

EFICACIA E INEFICACIA DEL CONTRATO*

FERNANDO HINESTROSA**
Universidad Externado de Colombia

1. Presentación

Eficacia, ineficacia, relevancia, irrelevancia, validez, invalidez, nulidad, nulidad absoluta y relativa, rescisión, anulabilidad, inoponibilidad, etc., son términos con los cuales se designan realidades del mundo del derecho, conceptos jurídicos remitidos a la ciencia o a la teoría general del derecho, pero, todo lo más relativos a la disposición particular de intereses, que desde un comienzo y aun dentro de una imprecisión reiterada, a veces con sinonimia, han implicado más que juicios descriptivos o de realidad, juicios de valor, positivos o negativos, respecto del comportamiento humano de ejercicio de la autonomía privada. Con ellos se trata de afirmar o de negar, según el caso, que el negocio jurídico en determinadas circunstancias está llamado a producir efectos en el mundo del derecho. Lo cual sitúa el estudio y las reflexiones en el campo de la denominada causalidad jurídica, cuya puntualización data de la doctrina pandectística del último siglo, que destacó a dicho propósito la tríada compuesta por el hecho jurídico, el efecto jurídico y la relación de causalidad.

Situaciones jurídicas o estados de cosas reconocidos y sancionados por el ordenamiento, relaciones de poder y de deber que emergen de aquellas, llamadas unas y otras a surgir, a modificarse, a robustecerse y a extinguirse por estatución normativa, en función del acaecimiento de determinados hechos tenidos presentes, a su manera, por un determinado precepto. Resultado cuyos antecedentes, producción y componentes demandan una explicación satisfactoria desde el punto de vista de la realidad -la lógica y la jurídica-: los hechos que el derecho tiene en cuenta son los que se dan físicamente; sin embargo, el derecho no sólo aprecia su realidad y su conexión con lo precedente, sino que los ordena y les asigna mérito según su propio designio, que antes que naturalista o lógico es fundamentalmente axiológico: en concordancia con su catalogación de los valores e intereses relevantes para la sociedad.

* Conferencia pronunciada en la Facultad de Derecho de la Universidad de Valparaíso (Chile), en el Seminario sobre la *Teoría del Contrato*, 24-26 mayo 1999.

** Rector de la Universidad Externado de Colombia y profesor de derecho civil en ella.

En ese sentido la calificación de jurídico al hecho o a su inserción, significa no solamente su relevancia para el ordenamiento, esto es, el aparecer como integrante del *factum* de una norma y, por esa vía y más ampliamente, de todo el sistema, sino, además, su valoración y administración política por parte de éste, que no otra cosa quiere decir “efecto jurídico”.

2. Eficacia, ineficacia, irrelevancia

Eficacia es fuerza, aptitud para producir efectos, a la vez que realización de éstos; en tanto que *ineficacia* es la ausencia de efectos, o más ampliamente, la afectación de éstos. Sin embargo, es preciso averiguar de qué efectos se trata en uno y otro caso, lo cual conduce a tener presente la distinción o clasificación de los hechos jurídicos en hechos jurídicos *lato sensu* y *stricto sensu*, actos jurídicos en sentido genérico y en sentido propio, y negocios jurídicos; según que el ordenamiento simplemente tome nota de ellos, independientemente de su origen, y les asigne, sin más, un determinado efecto (hechos propiamente tales), o los aprecie en cuanto obra (comportamiento) humana, sí, pero como meros supuestos de hecho (actos propiamente dichos), o, por último, los considere cual disposición particular de intereses a la que dota de los efectos correspondientes a la figura recorrida en la práctica y, por supuesto, aquellos que mejor cuadren con la intención de su autor o sus autores (negocio jurídico).

Se palpa entonces por qué los temas de la eficacia-ineficacia y de la validez-invalidez adquieren dimensión propia a propósito del negocio jurídico, por no decir que son exclusivos de éste, a lo menos en el ámbito del derecho privado. Y, asimismo, se aprecia el interés del tema de la relación de causalidad: ¿de dónde surge el efecto y cómo se produce o deja de producirse o está llamado a desaparecer?

¿Opera la causalidad acá en la misma forma que la causalidad física o por lo menos en términos análogos? ¿Ha de entenderse la causalidad jurídica como una relación de condicionalidad lógica, en donde habría un fundamento (*Grund*) y una consecuencia (*Folge*)? ¿O, en lugar de relaciones de condicionalidad física o lógica, en las proposiciones jurídicas se da una condicionalidad entre lo físico y lo axiológico, de modo que “el llamado efecto jurídico no sería más que un valor condicionado”? O, ¿es el ordenamiento jurídico el que, de acuerdo con la valoración, puede rehusar o asignar consecuencias jurídicas al hecho? ¿O, sencillamente, “los efectos jurídicos representan la respuesta del ordenamiento a las nuevas situaciones de hecho y encuentran su razón y justificación en las situaciones de hecho sobrevenidas y encuentran su razón y justificación en la valoración que de ellas hace el ordenamiento”? Lo cierto es que, a la vera de la discusión filosófica, es manifiesto que la norma y la normatividad en general, proponen un supuesto de hecho o *Factum* y disponen una calificación o valoración de él, y que entre la presencia de dicho *Factum* y su resultado en derecho media una “relación de consecuencialidad”.

Ineficaz es el negocio jurídico que no produce efectos o, más precisamente, aquél que por el motivo que sea: interno o exterior, deja de producir efectos que le son propios, en general, o en atención a su naturaleza o a las disposiciones específicas de las partes. De esa forma, la ineficacia muestra varios significados: uno amplio, equivalente a la falta o mengua de efectos, comprensivo de distintas eventualidades: inexistencia, invalidez (nulidades, anulabilidad), y uno restringido, ineficacia

en sentido estricto: supresión o atenuación de los efectos finales, que, por lo demás, presupone un comportamiento relevante y, además, válido.

Irrelevante es lo que no alcanza a configurar la previsión normativa, 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.

3. La particular naturaleza dinámica del negocio jurídico

Definido habitualmente el negocio jurídico como una declaración de voluntad, con acento marcado en la exigencia de que el o los sujetos disponentes conozcan o intuyan los efectos prácticos y jurídicos de aquélla y los que específicamente quieren, la doctrina voluntarista se coloca en dificultades al tratar de explicar la razón de ser de los efectos del acto de autonomía privada o, lo que es igual, la relevancia de ésta, a propósito de lo cual se mueve entre quienes toman al negocio o declaración de voluntad como un mero supuesto de hecho, al cual han de seguir las consecuencias legalmente predispuestas, y quienes ven en el negocio un acto de creatividad normativa, tal cual, o con el nombre de precepto de autonomía.

El negocio jurídico pertenece a la dinámica del derecho, es un hecho humano, que el ordenamiento toma como tal (acto), pero al que adicionalmente le da un tratamiento distinto, característico, que se pone de manifiesto al observar la diversidad de actitudes del sistema frente a los distintos fenómenos: ciertamente los particulares por medio del negocio jurídico disponen de sus intereses, los regulan, se trazan un programa, pero no crean derecho objetivo; tampoco determinan *per se* los efectos de su comportamiento. Y, a la inversa, el negocio no es un mero supuesto de hecho, un *factum* más: entre la disposición particular y el ordenamiento debe haber concordancia, armonía, colaboración y efectivamente la hay. *Ex facto oritur ius* indicaba el brocárdico para destacar esa ineludible presencia de la proposición y el mandamiento normativos, a la vez que del hecho para el reconocimiento de éste y su dotación de efectos jurídicos.

La autonomía privada se proyecta básicamente en el poder de disponer o no de los intereses propios, frente a quien o junto con quien se escoja, por medio de la *figura legis* o simplemente social típica elegida a propósito, y de determinar singular o específicamente el contenido de la disposición, con estipulaciones, cláusulas o pactos que precisarán, a más de aquella figura y, por esa vía, los efectos legales, son los denominados accidentales, que tienen prioridad (artículos 1501 y 1603 del Código Civil¹ y 871 del Código de Comercio²).

El ordenamiento recibe la disposición particular, la identifica y ubica dentro del catálogo legal o, en últimas, dentro del catálogo social, y le asigna los efectos que

¹ Correspondientes, en su orden, a los arts. 1444 y 1546 del Código Civil chileno.

² Valga la anotación de que los estados de la Federación (Estados Unidos de Colombia) acogieron sucesivamente el Código Civil de Chile (Código de Bello), a partir de 1859 (y la Unión en 1873), como también el Código de Comercio terrestre de Chile, comenzando por el Estado de Panamá (1871), y la República de Colombia, al asumir una organización política unitaria, adoptó (art. 1° ley 57 de 1887) el Código Civil de la Unión y el de Comercio de Panamá. Código éste que rigió hasta 1971, cuando fue sustituido por un nuevo ordenamiento (decreto 410 de 1971), que en materia de obligaciones y contratos (libro 4°), reproduce casi literalmente el libro 4° del *codice civile italiano* de 1942.

corresponden a la función social (práctico-social o económico-social) que caracteriza a dicha figura y, en el evento de estipulaciones a propósito, con los ajustes o individualización correspondientes a ellas.

Esa actitud del ordenamiento frente a la disposición particular, que es de “recepción”, muestra el carácter singular del negocio jurídico y su diferenciación de los simples actos jurídicos, como también de los actos de normatividad delegada. Los particulares gozan de competencia dispositiva, en tanto que el ordenamiento, como le es propio, se reserva el poder normativo: la disciplina legal; la atribución de los efectos que mejor cuadren con el propósito particular, identificado con la figura respectiva y las previsiones de su contenido específico.

4. Efectos negociales

De ordinario se habla de “efectos negociales” para indicar las consecuencias que acarrea el negocio, y, más frecuentemente, las obligaciones derivadas del contrato (artículo 1495 del Código Civil colombiano, 1438 C. C. chileno) o, en los términos del código de comercio (de 1971), la constitución, regulación o extinción de la relación jurídica patrimonial que las partes acordaron (artículo 864), con realce de la especificidad de cada categoría (gratuidad u onerosidad, bilateralidad, conmutatividad, aleatoriedad, etc.) y de cada figura en particular, y prescindiendo de lo que pudiera ser el efecto característico del negocio jurídico en general, haciendo abstracción de lo concreto, o en otras palabras, de lo que es su relevancia. Así, cuando se hace mención de los efectos del negocio se da el salto largo de la conducta dispositiva a las nuevas relaciones jurídicas patrocinadas por ella, pasando por encima de la vinculación en sí que se crea entre las partes o, simplemente del compromiso contraído por ellas o por el único autor.

Acto de autonomía jurídicamente relevante, acto de disposición de los propios intereses con efectos jurídicos. Así se define el negocio jurídico, con realce de su condición dinámica. Por lo mismo, además de los efectos jurídicos y prácticos correspondientes a cada figura y, naturalmente, a cada función, es preciso observar el efecto existencial, común a todos los negocios, cualquiera que sea la categoría: en ese sentido “negocial”, que se aprecia comparando la situación en que se encontraba cada disponente antes de disponer y aquella en que se encuentra luego de la disposición y en razón de ésta: libertad previa, atadura posterior, y también contemplando la eventualidad de una situación condicional: en la que las partes quedan en estado de pendencia, de modo que el desencadenamiento de los efectos propios de la figura (finales) resulta subordinado a la realización de un evento futuro e incierto (*condicio iuris* o condición por estipulación particular), y las partes están vinculadas ciertamente, pero en forma condicional.

Se habla entonces de la naturaleza vinculante o compromisoria del negocio jurídico en sí y de por sí. Recorrida la definición, hay negocio jurídico, la conducta adquirió relevancia, tiene identidad y se expresa en la atadura de las partes o del único autor de la disposición, independientemente de la validez de ésta, como también de si sus efectos finales están diferidos y de si en últimas se producirán o no.

5. Efectos finales

Verdad es que nadie dispone de lo suyo pensando en que de esa forma se busca y consigue una atadura, sino con la mente puesta en la alteración o la conservación de las situaciones y relaciones presentes, o sea, en los efectos propios de la figura recorrida, que se escogió cabalmente por su aptitud a propósito.

Mientras los restantes actos jurídicos, y más los simples hechos, existen o no, se dan o no completos, y consecencialmente el ordenamiento impone discrecionalmente éstos o aquellos efectos, el negocio jurídico actúa delantamente como vinculación, que es el efecto común, negocial, que todos los códigos realzan al señalar la fuerza vinculante o compromisoria del contrato y, por extensión, de todo acto de autonomía particular (arts. 1602 del código civil colombiano y 1545 del chileno), y seguidamente como medio para la obtención de los resultados apetecidos: los básicos o éstos y los individualizados por el ajuste particular del contenido negocial (artículos 1603 del Código Civil [art. 1546 C. C. chileno] y 871 del Código de Comercio). O sea que el efecto negocial corresponde a la función del negocio jurídico como acto de autonomía privada, al paso que los efectos finales corresponden a la función de la figura empleada, con las singularidades de las estipulaciones particulares.

6. Inexistencia

En términos lógicos, la noción de inexistencia no sólo es ineludible, sino que resulta impecable: el negocio jurídico es inexistente como tal cuando no se recorre a plenitud su definición legal o social y, por lo tanto, queda reducido al plano puramente social, desprovisto de juridicidad o, en otros términos, la conducta dispositiva es irrelevante cuando en la práctica la aplicación del supuesto de hecho es incompleta o resulta contradictoria, y esa falta de plenitud o esta antinomia no puede conducir más que a la nada en el campo jurídico negocial³.

La inexistencia, negada por mucho tiempo como *figura iuris* autónoma y asimilada en su tratamiento y efectos a la nulidad (nulidad absoluta), comenzó a ser aceptada por la doctrina -más en términos teóricos que prácticos- y luego fue admitida jurisprudencialmente⁴, para, por último, obtener su acogimiento legislativo en el artículo 898 2 del código de comercio (de 1971): “*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*”.

El negocio inexistente es irrelevante, no puede producir efecto alguno como tal: ni compromiso, ni resultado práctico, y las modificaciones de la realidad que llegaren

³ El art. 1501 del C. C. colombiano [1544 del C. C. chileno], al referirse a «las cosas que son de la esencia de cada contrato», las identifica como «aquellas sin las cuales o no produce efecto alguno o degenera en otro contrato diferente».

⁴ En casación de 21 mayo 1968 dijo la Corte Suprema de Justicia, Gaceta Judicial, t. CXXIV, p. 168: «la propia negativa del ser o inexistencia, [es un] fenómeno que no cuenta en nuestra legislación con una caracterización normativa, pero que es de indispensable contemplación desde un punto de vista lógico y pragmático, frente a reales ocurrencias vitales que se desenvuelven con entera individualidad».

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. Por ello, en principio, no hay lugar a una acción declarativa de la inexistencia, aun cuando en un momento dado sea menester un pronunciamiento de «acertamiento» (verificación) que elimine toda duda al respecto, o se requiera el ejercicio de las acciones pertinentes para eliminar las alteraciones de hecho ocurridas en el entretanto (vuelta de las cosas al *status quo ante*, artículo 1746 del Código Civil colombiano, 1687 C. C. chileno).

Y por eso mismo, tampoco es concebible la confirmación del negocio inexistente, entendiéndose por confirmación la declaración o la conducta concluyente en el sentido de prescindir de la impugnación y atenerse a lo dispuesto en el acto defectuoso⁵, dado que no se puede confirmar la nada, ni perseverar en ella.

La «renovación» del negocio, en esta hipótesis, no pasa de ser un juego de palabras y algo propicio a confusiones, como se aprecia en la redacción del inciso 1 del artículo 898 del código de comercio: “*La ratificación expresa de las partes dando cumplimiento a las solemnidades pertinentes perfeccionará el acto inexistente en la fecha de tal ratificación sin perjuicio de terceros de buena fe exenta de culpa*”.

Es obvio que si en la definición del negocio en cuestión hay un elemento formal (forma *ad solemnitatem* o constitutiva) que se pretermitió por las partes, habrá una falta de plenitud del *factum* normativo, *rectius* una inexistencia; y también lo es, que las partes que intentaron celebrar un negocio jurídico que no alcanzaron a completar, pueden en cualquier momento, persistiendo en su empeño práctico, celebrarlo, sin que el antecedente les signifique nada: útil o nocivo. De esa suerte, decir que el “no acto” “se perfeccionará en la fecha de la ratificación expresa” con “el cumplimiento de las solemnidades pertinentes”, a más de implicar el empleo de redacción y terminología impropias y confusas, lleva en sí una contradicción o es simplemente una necesidad.

Relativamente a la conversión, esto es, al aprovechamiento de la disposición de intereses fallida, reconociéndole la relevancia y, por ende, la eficacia que pueda dársele como una figura negocial específica distinta de la celebrada, en el supuesto de que llene a plenitud los requisitos de la definición y se pueda pensar en que su función práctico-social fue apetecida por las partes, no se ve obstáculo alguno.

Al efecto cabría distinguir entre coincidencia, impedimento y adaptación de los hechos y los supuestos normativos.

7. Invalidez

La invalidez significa un juicio de disvalor: Comparando el comportamiento realizado con los intereses y valores señalados en el sistema y tutelados por él, se encuentra una contraposición, que impone un juicio negativo. La invalidez, comprensiva de las nulidades absoluta y relativa, esta última denominada *anulabilidad* en la terminología tomada por código de comercio (art. 900) del ordenamiento italiano⁶, obedece a una ausencia o defectuosidad de ciertos requisitos considerados por ley,

⁵ Arts. 1751 C. C. colombiano y 1693 C. C. chileno.

⁶ Libro 4°, capítulo XII del *codice civile*.

éstos como fundamentales y aquélla como merecedora de tamaña reacción (arts. 1740 del código civil colombiano, 1681 c. c. chileno), lo cual exige tener en cuenta, a la vez, la previsión normativa en materia de requisitos –tan propicia a sutilezas, preciosismos y tautologías- y de sanciones –que inclina a pensar más en las causales de nulidad que en la razón de ésta y de sus clases y efectos-, lo mismo que la valoración y los criterios de valoración de la conducta dispositiva por parte del ordenamiento, o sea, su importancia y consistencia sociales, con especial atención a la jurisprudencia, dado que ella va captando paulatinamente la conciencia social y adaptándose a ella.

La invalidez presupone la relevancia: si el supuesto de hecho no se puede identificar, o no es completo con relación a una determinada figura negocial o es contradictorio con ella, no es relevante. Pero, en llegando a alcanzar relevancia o existencia jurídica, la conducta dispositiva ha de someterse a un juicio de valor: su conformidad o disconformidad con los valores expresados en el sistema normativo y a los que dicho sistema responde: juicio de validez o invalidez. Con lo cual se insiste en la precisión antecedente: no se trata de un mero cotejo de lo que se supone o da por supuesto que son “requisitos o elementos esenciales” con el *factum* real, para un mero juicio descriptivo o de realidad, sino, cierta e ineludiblemente, de un juicio de valor.

La invalidez, valga repetirlo, solamente se predica del negocio jurídico y sólo se aplica a él, y es una reacción sancionadora del ordenamiento ante determinados quebrantos graves de sus dictados imperativos (*ius cogens*) o desatenciones, similarmente graves, de sus prescripciones ético-políticas.

Con la invalidez el ordenamiento previene esas transgresiones y se precave contra ellas en protección del interés público, si que también de intereses particulares que por distintas razones estima merecedores de tutela más intensa y firme.

La invalidez ataca de raíz el acto, se dirige contra los efectos negociales y, acabando con ellos, derrumba los finales: va contra la vinculación misma como efecto básico del negocio, y derruida ésta es natural que desaparezcan todas sus consecuencias prácticas: que no se produzcan los efectos finales pendientes y que los ya realizados se borren: la vuelta de las cosas a su estado inicial “*como si no se hubiera celebrado el acto o contrato*” (arts. 1746 del código civil colombiano, 1687 c. c. chileno), inclusive con afectación de los intereses de terceros (subadquirentes) (artículo 1748 del Código Civil colombiano y 1698 c. c. chileno).

8. La nulidad

La nulidad es una sanción consistente en la privación al negocio de todos los efectos que está llamado a producir, mirando tanto al futuro como al pasado. De ahí por qué se diga, más descriptiva que fundadamente, que la nulidad opera retroactivamente, cuando en rigor lo que sucede es que por motivos congénitos, o sea, presentes al momento de la celebración del negocio –sin perder de vista la posibilidad de formación sucesiva del *factum* negocial- el negocio se muestra inidóneo para producir efectos y el Estado, por medio del aparato jurisdiccional y de una sentencia declarativa, dispone la privación de todo efecto, comenzando por el propio vínculo negocial y siguiendo con la eliminación de los efectos finales, en cuanto ello sea físicamente factible y no haya un interés específico consagrado por algún precepto,

en la conservación de determinado efecto personal o real del acto nulo (p. ej., arts. 1524, 149 y 1820 del Código Civil colombiano⁷, y 1468 C. C. chileno).

9. Clases de nulidad

Entre las varias clasificaciones de las nulidades interesa aquí estudiar la que las distingue entre absolutas y relativas. El criterio de dicha clasificación es variado: a) con relación a los sujetos respecto de los cuales opera, a propósito de lo cual no sobra anotar que el negocio no puede ser nulo en cuanto a alguno de los interesados y válido respecto de los demás, a menos de que se trate de una circunstancia estrictamente personal (incapacidad o vicio de la voluntad); b) con referencia a la posibilidad de saneamiento (la ratificación⁸ de los artículos 2º. de la Ley 50 de 1936⁹ y 1743 y 1752 a 1756 del Código Civil [1684 y 1693 a 1697 C. C. chileno), viene la observación de que positivamente la legislación nacional (artículo 2º de la Ley 50 de 1936 declaró “saneables por ratificación de las partes y en todo caso por prescripción extraordinaria” (convalidables o confirmables) los actos o contratos nulos, con la sola excepción de la nulidad “generada por objeto o causa ilícitos”, y no solamente los afectados de nulidad relativa, como antes (artículo 1742 del Código Civil *in fine*; art.1683 C. C. ch.); c) atendiendo a los sujetos legitimados para la pretensión de impugnación del negocio: las nulidades distintas de las enunciadas con el calificativo de absolutas en el artículo 1741 del código civil [art. 1682 c. c. chileno), son relativas: por defecto de forma habilitante o de protección y no constitutiva, o por vicio de la voluntad¹⁰. *Relativas* al sujeto especialmente protegido, cuyo interés es tenido especialmente en cuenta y a cuya decisión se deja impugnar o no el acto y, como es obvio, confirmarlo o convalidarlo (artículo 1743 Código Civil [art. 1684 C. C. chileno]).

Valga reiterar que en nuestro ordenamiento, toda nulidad –quizá con la sola salvedad de algunas nulidades matrimoniales: por causa de parentesco o por falta de

⁷ Que corresponden, en su orden, a la irrepitibilidad de lo dado «por causa u objeto ilícito a sabiendas», a la legitimidad del hijo concebido durante matrimonio que luego se declara nulo y a la generación de sociedad conyugal no obstante la nulidad del matrimonio, con la sola salvedad de la nulidad derivada de falta de libertad de estado (introducida por la reforma del precepto por la ley 1ª de 1976, art. 25).

⁸ Más propiamente hablando, saneamiento, convalecencia, convalidación, cuando el negocio jurídico se confirma, libre del vicio que lo aquejaba, por medio de declaración o de conducta concluyente (ejecución); ratificación (*ratihabito*), cuando, derivando la ineficacia de una carencia de poder de disposición, el sujeto legitimado lo prohija. Cfr. BURDESE, *Manuale di diritto privato romano*, 4ª ed. Torino, 1993, rist. 1998, p. 214.

⁹ Esta norma subrogó el art. 15 de la ley 95 de 1890, a su turno modificatorio del art. 1742 c. c. [cuyo tenor era el del art. 1683 c. c. chileno en la versión de la ley 6162 de 1938, para suprimir la limitación de la legitimación para invocar la nulidad absoluta allá introducida, de modo que hoy «puede alegarse por todo el que tenga interés en ello», reducir la veda de la ratificación o saneamiento a los actos o contratos ilícitos, y hacer prescriptible la acción de nulidad [absoluta].

¹⁰ El art. 838 del Código de Comercio prevé que «[el] negocio concluido por el representante en manifiesta contraposición con los intereses del representado, podrá ser rescindido a petición de este [...]».

libertad de estado- se sanean por prescripción¹¹, a diferencia de lo que ocurre en otras legislaciones (francesa, alemana, italiana, por ejemplo), donde las nulidades - nulidades absolutas- son imprescriptibles¹² y, obviamente no permiten la confirmación o ratificación o sanación del acto nulo. Como también agregar que en esas condiciones las nulidades absolutas no se diferencian de las nulidades relativas en nada, en lo que hace a los efectos, ya comentados, por lo cual la distinción se reduce a la legitimación para obrar: o sea en la determinación de quién o quiénes pueden alegar la nulidad, y al tiempo de prescripción de la pretensión y al punto de partida de la cuenta de dicho término correspondiente (artículos 1750 del Código Civil [art.1691 C. C. chileno] y 900 2 del Código de Comercio).

10. Causales de nulidad

En principio, la nulidad es de origen eminente y rígidamente legal: *pas de nullité sans texte, pas de nullité sans arret*, criterio que corresponde a la actitud general del Estado de derecho frente a las normas de carácter represivo. Con todo, si se comparan los preceptos que consagran las nulidades (artículos 1740 a 1741 del Código Civil [art-1681 y 1682 C. C. chileno] y, ahora, además, artículo 899 del Código de Comercio), con lo expuesto por la doctrina y con la aplicación jurisprudencial, fácil e incuestionablemente se habrá de concluir que, si bien no hay nulidad virtual o de pleno derecho, pues siempre es menester una sentencia judicial que la declare (*pas de nullité sans arret, nulla poena sine iudicio*), las nulidades no son de derecho estricto, primeramente, porque la interpretación de las normas es elástica y más adherida a la tradición y a la formulación doctrinaria que a la redacción misma de los artículos y, complementariamente, porque prevenida la nulidad de los actos ilícitos, la determinación de lo ilícito y del criterio con que se le ha de apreciar, se remite, en últimas, a la prudencia judicial.

En tanto que para el Código Civil “es nulo el acto o contrato a que falta alguno de los requisitos que la ley prescribe para el valor del mismo acto o contrato” (art. 1740, art. 1681 C. C. ch.) y “la nulidad producida por un objeto o causa ilícita, y la 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, son absolutas” (art. 1741 1; art. 1682 C. C. ch.), como también lo es la de los actos y contratos de personas absolutamente incapaces (artículo 1741 2), el Código de Comercio de 1971 preceptuó que “será nulo absolutamente el negocio jurídico: 1°. Cuando contraría 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 capaz”.

Lo cual incita a preguntar por la suerte de los negocios jurídicos “cuando falte alguno de sus elementos esenciales” (consentimiento, objeto o causa -en el lenguaje y presentación ordinarios (art. 1502 del Código Civil; art. 1445 C. C. ch.), con el

¹¹ El art. 1742 (art. 1683 c. c. ch.) permitía la prescripción treintenar, y el art. 2° de la ley 50 de 1936 preceptúa: «puede sanearse [...] en todo caso por prescripción extraordinaria» (20 años, art. 2°).

¹² Ya en D. 50. 17.29 (Paulo): «*Quod initio vitiosum est, non potest tractu temporis convalescere*».

agregado de la solemnidad constitutiva o *ad substantiam actus* defectuosa): ¿no habiendo sido incluidas esas hipótesis dentro de las causales de nulidad absoluta (!) en el artículo 899, y refiriéndose el artículo 898 a la falta de elementos esenciales a propósito de la inexistencia, habría de pensarse entonces en que son inexistentes? Todo persuade de lo contrario. Lo que ocurre es que la redacción legislativa no puede tomarse al pie de la letra y en oportunidades, como ésta, muestra deficiencias inexplicables, de modo que no sólo la ilicitud y la incapacidad absoluta generan la nulidad (absoluta), sino que, cual ocurre en el Código Civil, por lo demás aplicable por *analogía legis* (así lo disponen los arts. 2 y 822 del Código de Comercio) dan lugar a ella la ausencia, la imposibilidad y la indeterminación del objeto (en una palabra, su inidoneidad).

Cumple hacer, además, las observaciones siguientes en torno del artículo en comentario (899 Código de Comercio): a) en su enunciado se refiere a los casos en que el negocio será *nulo absolutamente*, con adverbio calificativo innecesariamente aportado, siendo así que se habría de eliminar la categoría de la nulidad relativa para sustituirla por la de la *anulabilidad* (artículo 900); b) en su numeral 1º, reproducción literal del inciso 1 del artículo 1418 del Código Civil italiano, se incurre en una previsión innecesariamente difusa en una materia en donde el rigor y la precisión son más exigentes, como de tiempo atrás lo había comentado la doctrina italiana; c) en fin, optó por mantener la nulidad absoluta *per se* de los actos de los absolutamente incapaces, en vez de pasarlos a la anulabilidad, como habría sido más lógico y ético (artículo 1425 del Código Civil italiano, para la hipótesis de «incapacidad natural»).

11. La nulidad relativa (anulabilidad)

Dicho está que el código de comercio cambió la nomenclatura de las *nulidades relativas*, que correspondía a la tradición de nuestro derecho privado (artículos 1740 a 1743 del código civil; 1681 y 1682 C. C. ch.), por la de *anulabilidad* del derecho italiano (*Capo XII del Libro IV*), cuyo *codice civile* de 1942 fue tomado en mucho al pie de la letra por el legislador delegado colombiano al escribir el libro IV, tanto en la parte general, como en las más de las figuras contractuales, y que proviene del ordenamiento alemán: la *impugnabilidad* (*Anfechtbarkeit*, BGB § 142).

No es del caso entrar aquí a pronunciarse acerca de esta reforma, quizá positiva, pero todo lo más de terminología. Conviene sí reiterar que en la tradición colombiana tanto los negocios nulos (absolutamente), como los nulos relativamente (anulables en el código de comercio: artículo 900 –artículos 1425 1, 1427 y 1441 del Código Civil italiano–), son susceptibles de confirmación, saneamiento o convalidación; que la pretensión respectiva prescribe por el transcurso del tiempo: prescripción ordinaria en la nulidad absoluta y prescripción cuatrienal para la nulidad relativa; que las dos sanciones afectan el vínculo mismo negocial, cuya ruptura implica la desaparición de los efectos finales consecuenciales y operan *ex tunc*, o sea, desde la celebración del negocio inválido; que exigen sentencia judicial en proceso de conocimiento y con la presencia de íntegros los litisconsortes necesarios (artículo 51 Código de Procedimiento Civil): todos quienes fueron partes y sus sucesores a título universal o particular.

Según el artículo 900 del Código de Comercio “será anulable el negocio jurídico

celebrado por persona relativamente incapaz (habría que precisar: por fuera de su peculio profesional [artículo 294 del Código Civil; art. 242 C. C. ch.] y sin las formalidades de protección o habilitantes) y el que haya sido consentido por error, fuerza o dolo conforme al Código Civil”. A dicha enumeración habría que agregar, como se advirtió atrás, la hipótesis del art. 838 del mismo código, del negocio celebrado por representante en «manifiesta contraposición con los intereses del representado».

Al sujeto en cuya protección se establecieron las formalidades preteridas o que incurrió en el vicio de la voluntad, o al *dominus*, según el caso, corresponde plantear la anulabilidad o impugnabilidad. Es él quien puede atacar el acto por vía de acción o de excepción y quien puede renunciar a la pretensión o confirmar el acto. Pretensión que se transfiere por sucesión *mortis causa*, como también por acto entre vivos (cesión), celebrado antes de proponerla judicialmente o *inter mora litis* (artículo 60 del Código de Procedimiento Civil).

La sección final del inciso segundo del artículo 900 del Código de Comercio regula lo relativo al término de prescripción de la acción de nulación: “dos años (en lugar de los cuatro del artículo 1750 del Código Civil), contados a partir de la fecha del negocio jurídico respectivo” (sin la salvedad hecha en el Código Civil para el caso de violencia: “desde el día en que ésta hubiere cesado”, y con la misma advertencia de que el término se suspende en favor de los incapaces).

Siendo aconsejable que los términos de prescripción se reduzcan, habida consideración de la celeridad de los cambios y de la sucesión de los acontecimientos y de la rapidez y universalidad de las comunicaciones, y en aras de la mayor seguridad de las relaciones, no se aprecia la razón por la cual el término para la nulidad relativa (anulabilidad) se redujo a la mitad, al paso que el de prescripción de la nulidad (absoluta) se mantuvo tal cual (20 años, artículo 1º de la Ley 50 de 1936). Cabe reprochar aquí una falta de coherencia. Análogamente debe ponerse de presente que no se justifica la desatención del caso de fuerza vicio de la voluntad, que eventualmente podría subsanarse por vía jurisprudencial, y mucho menos la introducción de una nueva disparidad entre el sistema del Código de Comercio y el del Código Civil: disparidad de términos para el ejercicio de la misma acción respecto de negocios jurídicos cuya calificación de comerciales o de civiles es de suyo harto difícil, tanto más si se recuerda el espíritu absorbente o avasallador del ordenamiento mercantil (artículos 1, 10, 11 y 20 a 24 del código de Comercio). En fin, es de resaltar que el ordenamiento mercantil eliminó el tratamiento especial de la nulidad en favor de la persona jurídica por causa de indebida representación orgánica, en el sentido de otorgarles el doble del término propio de la nulidad relativa (art. 1750 3 C. C. col.; art. 1691 3 C. C. ch.).

12. Nulidad parcial

El hecho de que el Código Civil se refiera siempre a la nulidad del «acto o contrato», nunca ha sido tomado como si la nulidad, cualquiera que fuera su naturaleza o su causal específica, hubiera de implicar la totalidad de la disposición particular. Por el contrario, siempre se ha entendido que la declaración de invalidez, como medida represiva correspondiente a transgresiones concretas de dictados imperativos del ordenamiento, tiene una razón de ser de encauzamiento y de limitación de la autonomía privada, cuyo ámbito y cuya proyección, por eso mismo, muestran, por así de-

cirlo, una dosificación, cónsona con el criterio político inherente a la previsión de la invalidez y a la razón de ser de ésta. Por eso mismo, dentro del espectro de alcances de la declaración judicial jurisprudencialmente se ha contemplado la figura de la nulidad parcial, consistente en una depuración del contenido negocial, de modo de eliminar de él, por razones de incongruencia, pero sobre todo, de ilicitud, en el primer supuesto, las estipulaciones, cláusulas o pactos incompatibles con la figura iuris empleada, y en la segunda hipótesis, aquellas que transgreden una prohibición ética o política. Sólo que los ordenamientos más recientes previenen expresamente ese alcance reducido o circunscrito de la invalidez, sea con referencia a la «nulidad parcial» del acto o contrato, sea aludiendo a determinada clase de cláusulas abusivas o vejatorias o exorbitantes, sea, en fin, considerando una y otras situaciones¹³.

El artículo 902 del Código de Comercio transcribe el artículo 1419 1 del Código Civil italiano para poner de presente que la invalidez parcial del negocio o de una o varias cláusulas suyas no acarrea de por sí la nulidad de íntegra la disposición, dado que, en desarrollo y aplicación del principio denominado de “conservación del negocio jurídico” o del *favor negotii*, si que también de la adaptabilidad del supuesto de hecho ([conversión¹⁴] arts. 1501 C. C. col.; 1444 C. C. ch.), el ordenamiento se esmera en reconocerle relevancia a la disposición general, no obstante aspectos o secciones nulos y atribuirle alguna eficacia, la mayor posible, congruamente con la intención-disposición de las partes.

Interesa aquí recalcar que para que ello ocurra es menester que objetivamente el negocio pueda subsistir con su sola parte sana, y que el juez pueda llegar a la conclusión de que las partes de todas maneras lo habrían celebrado, aun prescindiendo de la parte amputada (Cfr. art. 1618 C. C. col.; art. 1560 C. C. ch.); conclusión que no puede consistir en una simple conjetura, como tampoco derivar de un criterio subjetivista, sino que ha de rezumar de los rastros todos dejados por el comportamiento de las partes tomado y examinado “dentro del marco de circunstancias externas en que se produjo”. Esta actitud de ordenamiento comercial, valga repetirlo, no es nueva, como quiera que se la encuentra de muy antiguo como criterio de administración y hermenéutica. Lo nuevo está en su incorporación al derecho positivo por medio de la norma expresa.

13. Nulidad en los negocios plurilaterales asociativos

El artículo 903 del Código de Comercio, equivalente al artículo 1420 del Código Civil italiano, estatuye que, tratándose de un negocio jurídico en el que hay varias personas obligadas entre sí a prestaciones dirigidas a la obtención de un fin común, la nulidad relativa a la participación de una o alguna de ellas no afecta al negocio en su conjunto, siempre y cuando que la participación de dicho contratante no sea esencial para la consecución de la finalidad conjunta. Se trata acá de una hipótesis singular de salvación del negocio jurídico anómalo, en razón de su naturaleza y su función y de la razón de ser del propósito asociativo, lo cual da lugar a la interpretación de las normas que gobiernan la figura respectiva, como también del comportamien-

¹³ Es el caso, por ejemplo, del *code civil de Québec* arts. 1435 a 1438).

¹⁴ De la que es un antecedente significativo, la conversión del legado *per vindicationem* en legado *per damnationem*, por previsión del Senadoconsulto Neroniano.

to de las partes (intención, artículos 1618 ss. del Código Civil; arts. 1560 ss. C. C. ch.), para poner en claro el presupuesto de la irrelevancia de la nulidad de la vinculación de uno o varios de los contratantes: que la continuidad de la participación de él o todos ellos no sea esencial, ora por la presencia de un factor *intuitus personae*, ora por un factor más objetivo, como podría ser que se descompleta el número de socios legalmente exigidos para esa clase de sociedad.

14. Conversión del negocio nulo

Más interesante y útil es la figura llamada de la conversión del negocio nulo, como la aplicación más directa del principio de la conservación o adaptación, que trae el artículo 904 del Código de Comercio (art. 1424 del Código Civil italiano): el negocio nulo, sea nulo propiamente dicho o relativamente nulo o anulable, una vez en firme la sentencia que haya declarado la nulidad y que se sepa a ciencia cierta, por lo mismo, que no puede producir los efectos finales que habrían correspondido a su función y al designio de las partes, resulta *ex lege* o *per ministerium legis* dotado de la eficacia de otra figura sucedánea, a condición de que pueda ostentar la relevancia de ella, o sea, que reúna los requisitos suyos, entre otros los de forma, y que pueda o deba concluirse, empleando los criterios ya señalados para la hipótesis de nulidad parcial, que las partes habrían querido celebrar ese otro negocio (el § 89 BGB se refiere a una *hypothetischer Wille*, al *Erfolg* y al *Zweck* [voluntad hipotética, resultado y fin]), habiéndose de insistir acá en 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: “la remisión de la ley a una voluntad hipotética sirve sólo para indicar la necesaria correspondencia entre efecto y programa predispuesto y la tutela otorgada a los intereses puestos de manifiesto en el negocio nulo”.

En fin, es indispensable diferenciar el fenómeno de la conversión del negocio nulo, cuyos restos sanos son ubicables dentro de otro tipo negocial idóneo y satisfactorio, a manera de salvamento, por mandamiento de la ley, al margen de cualquiera disposición particular de prohijamiento o de obstaculización de tal resultado, y aun a contrariedad de cualquiera oposición individual, de la figura de la confirmación o convalidación o “ratificación”: allá el resultado es legal y alterno, en tanto que aquí es directo y negocial.

15. Ineficacia derivada

Por tal se entiende el fenómeno de la repercusión de la nulidad de un negocio jurídico sobre otros, de suyo sanos, pero conectados con aquél, especialmente dentro de la concatenación de títulos. A este propósito, lo primero que ocurre decir es que cada negocio ha de ser analizado en sí, independientemente, y que de ninguna manera la nulidad se transmite o contagia de un negocio a otro. La sanción corresponde a una conducta desplegada sin los presupuestos de validez, generales o singulares, o a contrariedad de normas cogentes, en un determinado acto dispositivo, que, en consecuencia, habrá de juzgarse autónomamente, y por lo mismo que en juego están íntegros sus efectos, al proceso respectivo habrán de concurrir todos los sujetos que fueron parte en él o que por sucesión mortis causa o cesión se convirtieron en parte, en sustitución de aquellos o junto a ellos. Es ésta una eventualidad

paradigmática de litisconsorcio necesario (art. 51 C. de P. C.)¹⁵.

Punto distinto es que los subadquirentes, según sus antecedentes, postura y la determinación política de la ley (artículo 1748, Código Civil; art. 1689 C. C. ch.), puedan resultar afectados o, en otros términos, que los negocios celebrados por ellos, basados en el acto que luego se declara nulo o referidos a él, resulten afectados o alterados por dicha nulidad. Y cosa también diferente es que, cuando ha habido registro de la demanda respecto de inmuebles o secuestro de muebles en litigio, la sentencia que declare la nulidad proceso tenga efectos de cosa juzgada en contra del adquirente de la cosa litigiosa o del derecho litigioso (artículo 670 3, Código de Procedimiento Civil). Lo cierto es que la reivindicación que procede contra terceros subadquirentes como consecuencia de la nulidad del acto o contrato que sustenta el título de ellos, prevista en el art. 1748 C. C. (art. 1688 C. C. ch.), es una aplicación de la regla *nemo plus iuris transferre potest quam ipse habet*, recogida por el art. 753 C. C. (art. 682 C. C. ch.), o sea, que su exposición deriva de haber adquirido *a non domino*.

16. Ineficacia propiamente dicha

Un negocio jurídico relevante y válido puede no producir de entrada sus efectos finales e, inclusive, no llegar a producirlos jamás, por hallarse éstos sometidos a una *condicio iuris* o a una condición suspensiva o, más ampliamente, alterados por una disposición particular a propósito. Se dice entonces que el negocio es ineficaz *stricto sensu*: su eficacia está en suspenso, en pendencia, de todas maneras alterada por decisión particular. De igual manera los efectos finales pueden prevenirse y resultar precarios, transitorios. Esta figura, sobre la cual se ha venido profundizando recientemente, permite una explicación coherente de los negocios condicionales, de la impugnabilidad, de la revocabilidad, de la rescisión, de la resolución, en fin, de todas aquellas situaciones en las cuales un negocio relevante y válido no entra inmediatamente a producir sus efectos finales, o los produce pero sin firmeza, y puede no llegar a producirlos, como también a tener que soportar su cancelación (ineficacia pendiente, ineficacia sobrevenida, inoficiosidad, inutilidad).

17. Ineficacia inicial y sobrevenida

En tanto que la invalidez es congénita, sin que pueda hablarse en rigor de invalidez sobrevenida, pues cuando llegan a sobrevenir circunstancias, que de haberse presentado en un principio, habrían implicado la nulidad de la disposición, lo que se da es una ineficacia, que por la oportunidad se llama “sobrevenida” y recibe el mismo tratamiento de la ineficacia en general (tal el caso, por ejemplo, de una imposibilidad sobrevenida de la prestación, v.gr. por la prohibición del comercio de la cosa debida: mal pudiera allí hablarse de una nulidad, que lo sería por ilicitud de una conducta que cuando se programó era legítima). El advenimiento del hecho nuevo genera una ineficacia, que puede ser inicial o sobrevenida, según el momento en que se dé su motivo, que puede ser interno o externo.

¹⁵ Al respecto cabe señalar que el art. 1689 C. C. ch. previene que «cuando dos o más personas han contratado con un tercero, la nulidad declarada a favor de una de ellas no aprovechará a las otras», y que esta norma no se trasladó a la legislación colombiana.

En fin, la invalidez es de origen legal, dada su naturaleza y función, y no se puede establecer por estipulación particular¹⁶, mientras que la ineficacia puede derivar de una *condicio iuris* o de una disposición particular, como también ser relativa a uno solo de los sujetos negociables o a terceros o alguno de éstos.

18. La inoponibilidad

Inoponible es el negocio que no puede producir efectos respecto de alguien o, dicho de otra manera, que no es eficaz en su contra, por el motivo que sea, y los hay muy variados: valgan algunos ejemplos: la declaración privada disimulada es inoponible al tercero que adquirió atendido al dicho público simulado (art. 1766 Código Civil; art. 1707 C. C. ch.); el pacto fiduciario es inoponible a terceros, comenzando por el deudor, en la cesión de créditos (artículos 1759 ss. Código Civil; arts. 1698 ss. C. C. ch.); el pacto de reserva de dominio es inoponible al tercero adquirente de bien mueble que obró de buena fe (artículos 1931 (1º) ley 45 de 1930) y 1933 del código Civil; arts. 1784 y 1876 C. C. ch.); el negocio jurídico celebrado sin la publicidad exigida legalmente en tutela de los derechos de terceros es inoponible a éstos, tal el evento que prevé el artículo 901 del Código de Comercio, obviamente en cuanto hubieran podido ignorarlo sin negligencia de su parte.

A este propósito conviene tener en cuenta que la publicidad no es una formalidad, sino un trámite para que el público pueda conocer la disposición particular o, mejor, un requisito para que las partes puedan oponer el negocio a terceros como situación cierta creada por ellas. Sólo excepcionalmente la publicidad, mediante la inscripción del título en el registro público es a un mismo tiempo solemnidad constitutiva y procedimiento de información: tal el caso de la hipoteca, en donde la inscripción oportuna de la escritura pública es parte de su definición (solemnidad *ad substantiam actus* (artículo 2435 Código Civil; art. 1410 C. C. ch.), y otro tanto podría decirse de la tradición de bienes raíces (artículo 756, Código Civil; art. 686 C. C. ch.).

19. La ineficacia «de pleno derecho»

En los ordenamientos más recientes, sobre todo en leyes especiales, y dentro de ellas, más en las enderezadas a intervención estatal en el contenido del contrato, tanto por razones tutelares o protectores de grupos o sectores vastos de la sociedad, como de dirección de la economía, es frecuente encontrar, a más de la exigencia de revisión o autorización administrativa del contenido de contratos masivos, la presencia de prohibiciones de cláusulas, estipulaciones, pactos, acompañadas de la prevención de su «ineficacia de pleno derecho», con ese giro o uno análogo y la manifestación de que la disposición no valdrá, es nula, no se tendrá en cuenta, se considerará como no escrita, y el giro contundente de que para prescindir de ella no es menester intervención y pronunciamiento jurisdiccionales. Ese estilo y esa práctica,

¹⁶ En tal sentido, bien se advierte la impropiedad de la expresión del Código Civil, cuando en el art. 1625 (art. 1567 C. C. ch.), al prevenir la retractación o acuerdo resolutorio, como «modo de extinguirse la obligaciones», indica que «toda obligación puede extinguirse por una convención en que las partes interesadas [...] consientan en darla por nula».

producto de la función intervencionista en el contenido negocial, sin duda obedecen al empeño del Estado de prevenir transgresiones groseras de dictados imperativos suyos, a la par que atender el reclamo de una mayor precisión y una mayor facilidad de identificación de las estipulaciones contrarias al *ius cogens*, con ventaja para la seguridad jurídica¹⁷, y responden al afán de reaccionar severa, pronta y eficientemente frente a los abusos de poder o de situaciones de privilegio en la celebración de contratos de consumo masivo de bienes y servicios, y de restablecer la paridad de su contenido y asegurar la sanidad del contrato. Sólo que en oportunidades no deja de resentirse de demasiada generalidad o drasticidad.

Con el nombre de «ineficacia» el artículo 987 del Código de Comercio erigió una figura *sui generis*, al parecer sin antecedentes y desprovista de perfiles nítidos y de autonomía: “*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*”.

Ineficaz de pleno derecho, sin necesidad de declaración judicial. ¿Inexistencia? ¿Nulidad virtual? ¿Comprobación de falta de plenitud del respectivo supuesto de hecho? ¿Sanción drástica de violaciones de normas imperativas? ¿O lo uno y lo otro?

¿Cuáles son los casos en los cuales el código dice que el acto no produce efectos o que es ineficaz de pleno derecho?

Artículo 112 (2): Las cláusulas del contrato de sociedad que priven de toda participación en las utilidades a algunos de los socios se tendrán por no escritas.

Artículo 198 (3): Se tendrán por no escritas las cláusulas del contrato de sociedad que tienda a establecer la inamovilidad de los administradores o que exijan para la remoción mayorías especiales.

Artículo 200 (2): Se tendrán por no escritas las cláusulas del contrato social que tiendan a absolver a los administradores de sus responsabilidades para con la sociedad y con terceros o a limitarlas al importe de las cauciones que hayan prestado para ejercer sus cargos.

Artículo 297 (1): Los actos que infrinjan los dos primeros ordinales del artículo anterior (en sociedad colectiva: falta de autorización de los consocios para la cesión total o parcial del interés social; falta de autorización de ellos para delegar en un extraño las funciones de administración o vigilancia de la sociedad) no producirán efecto alguno respecto de la sociedad ni de los demás socios.

Artículo 318 (2): Las estipulaciones tendientes a exonerar a los administradores, socios o extraños (en sociedad colectiva), de la obligación de dar informe y cuenta de su gestión y de las responsabilidades consiguientes se tendrán por no escritas.

Artículo 407 (2): Mientras la sociedad tenga inscritas sus acciones en bolsas de valores, se tendrá por no escrita la cláusula que consagre cualquier restricción a la libre negociabilidad de las acciones.

Artículo 433: Serán ineficaces las decisiones adoptadas por la asamblea en contravención a las reglas prescritas en esta sección (quórum para la asamblea general, oportunidad y lugar para la celebración de ésta, regulación de derecho de voto).

Artículo 435 (2): Carecerán de toda eficacia las decisiones adoptadas por la jun-

¹⁷ Así, a la cláusula general prohibitiva de toda estipulación derogatoria de norma imperativa, se vienen agregando en leyes, directivas, reglamentos, listas de cláusulas consideradas abusivas: listas negras y listas grises, lo más prolifas y completas posible, pero sin carácter exhaustivo.

ta con el voto de una mayoría que contraviniera lo dispuesto en este artículo: mayoría formada por personas ligadas entre sí por matrimonio o parentesco, salvo en las sociedades de familia.

Artículo 501: Las estipulaciones tendientes a limitar la responsabilidad solidaria e ilimitada de todos los asociados en la sociedad de hecho se tendrán por no escritas.

Artículo 524: Contra las normas previstas en los artículos 518 a 523 (derecho del arrendatario de inmueble para establecimiento comercial a la renovación del contrato, causales de terminación de contrato y derecho preferencial del arrendatario a nuevo arrendamiento), no producirá efectos ninguna estipulación de las partes.

Artículo 670: Los títulos creados en contravención a la prohibición de expedir títulos al portador fuera de los casos autorizados expresamente en la ley, no producirán efectos como títulos-valores.

Artículo 678: El girador será responsable de la aceptación y del pago de la letra. Toda cláusula que lo exima de esta responsabilidad se tendrá por no escrita.

Artículo 712: El cheque que no se expida en formularios de cheques o chequeras no producirá efectos de título-valor.

Artículo 1005 (3): Las cláusulas de no responsabilidad en relación con las obligaciones del transportador para la conducción de enfermos, dementes y menores de edad, no tendrán efecto alguno.

Artículo 1045 (3): En defecto de interés asegurable, riesgo asegurable, prima y obligación condicional del asegurador, el contrato de seguro no producirá efecto alguno.

Artículo 1055: Cualquiera estipulación que haga asegurables el dolo, la culpa grave y los actos potestativos del tomador, asegurado o beneficiario, no producirá efecto alguno. Tampoco lo producirá la que tenga por objeto amparar al asegurado contra las acciones de carácter penal o policivo.

Artículo 1203: Toda estipulación que directa o indirectamente tienda a permitir que el acreedor disponga de la prenda o se la apropie para medios distintos de los previstos en la ley, no producirá efecto alguno.

Artículo 1244: Será ineficaz toda estipulación que disponga que el fiduciario adquirirá definitivamente por causa del negocio fiduciario el dominio de los bienes fideicomitidos.

En todos estos casos, quizá con las solas excepciones de los relativos a las asambleas de socios, a la expedición de títulos-valores y a algunos de los elementos del seguro, en donde pudiera pensarse que se configuraría la inexistencia, prevenida en el artículo 898, se trata incuestionablemente de la nulidad de determinadas cláusulas por contrariedad a normas imperativas, eventualidad prevista en el artículo 899, tanto en el numeral 1º como en el 2º, por lo cual lo primero que se ocurre es preguntar a qué esa repetición innecesaria y a qué la creación de una figura extraña, imprecisa y confusa.

La ineficacia en sentido lato comprende la falta de efectos, desde la inexistencia hasta la inoponibilidad; y en sentido estricto, es una figura que presupone tanto la existencia –relevancia- como la validez. Esto, de conformidad con la doctrina universal, acogida en las sentencias de 4 diciembre de 1967 y 13, 16 y 21 mayo de 1968 por la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia.

En los supuestos de inexistencia, la prevención de ausencia de efecto y de no necesitarse declaración judicial, sobra del todo; y la confluencia de figuras y expresiones, a más de impropia, induce a confusiones.

Y en lo relativo a la nulidad, nulidad de pactos o cláusulas por contrariedad del *ius cogens*, no parece acertada la creación de una medida adicional a la nulidad absoluta propia de estos casos, con el nombre de “ineficacia”, en cuanto elimina la intervención del juez, para estatuir una nulidad virtual al capricho de los particulares y de autoridades administrativas, vaya a saberse si imprescriptible, y cuya aplicación de ninguna manera podría hacerse a espaldas de la jurisdicción, del derecho de defensa y del debido proceso.

Posteriormente, la ley 45 de 1990, reguladora de actividades financieras, con insistencia en el sometimiento del contenido de las pólizas de seguro a las normas respectivas de carácter imperativo, estableció la pena de ineficacia para la estipulación contraria o derogatoria de aquellas. Y la ley 446 de 1998, relativa a numerosos aspectos de la solución procesal y extra-procesal de contenciones tanto privadas como administrativas, a tiempo que les otorgó poderes jurisdiccionales a las Superintendencias Bancaria, de Valores y de Sociedades, por acuerdo (¿compromiso?) entre las partes, para resolver en derecho y única instancia los conflictos entre empresarios y clientes, en su art. 133, haciendo expresa referencia al art. 897 del Código de Comercio, confirió atribución a dichas Superintendencias, para «efectuar [sic] el reconocimiento de los presupuestos de ineficacia previstos en el libro segundo del Código de Comercio», lo mismo que para «el reconocimiento de la ocurrencia de dichas causales de ineficacia, a falta de acuerdo de las partes» al respecto.

Ciertamente la exigencia a ultranza de la decisión de juez para que pueda hablarse de nulidad y la vulnerabilidad de ésta al término de prescripción, constituyen característica positiva de nuestro sistema, que no acepta la posibilidad de que un negocio jurídico sea «ineficaz» de suyo, virtualmente, sin necesidad de que una autoridad lo declare tal, y en cualquier momento, es decir, a perpetuidad.

La norma del art. 897 del C. de Comercio, en su extremismo y simplicidad, aun mayores que los del art. 6° del C. C. (art.10 C. C. ch.), merece en primer lugar el reproche de vulneración del derecho fundamental del debido proceso (*nulla poena sine iudicio*), que indirectamente resultó atendido por la ley 446 en lo que se refiere a la «ineficacia» en materia de sociedades, respecto de la cual es indispensable puntualizar que la decisión jurisdiccional de la autoridad administrativa no puede tener el efecto de cosa juzgada de la decisión administrativa «arbitral» regulada por dicha ley, de modo que sería susceptible de los recursos e impugnaciones propios de toda decisión administrativa (para ante la jurisdicción del ramo), que en últimas somete impropriamente a la justicia administrativa conflictos de derecho privado y entre particulares. A lo que se agrega, en lo que respecta a las demás «ineficacias», la necesidad de procurar que, bien sea mediante intervención del legislador o, a lo menos, por vía pretoriana, se llegue al restablecimiento del principio de *pas de nullité sans arrêt*.

Natural es pensar en mecanismos que permitan resolver expedita y económicamente sobre la invalidez de las cláusulas negras y grises o derogatorias del *ius cogens*, tanto en lo que hace a la intermediación, como a la celeridad del trámite, y que también faciliten las *class actions*, la intervención de organismos administrativos especializados y de «defensores del consumidor» e incluso permitan una extensión de los efectos del pronunciamiento jurisdiccional. Es más, contando con la posibilidad de «atribuir función jurisdiccional en materias precisas a determinadas autoridades administrativas», que introdujo el art. 116 de la Constitución Política de 1991, y al

calor de experiencias de derecho comparado y de los apremios de solución de necesidades múltiples de la vida comercial, bien podría contemplarse el diseño de procesos jurisdiccionales ante autoridades administrativas especializadas. Todo ello, naturalmente, partiendo del supuesto de enmendar el entuerto de la «ineficacia» de pleno derecho».