299.

Sala de Casación Civil. Sentencia del 21 de mayo de 1968, *GJ CXXIV*, n.º 2297-2299.

Sala de Casación Civil. Sentencia del 21 de mayo de 1969, *GJ CXXIV*.

Sala de Casación Civil. Sentencia del 9 de junio de 1971, *GJ CXXXVIII*.

Sala de Casación Civil. Sentencia del 5 de noviembre de 1979, *GJ CLIX*, n.º 2400.

Sala de Casación Civil. Sentencia del 23 de febrero de 1981, *G.J.* n.º 2407.

Sala de Casación Civil. Sentencia del 3 de mayo de 1984, *GJ CLXXVI*, n.º 2415.

Sala de Casación Civil. Sentencia del 11 de septiembre de 1984, *GJ CLXXVI*, n.º 2415.

Sala de Casación Civil. Sentencia del 30 de octubre de 1986, no publicada, Magistrado Ponente: Eduardo García Sarmiento.

Sala de Casación Civil. Sentencia del 1º de abril de 1987, *GJ CLXXXVIII*.

Sala de Casación Civil. Sentencia del 13 de diciembre de 1988, *GJ CXCII*, n.º 2431.

Sala de Casación Civil. Sentencia del 28 de junio de 1991, *CCVIII*, n.º 2447.

Sala de Casación Civil. Sentencia del 26 de enero de 1994, exp. 3910.

Sala de Casación Civil. Sentencia del 21 de marzo de 1995, exp. 3328.

Sala de Casación Civil. Sentencia del 10 de julio de 1995, n.º rad. 4540.

Sala de Casación Civil. Sentencia del 4 de marzo de 1996, *GJ CCXL*.

Sala de Casación Civil. Sentencia del 12 de noviembre de 1998, exp. 5077.

Sala de Casación Civil. Sentencia del 8 de junio de 1999, *CCLVIII*, n.º 2497.

Sala de Casación Civil. Sentencia del 2 de octubre de 2000, exp. 5592.

Sala de Casación Civil. Sentencia del 25 de febrero de 2002, exp. 6440.

Sala de Casación Civil. Sentencia del 24 de febrero de 2003, exp. 6610.

Sala de Casación Civil. Sentencia del 22 de octubre de 2003, exp. 7451.

Sala de Casación Civil. Sentencia del 28 de noviembre de 2003, n.º rad. 13641.

Sala de Casación Civil. Sentencia del 15 de enero de 2004, exp. 6913.

Sala de Casación Civil. Sentencia del 9 de febrero de 2004, exp. 7577.

Sala de Casación Civil. Sentencia del 12 de marzo de 2004, exp. 6759.

Sala de Casación Civil. Sentencia del 4 de junio de 2004, exp. 7748.

Sala de Casación Civil. Sentencia del 14 de enero de 2005, exp. 7524.

Sala de Casación Civil. Sentencia del 28 de julio de 2005, exp. 1999-00449-01.

Sala de Casación Civil. Sentencia 15 de septiembre de 2005, n.º rad. 05001-31-03-0004-1999-08514-01

Sala de Casación Civil. Sentencia del 15 de agosto de 2006, exp. 08001-31-10-003-1995-9375-01.

Sala de Casación Civil. Sentencia del 16 de agosto de 2007, n.º rad. 25875 31 84 001 1994 00200 01.

Sala de Casación Civil. Sentencia del 1º de julio de 2008, exp. 2001-00803-01.

Sala de Casación Civil. Sentencia del 1º de diciembre de 2008, n.º rad. SC-101-2008.

Sala de Casación Civil. Sentencia del 19 de diciembre de 2008, exp. 08158

Sala de Casación Civil. Sentencia del 1º de julio de 2009, n.º rad. 11001-3103-039-2000-00310-01.

Sala de Casación Civil. Sentencia del 29 de octubre de 2009, n.º rad. 5200131030032000-00288-01.

Sala de Casación Civil. Sentencia del 18 de diciembre de 2009, n.º rad. 4100131030041996-09616-01.

Sala de Casación Civil. Sentencia del 6 de agosto de 2010, n.º rad. 05001-3103-017-2002-00189-01.

Sala de Casación Civil. Sentencia del 14 de diciembre de 2010, exp. 8463.

Sala de Casación Civil. Sentencia del 30 de agosto de 2011, n.º rad. 11001-3103-012-1999-01957-01.

Sala de Casación Civil. Sentencia del 8 de septiembre de 2011, n.º rad. 11001-3103-026-2000-04366-01.

Sala de Casación Civil. Sentencia del 7 de octubre de 2015, n.º rad. 05001-31-03-012-2006-00426-01.

Sala de Casación Civil. Sentencia del 17 de agosto de 2016, n.º rad. 11001-31-03-007-2007-00606-01.

Sala de Casación Civil. Sentencia del 28 de junio de 2017, n.º rad. 11001-31-03-021-2009-00244-01.

Sala de Casación Civil. Sentencia del 25 de agosto de 2017, n.º rad. 25286-31-84-001-2005-00238-01.

Sala de Casación Civil. Sentencia del 23 de noviembre de 2017, n.º rad. 68679-22-14-000-2017-00067-01.

Consejo de Estado de Colombia

Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 30 de noviembre de 2000, n.º rad. 11895.

Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 30 de octubre de 2003, n.º rad. 11001-03-26-000-2003-00005-01.

Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 26 de abril de 2006, exp. 16041.

Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 2 de mayo de 2007, n.º rad. 16211.

Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 26 de mayo de 2010, n.º rad. 29402.

Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 30 de abril de 2012, n.º rad. 25000-23-26-000-1995-00704-01.

Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 12 de febrero de 2015, n.º rad. 44001-23-31-000-2003-00657-01.

Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Segunda. Sentencia del 9 de marzo de 2017, n.º rad. 05001-23-33-000-2016-02706-01(AC).

Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Primera. Sentencia del 14 de julio de 2017, n.º rad. 11001-03-24-000-2001-00090-01 (Acumulado 11001-03-24-000-2002-00122-01).

Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 19 de julio de 2017, n.º rad. 11001-03-26-000-2017-00043-00.

Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Segunda. Sentencia del del 25 de septiembre de 2017, n.º rad. 11001-03-15-000-2017-01671-00(AC).

Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del del 22 de noviembre de 2017, n.º rad. 63001-23-31-000-2006-00331-01(39453).

Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Segunda. Sentencia de Unificación del 12 de abril de 2018, n.º rad. 81001-23-33-000-2014-00012-01(1321-15).

Laudos Arbitrales

Laudo Arbitral Laudo Arbitral del 19 de agosto de 2005, dictado dentro del proceso de Terpel de la Sabana S.A. vs. Tethys Petroleum Company Ltd. y Meta Petroleum Ltd., árbitros Fernando Hinestrosa, Carlos Lleras de la Fuente y Felipe Navia Arroyo.

Laudo Arbitral del 16 de diciembre de 2005, dictado dentro del proceso de Herpaty Ltda. vs. Sociedad de Concesionarios S.A. “Concesa S.A”, árbitro Edgar Garzón Saboya.

Laudo Arbitral del 5 de mayo de 2006, dictado dentro del proceso de DDB Worldwide Colombia S.A. vs. Colombia Móvil S.A. ESP, árbitros Enrique Gaviria Liévano, José Francisco Chalela Mantilla y Fernando Romero Velazco.