

# La ineficacia del negocio jurídico en el derecho privado colombiano\*

## The inefficacy of legal business Colombian private law

*Hernando Uribe Vargas\*\**

Fecha recibido: 19/03/10

Fecha aceptado: 29/04/10

### Resumen

Esta reflexión describe los elementos fundamentales de la ineficacia del negocio jurídico en sentido y amplio y en sentido estricto, así como su regulación en los Códigos Civil y de Comercio de Colombia. Dentro del concepto amplio de ineficacia se hace alusión al régimen de las nulidades consagrado en la legislación civil y mercantil.

### Palabras clave

Eficacia, ineficacia, existencia, inexistencia, validez, invalidez, nulidad, anulabilidad.

---

\* Este artículo es una reflexión surgida de la práctica docente del autor en las asignaturas Teoría general de las obligaciones y contratos civiles y mercantiles durante más de diez años en distintas universidades del país.

\*\* Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad de San Buenaventura, Sede Bogotá. Abogado de la Universidad Externado de Colombia. Especialista en Derecho Notarial y Registral de la Universidad Externado de Colombia. Magister en Educación de la Universidad del Norte de Barranquilla. Profesor de las Universidades Católica, Santo Tomás y de América en Bogotá. Correo electrónico: huribe@usbog.edu.co

## Abstract

This discussion describes the key elements of the inefficiency of the legal business in narrow and broad sense and its regulation in Civil and Commercial Codes of Colombia. Within the broad concept of inefficiency refers to the regime of nonelities enshrined in civil and commercial law.

## Key words

Efficient inefficient existence nonexistence validity invalidity annulment nullity

## Concepto de Ineficacia.

«La ineficacia es la falta de eficacia y actividad» (Diccionario de la Lengua Española, 2001). Dentro del derecho privado, puede afirmarse que la ineficacia se considera como una sanción. Es el género. Allí caben la inexistencia, nulidad, resolución e inoponibilidad.

Algunos autores (Parra, 2003) sostienen que la ineficacia del negocio jurídico quiere decir ausencia de los efectos del mismo, acordes con lo querido por los contratantes, ya sea porque el contrato no produjo ningún efecto, o bien porque los produce menores o distintos de los que las partes quisieron. Ello implica que la ineficacia e invalidez son dos conceptos distintos. Aunque de un mismo negocio jurídico pueda decirse simultáneamente que es inválido e ineficaz, pues normalmente, el acto inválido es ineficaz (Valencia Zea, 1985).

Los negocios inválidos son ineficaces por tener anomalías en su eficacia, pero en cambio hay contratos ineficaces, es decir, que no producen sus efectos normales, pero son plenamente válidos, por ejemplo aquel que tiene un defecto en su publicidad y por ello no es oponible a terceros (Carbonier, 1992).

Dentro del régimen legal colombiano, el Código de Comercio considera ineficaz en sentido estricto, al acto inexistente que no produce los efectos que estaría llamado a producir. El artículo 897 del Código de Comercio consagra el concepto de ineficacia, y en su descripción se observa una enorme similitud entre la ineficacia y la inexistencia.

En realidad, la norma denomina ineficaz al acto o cláusula inexistente (Código de Comercio, art. 897), confundiendo la ineficacia con la inexistencia y dándole a los dos conceptos la misma consecuencia: la no producción de efecto alguno sin necesidad de declaración judicial. Luego es posible concluir que, según el Código de Comercio, la ineficacia en sentido menos amplio es la misma inexistencia.

En el mismo sentido, algunas normas del Código de Comercio consagran ejemplos de la ineficacia del acto jurídico mercantil (Código de Comercio, arts. 150, 200, 501 y 1055).

## **Concepto de inexistencia**

La inexistencia del acto jurídico es un concepto relativamente moderno. Surge a principios del siglo XIX. No obstante, algunos Códigos de ese siglo como el chileno, argentino y colombiano, no la incluyen. El Código de las Obligaciones italiano del siglo XX tampoco la contiene (Hinestrosa, 2003).

La inexistencia es el no ser en el mundo jurídico. En materia de derecho privado, puede considerarse como el jamás haberse celebrado un acto. Empero, el acto inexistente supone la apariencia del mismo, o sea, un negocio jurídico que parece existir pero en realidad no existe y por ello no produce efectos (Larenz, 1956).

Ahora bien, es imperioso distinguir el concepto de existencia e inexistencia dentro del contexto contractual y fuera de él. En alguna

ocasión una persona que no tenía formación jurídica, no podía entender, y resulta lógico que así sea, cómo un acto que él había realizado, para el ordenamiento era inexistente. ¿Acaso el dinero que entregó al comprador no era real? ¿El documento que ambas partes firmaron y que luego llevaron a una Notaría para autenticar las firmas no existía? ¿El terreno que supuestamente se había comprado era inexistente? El dinero, el documento y el terreno existen. Son reales. Pueden palpase por los sentidos y hablar de su inexistencia, hace ver necio a quien lo haga.

La inexistencia que nos ocupa no se encuentra en el mundo de los sentidos, se refiere al acto o negocio jurídico. Lo inexistente es el aparente negocio jurídico que una o varias partes creen haber celebrado. Naturalmente que el aparente acto existe, pero no es el que las partes quisieron que fuera. ¿Produce efectos este acto aparente? Por supuesto. Pero no produce los efectos que el acto deseado hubiese producido, pues este no existe.

La inexistencia puede mirarse a partir de su contrario: la existencia. ¿Qué se requiere para que un negocio jurídico exista? Para que el acto o negocio jurídico exista y esté llamado a producir los efectos jurídicos propios de su naturaleza se requiere que en el respectivo acto se encuentran completamente consolidados sus elementos esenciales. Aquellos sin los cuales el acto no existe. Lo esencial es aquello estructural en el negocio, lo sustancial, lo imprescindible (Diccionario de la Lengua Española, 2001).

Dictando una conferencia relativa a la Teoría General del Negocio Jurídico, un estudiante me pidió que le explicara el concepto de elemento esencial, ubicándome por fuera del contexto del negocio jurídico. Recurrí a ideas generales que son fácilmente comprensibles para aquellos que no tienen formación jurídica. Imaginemos una receta culinaria de un plato denominado *Arroz Criollo* en la que su autor determina unos ingredientes básicos (esenciales) sin los cuales es

imposible lograr el plato deseado. Será necesario obtener los ingredientes en las cantidades y formas señaladas en la receta. Cualquier inexactitud en la clase de ingrediente o en la cantidad del mismo arrojará como resultado un plato diferente. En otras palabras, para que el *Arroz Criollo* realmente exista, sus elementos esenciales deben estar presentes, sin ellos este no existe. Lo contrario será un plato de comida, con cualquier denominación distinta al inicialmente querido, pues si no está su esencia, el plato será inexistente.

Debe insistirse en que la inexistencia del negocio jurídico, no significa que el aparente acto no produzca efectos jurídicos. Al contrario, generalmente un negocio jurídico aparente produce efectos jurídicos, solo que distintos a los que se producirían si el acto realmente hubiese existido.

La introducción de la inexistencia del acto jurídico se debió en Francia a una necesidad práctica circunstancial. En la antigua doctrina francesa se había consolidado la regla «no hay nulidad sin texto». Promulgado el Código Civil, se advirtió que el legislador había dejado de señalar la nulidad de actos cuya falta de protección por el Derecho era evidente: por ejemplo, nada decía sobre el matrimonio de dos personas del mismo sexo (Ossa, 1991). Esta omisión del legislador, la doctrina la corrigió indicando que no es que el matrimonio sea nulo, sino algo más grave: se trata de un matrimonio inexistente (Ghestin, 1988).

Existen muchos autores que han intentado diferenciar la nulidad de la inexistencia. Es lógico que para poder calificar de inválido a un contrato tendrá al menos que existir, con lo que la inexistencia es diferente de la nulidad. Por ello, algunos han definido la inexistencia diciendo que, falta un requisito de tal alcance que impide la identificación del negocio (Passarelli, 1963), que hace inconcebible el negocio (Ferrara, 1959) o que impide se dé el concepto de negocio (Betti, 2008).

El Código de Comercio en los artículos 897 y 898 consagra en forma expresa la inexistencia, señalando que su principal consecuencia es la no producción de efectos jurídicos. El estatuto comercial señala que cuando en el Código se exprese que un acto no produce efectos, se entenderá que es ineficaz de pleno derecho, sin necesidad de declaración judicial. Así mismo, el artículo 898 consagra la posibilidad de que las partes ratifiquen en forma expresa un negocio jurídico, con lo cual, si dan cumplimiento a las solemnidades pertinentes, perfeccionaran el acto inexistente en la fecha de la ratificación.

Para el Código de Comercio colombiano, es inexistente el negocio jurídico cuando se ha celebrado sin las solemnidades sustanciales que la ley exige para su formación y cuando falte alguno de sus elementos esenciales.

## **Inexistencia en el Código Civil**

A pesar de que el Código Civil no contiene una norma que señale expresamente la inexistencia, el sentido de varios de sus artículos permite concluir que en esta codificación tiene cabida la figura de la inexistencia. Diversas normas del Código admiten implícitamente la inexistencia.

Veamos algunos ejemplos:

1. La manera como el ordenamiento civil (Código Civil, art. 1741) clasifica las nulidades absolutas y relativas implica una clara distinción entre nulidad absoluta e inexistencia. En efecto, esta norma señala que las causales de nulidad absoluta son el objeto ilícito, la causa ilícita, la falta de solemnidades del acto o contrato y la incapacidad absoluta. En cambio, frente a las causales de la nulidad relativa, señala que cualquier otra especie de vicio generará nulidad relativa.

Al no mencionar el artículo la ausencia de consentimiento como causal para generar nulidad absoluta, ello implica una distinción

entre la nulidad absoluta y la inexistencia, pues no podría pensarse que tal omisión configura apenas una nulidad relativa. En otras palabras, sería absurdo considerar que la ausencia total del consentimiento fuese sancionada por el ordenamiento con una nulidad relativa, cuando lo esencial en el negocio jurídico, es justamente el consentimiento de las partes.

Algunos autores franceses (Savatier, 1962) dicen que en el caso de la ausencia de consentimiento, la nada del contrato es tal que no exigiría una constatación judicial, si no fuera porque las apariencias inmediatas obligan a quien las sufre a hacer reconocer por el juez la inexistencia del contrato (Planiol, 1930) .

2. La legislación civil colombiana consagra las causales de nulidad en el matrimonio, y estas son taxativas, pues siendo la nulidad una sanción, sus causas deben estar expresamente señaladas en la ley (Código Civil, art. 140). Quiere ello decir que no existen otras causales de nulidad del matrimonio que las consagradas por el legislador. Entre nosotros no figura la identidad de sexo, es decir, el matrimonio entre dos hombres o dos mujeres no es nulo, por lo cual se deduce que la diferencia de sexo es un elemento esencial para la validez del matrimonio.

Por lo dicho es claro que la inexistencia encuentra cabida una vez más en nuestra legislación civil. Si no puede predicarse ni siquiera la nulidad de un supuesto matrimonio en el que se presente la identidad de los sexos, porque las nulidades son taxativas en este terreno, forzoso será hablar de matrimonio inexistente.

3. *Falta de solemnidades.*

Ante la falta de solemnidades el legislador se pronuncia en forma tal que da la idea de la inexistencia del acto más que de su nulidad absoluta. Pueden servir de ejemplo las siguientes disposiciones: El artículo 1457 del Código Civil, establece que no

valdrá la donación entre vivos, de cualquiera especie de bienes raíces, si no es otorgada por escritura pública, inscrita en el competente registro de instrumentos públicos. En el mismo sentido, el inciso segundo del artículo 1857 del mismo estatuto señala que la venta de los bienes raíces y servidumbres y la de una sucesión hereditaria, no se reputan perfectas ante la ley, mientras no se ha otorgado escritura pública.

Si los actos a que se refieren los artículos anteriores no valen, no se perfeccionan ante la ley, es porque no han alcanzado su ser jurídico, son inexistentes. Si esto ocurre, no podrán ni ratificarse, ni validarse por la prescripción. Lo que sí es posible cuando se trata de actos afectados de nulidad.

#### 4. *Artículos 1500 y 1501 del Código Civil*

El artículo 1500 del Código Civil, habla del contrato solemne en forma tal, que permite pensar en la figura de la inexistencia. Dice el texto que el contrato es «solemne cuando está sujeto a la observancia de ciertas formalidades especiales, de manera que sin ellas no produce ningún efecto civil».

Por otro lado el artículo 1501 afirma que la ausencia de elementos esenciales hace que el acto no produzca efectos. La norma dice que se distinguen en cada contrato las cosas que son de su esencia, las que son de su naturaleza, y las puramente accidentales. Luego señala que

Son de la esencia de un contrato aquellas cosas, sin las cuales, o no produce efecto alguno, o degeneran en otro contrato diferente; son de la naturaleza de un contrato las que no siendo esenciales en él, se entienden pertenecerle, sin necesidad de una cláusula especial; y son accidentales a un contrato aquellas que ni esencial, ni naturalmente le pertenecen, y que se le agregan por medio de cláusulas especiales. (Artículo 1501 del Código Civil)



Concordada esta regla con el artículo 1760, se puede asegurar una vez más la admisión implícita de la inexistencia en el Código Civil, pues este artículo repite que «la falta de instrumento público no puede suplirse por otra prueba en los actos y contratos en que la ley requiere esa solemnidad» y que un contrato que adolezca de instrumento público, debiendo tenerlo, se mirará como no ejecutado o celebrado aun cuando en ellos se prometa reducirlos a instrumento público.

5. Ausencia de elementos esenciales

Al no figurar la falta de objeto en las nulidades absolutas, no es factible sostener que se trate de una nulidad relativa. La falta de objeto impide la formación del acto. Prueba de ello se encuentra en la clara preceptiva del artículo 1870 del Código Civil. No habla el legislador de que el acto quede afectado de nulidad sino que le niega todo efecto. Lo cual equivale a la inexistencia de la venta, en tanto falta un elemento esencial del contrato (Código Civil, art. 1870).

En el mismo sentido se presenta la falta del precio en el contrato de compraventa. La norma reza que en aquellos casos en los que no se pacte el precio, no habrá venta, es decir, esta será inexistente (Código Civil, art. 1865).

### **Diferencias entre inexistencia y nulidad.**

1. La inexistencia significa que el acto no produce efectos, mientras que el acto inválido, antes de que se declare su nulidad produce efectos (Arrubla, 1992).
2. La inexistencia opera de pleno derecho, sin necesidad de que el juez la declare, mientras la nulidad debe ser decretada judicialmente. Antes de que ello ocurra el acto debe ejecutarse (Escobar, 1994).

3. La ausencia de formalidades esenciales se constituye en causal de nulidad en el Código Civil y de inexistencia en el Código de Comercio (Bonivento, 1990).

## Nulidad

El principio de la autonomía de la voluntad, que inspiró la legislación de derecho privado en el siglo XIX como reflejo fiel del individualismo dominante entonces, hubo de ceder frente a las nuevas circunstancias económico-sociales y políticas, en virtud de las cuales se abrió paso el intervencionismo estatal en beneficio de los intereses generales (Pothier, 2007).

En ese orden de ideas, el Estado, por razones de interés público y de utilidad social, como director responsable de la marcha general de la economía, desplegó su actividad reguladora al campo contractual, de tal suerte que, en el derecho moderno no es extraña su intervención en la actividad de los particulares y por ello, la autonomía absoluta de que antes se hacía gala, se encuentra ahora reemplazada por los denominados por la doctrina «contratos dirigidos», en los cuales la voluntad de los particulares se encuentra restringida, porque así lo exigen el interés general y el orden público (Mazeaud, 1964).

Adicionalmente, cuando la voluntad de los particulares se dirige a la producción de efectos jurídicos, y estos trascienden los límites de la autonomía de la voluntad (buenas costumbres, orden público social y orden público económico), el ordenamiento actúa y genera una consecuencia frente a dichos actos: los anula. La nulidad es una sanción que afecta los actos jurídicos (declaraciones unilaterales de voluntad y contratos) que violan los límites de la autonomía de la voluntad (Código Civil, art. 1740).

Las principales características de la nulidad son:

1. Es una sanción de carácter privado que el ordenamiento impone a los actos que desbordan los límites de la autonomía de la voluntad (Escobar Sanín, 1994).
2. Solo tiene fuente en la ley, es decir, la nulidad sólo se produce por las causales taxativamente señaladas en la ley, no puede presentarse por vías de interpretación o analogía (Ripert, 1946).
3. Obedece a defectos en la formación del acto jurídico, es decir, que los vicios sobrevinientes tienen efectos en el negocio, pero no generan la nulidad del mismo.

### **Clases de nulidad**

La teoría de las nulidades, ha distinguido dos clases: absolutas y relativas. La llamada rescisión es una especie de nulidad relativa, con efectos generalmente iguales a los de ésta.

El criterio de la distinción entre la nulidad absoluta y la relativa reside en la importancia de la norma violada. Si ésta es de interés general, la nulidad es absoluta; si es de aquellas que tutelan el interés particular de las personas, la nulidad es relativa.

De lo anterior se desprende que los motivos de nulidad absoluta son más graves: falta de formalidades en los actos jurídicos solemnes (requisitos ad solemnitatem exigidos por el legislador), incapacidad absoluta, falta de consentimiento, ausencia de objeto o de causa, ilicitud del objeto o de la causa. La nulidad, en tales casos, tiene su fundamento en la falta de uno de los elementos de validez del acto jurídico, elementos exigidos por el legislador en favor del interés colectivo (Josserand, 1951).

Y, en todo caso, si la nulidad tiene por fin proteger el interés general, el orden público, es una nulidad absoluta. Las causales que originan la nulidad relativa son menos graves y conciernen tan solo al interés particular: la incapacidad relativa, el error, la fuerza y el dolo

sufridos por el contratante (es decir, los vicios del consentimiento) y, finalmente, la lesión enorme. Marcel Planiol señala que hay dos categorías de nulidad porque la ley debe asegurar la protección de dos clases de intereses en la conclusión del contrato: los intereses de la comunidad jurídica y los intereses privados (Planiol, 1930).

Dentro de los actos jurídicos que pueden ser invalidados por la nulidad, está en primer lugar el contrato, es decir, el acuerdo libre de voluntades destinado a crear obligaciones, en cuya formación necesariamente deben concurrir dos partes contratantes, pues es imposible concebirlo como el acto de una sola persona (Código Civil, art. 1495) y el cual no puede ser invalidado sino por consentimiento mutuo o por causales legales, entre las que se cuentan, desde luego, la nulidad.

En segundo lugar, todos los demás negocios jurídicos voluntarios, sean éstos convenciones o declaraciones unilaterales de voluntad, aunque si bien es cierto que no es dable aplicarle a las diversas convenciones que no son contratos la regla de la nulidad por analogía, ello es posible debido a las variadas disposiciones legales en las cuales se preceptúa que la omisión de un determinado requisito acarrea la nulidad del acto, como acontece con la tradición, cuya validez depende del cumplimiento de los requisitos señalados en los artículos 742 a 745 del Código Civil, o la ausencia de error sobre los aspectos contemplados en los artículos 746 y 747 ídem.

Algunas características, similitudes y diferencias entre la nulidad absoluta y relativa son:

1. Ambas, por tratarse de una sanción civil, deben ser declaradas judicialmente.
2. La nulidad absoluta puede ser declarada de oficio por el juez, la nulidad relativa sólo puede declararse por solicitud de parte. Del mismo modo, la absoluta puede ser alegada por el Ministerio Público, en tanto que la relativa si puede ser alegada por una de las partes del acto jurídico.

3. En el mismo sentido, la nulidad absoluta puede ser solicitada por cualquier persona que tenga interés en ello, en cambio la nulidad relativa solo puede ser solicitada por aquellas personas cuya protección buscó la respectiva causal de nulidad.
4. Ambas nulidades pueden ser saneadas por el paso del tiempo, siempre y cuando la causal de la nulidad absoluta no sea el objeto o la causa ilícita.

### **Causales de nulidad**

Según la legislación comercial colombiana, el negocio jurídico es absolutamente nulo cuando es contrario a una norma imperativa, salvo que la ley disponga otra cosa, cuando tiene causa u objeto ilícitos y cuando se haya celebrado por una persona absolutamente incapaz (Código de Comercio, art. 899).

La legislación civil señala que la nulidad producida por un objeto o causa ilícita es absoluta. Del mismo modo, la nulidad producida por la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de algunos actos jurídicos en consideración a la naturaleza de ellos, y no a la calidad de las personas que los acuerdan es nulidad absoluta. Finalmente, existe nulidad absoluta en los actos y contratos de personas absolutamente incapaces (Código Civil, art. 1741).

La ley civil dice expresamente que cualquier otra especie de vicio, no señalado expresamente en el Código, producirá nulidad relativa, y da derecho a la rescisión del acto o contrato.

De igual forma, el Código de Comercio, establece 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 (Código de Comercio, art. 900).

Al igual que la normatividad civil, el Estatuto Comercial señala que la anulabilidad 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.

Comparando las causales de nulidad del Código Civil y Código de Comercio, pueden hallarse las siguientes conclusiones:

1. En el Código Civil la sanción general no es la nulidad absoluta sino la relativa (Código Civil, art. 1741) . En el Código de Comercio la nulidad absoluta es la regla general de las sanciones (contrariar una norma imperativa) .
2. El Código de Comercio dispone que hay nulidad absoluta cuando el acto es contrario a una norma imperativa, salvo que la ley disponga otra cosa, es decir, acepta la inexistencia, en cambio, en el Código Civil se genera nulidad absoluta cuando se omiten formalidades esenciales contrariando normas imperativas (Código de Comercio, art. 899).

### **Titulares de la acción de nulidad absoluta**

La nulidad absoluta puede ser declarada judicialmente, incluso aunque las partes no lo hayan solicitado, siempre y cuando aparezca de manifiesto en el acto jurídico. Dado que la nulidad absoluta protege el bien común puede alegarse por todo el que tenga interés en ello y también puede pedirse su declaración por el Ministerio Público para proteger la moral o de la ley. En aquellos casos en que no es generada por objeto o causa ilícitos, puede sanearse por la ratificación de las partes y en todo caso, por prescripción extraordinaria (Código Civil, art. 1742).

La Corte Suprema de Justicia, en diversos fallos (Corte Suprema de Justicia, Casación Civil, octubre 30/2001) ha venido afirmando que el poder excepcional que al fallador le concede la ley para declarar de oficio la nulidad absoluta, no es irrestricto, panorámico

o ilimitado, sino que por el contrario, se encuentra condicionado a la concurrencia de las tres circunstancias siguientes:

1<sup>a</sup> Que la nulidad aparezca de manifiesto en el acto o contrato;

2<sup>a</sup> Que el acto o contrato haya sido invocado en el litigio como fuente de derechos u obligaciones para las partes;

3<sup>a</sup> Que al litigio concurren, en calidad de partes, las personas que intervinieron en la celebración del aquél o sus causahabientes, en guarda del postulado de que la nulidad de una convención, en su totalidad, no puede declararse sino con la audiencia de todos los que la celebraron.

### **Titulares de la acción de nulidad relativa**

Por los derechos que se protegen a través de la nulidad relativa, esta no puede ser declarada por el juez sin que exista una solicitud de parte. Tampoco puede ser solicitada por el Ministerio Público en el solo interés de la ley. En general, puede afirmarse que la nulidad relativa puede alegarse por aquellos en cuyo beneficio la han establecido las leyes, o por sus herederos o cesionarios. Ello significa que en la ejecución de un contrato, la nulidad relativa sólo podría ser alegada por la parte protegida por el ordenamiento y no por la parte que eventualmente puede verse beneficiada con la ocurrencia de la causal de nulidad (Código Civil, art. 1743).

### **Efectos de la declaración de nulidad**

La nulidad pronunciada en una sentencia judicial 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, excepto en los casos en que la nulidad se produjo como consecuencia de objeto o causa ilícita.

Lo anterior conduce a que la sentencia de nulidad producirá en las partes la obligación de hacer restituciones mutuas en las que cada cual será responsable de la pérdida de las especies o de su deterioro, así como de los intereses y frutos, y del abono de las mejoras necesarias, útiles o voluptuarias, tomándose en consideración el caso fortuito o la fuerza mayor, y la posesión de buena fe o mala fe de las partes como consecuencia de la ejecución del acto jurídico (Código Civil, art. 1746).

El principio de la retroactividad es dominante en los efectos de toda declaración de nulidad. La sentencia de nulidad verifica un vicio o defecto que ha existido siempre, por ello se crea la ficción de que el contrato nulo no se ha perfeccionado nunca y no ha producido efecto jamás.

Exceptuada la anulación del matrimonio, fundándose en el indicado principio, que se halla consagrado positivamente en el artículo 1746 del Código Civil, han sostenido la doctrina y la jurisprudencia que el efecto propio y natural de toda declaración judicial de nulidad es la restauración completa de las cosas al estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo.

Como la sentencia que declara la nulidad de un acto produce efectos *ex tunc*, se supone que tal acto o contrato no tuvo existencia legal, y entonces, por imperativo de lógica, hay que restaurar las cosas al estado en que se hallarían si dicho acto o contrato no se hubiera celebrado

Por virtud del efecto retroactivo de la declaración judicial de toda nulidad sustancial, excepto del matrimonio, la sentencia que haga tal declaración debe ordenar que las cosas regresan al estado en que se encontraban antes del otorgamiento del acto o contrato nulo, y por lo tanto, oficiosamente debe regular las prestaciones mutuas de los contratantes, pues de lo contrario dicha sentencia infringirá la ley por la inaplicación del artículo 1746 del Código Civil (Corte Suprema de Justicia, Casación civil ABRIL 17/75).



Con relación a las prestaciones recíprocas, las disposiciones legales que gobiernan las prestaciones mutuas a que puede haber lugar, por ejemplo, en las acciones reivindicatorias y de nulidad, tienen su fundamento en evidentes y claras razones de equidad, que procuran conjurar un enriquecimiento indebido. Por tal razón, tales restituciones mutuas quedan incluidas en la demanda, de tal manera que el juzgador debe siempre considerarlas en el fallo, bien a petición de parte, ora de oficio.

Lo anterior significa que si se declara la nulidad de un negocio jurídico, no sólo debe restituirse, por la parte obligada a ello, la suma de dinero recibida en desarrollo del contrato anulado, con la consiguiente corrección monetaria, sino también el valor de los intereses que como consecuencia normal habría de producir toda suma de dinero, pues el efecto general y propio de toda declaración de nulidad de un negocio jurídico, es el de retrotraer las cosas al estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo (Corte Suprema de Justicia, Casación civil ABRIL 17/75).

La sentencia de nulidad produce efectos retroactivos y, por consiguiente, cada parte tiene que devolver a la otra lo que ha recibido como prestación del negocio jurídico anulado, o sea, las partes quedan obligadas a devolverse lo que recíprocamente se hubieren entregado en desarrollo de la relación jurídica declarada nula, razón por la cual, dice el artículo 1746 del Código Civil, que

En las restituciones que hayan de hacerse los contratantes en virtud de este pronunciamiento, será cada cual responsable de la pérdida de las especies o 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 o mala fe de las partes; todo ello según las reglas generales y sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo siguiente (Corte Suprema de Justicia, Casación Civil, SEPTIEMBRE 5/72).

## Referencias

- Arrubla Paucar, J. A. (1992). *Contratos Mercantiles. Tomo II*. Medellín: Biblioteca Jurídica Diké.
- Betti, E. (2008). *Teoría General del Negocio Jurídico*. Granada.
- Bonivento Fernandez, J. A. (1990). *Los principales contratos civiles y su paralelo con los comerciales*. Bogotá: Ediciones Librería del Profesional.
- CARBONIER, J. (1992). *Flexible Droit*. París: L.G.D.J.
- Código Civil*. (art. 140).
- Código Civil*. (art. 1495).
- Código Civil*. (art. 1740).
- Código Civil*. (art. 1741).
- Código Civil*. (art. 1742).
- Código Civil*. (art. 1743).
- Código Civil*. (art. 1746).
- Código Civil*. (art. 1865).
- Código Civil*. (art. 1870).
- Código de Comercio*. (art. 899).
- Código de Comercio*. (art. 899).
- Código de Comercio*. (art. 900).
- Código de Comercio*. (arts. 150, 200, 501 y 1055). C. de Co Art. 150. La distribución de las utilidades sociales se hará en proporción a la parte pagada del valor nominal de las acciones, cuotas o partes de interés de cada asociado, si en el contrato no se ha previsto válidamente otra cosa.
- Corte Suprema de Justicia*. (Casación civil ABRIL 17/75).
- Corte Suprema de Justicia*. (Casación Civil, OCTUBRE 30/2001).

*Corte Suprema de Justicia. (Casación Civil, SEPTIEMBRE 5/72).*

Diccionario de la Lengua Española. (2001).

Escobar Sanín, G. (1994). *Negocios Civiles y Comerciales*. Medellín: Biblioteca Jurídica Diké.

Ferrara, C. (1959). *El Negocio Jurídico*. Madrid: Edit. Revista de Derecho Privado.

Ghestin, J. (1988). *Droit Civile*.

Hinestrosa, F. (2003). *Estudios de derecho civil obligaciones y contratos*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Josserand, L. (1951). *Derecho Civil*. Madrid: Ediciones Jurídicos Europa - América, Bosch.

Larenz, K. (1956). *Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos*. Buenos Aires: Revista de Derecho Privado.

Mazeaud, H. L. (1964). *Lecciones de Derecho Civil: parte Cuarta*. Madrid: Ediciones Jurídicas Europa-América.

Ossa, E. (1991). *Teoría General del Seguro: el contrato*. Bogotá: Temis.

PARRA, D. y. (2003). *Las Nulidades de los Contratos*. Zaragoza.

Passarelli, F. S. (1963). *Nociones del Derecho del Trabajo*. Madrid.

Planiol, M. (1930). *Tratado práctico de derecho civil francés*. París: Juan Buxo.

Pothier, R. J. (2007). *Tratado de las Obligaciones*. Madrid: Heliasta.

Ripert, G. (1946). *Tratado Práctico de Derecho Civil Francés, Volumen 2*. París: Cultural.

Savatier, R. (1962). *Droit des affaires*. París: Sirey.

SAVATIER, R. (1952). *Traité pratique de droit civil francais, Volume 13*. París: Librairie générale de droit et de jurisprudence.

Valencia Zea, A. (1985). *Derecho Civil Volumen 4*. Bogotá: Temis.

## Artículos Código Civil y Código de Comercio

*Código de Comercio Art. 150.* La distribución de las utilidades sociales se hará en proporción a la parte pagada del valor nominal de las acciones, cuotas o partes de interés de cada asociado, si en el contrato no se ha previsto válidamente otra cosa.

Las cláusulas del contrato que priven de toda participación en las utilidades a algunos de los socios se tendrán por no escritas, a pesar de su aceptación por parte de los socios afectados con ellas.

*Parágrafo.* A falta de estipulación expresa del contrato, el sólo aporte de industria sin estimación de su valor dará derecho a una participación equivalente a la del mayor aporte de capital.

*Código de Comercio Art. 200. Responsabilidad de los administradores. Subrogado. Ley 222 de 1995, Art. 24.* Los administradores responderán solidaria e ilimitadamente de los perjuicios que por dolo o culpa ocasionen a la sociedad, a los socios o a terceros.

No estarán sujetos a dicha responsabilidad, quienes no hayan tenido conocimiento de la acción u omisión o hayan votado en contra, siempre y cuando no la ejecuten.

En los casos de incumplimiento o extralimitación de sus funciones, violación de la ley o de los estatutos, se presumirá la culpa del administrador.

De igual manera se presumirá la culpa cuando los administradores hayan propuesto o ejecutado la decisión sobre distribución de utilidades en contravención a lo prescrito en el artículo 151 del Código de Comercio y demás normas sobre la materia. En estos casos el administrador responderá por las sumas dejadas de repartir o distribuidas en exceso y por los perjuicios a que haya lugar.

Si el administrador es persona jurídica, la responsabilidad respectiva será de ella y de quien actúe como su representante legal.

Se tendrán por no escritas las cláusulas del contrato social que tiendan a absolver a los administradores de las responsabilidades ante dichas o a limitarlas al importe de las cauciones que hayan prestado para ejercer sus cargos.

*Código de Comercio Art. 501. Responsabilidad de los socios.* En la sociedad de hecho todos y cada uno de los asociados responderán solidaria e ilimitadamente por las operaciones celebradas. Las estipulaciones tendientes a limitar esta responsabilidad se tendrán por no escritas.

Los terceros podrán hacer valer sus derechos y cumplir sus obligaciones a cargo o en favor de todos los asociados de hecho o de cualquiera de ellos.

*Código de Comercio Art. 897.* Actos ineficaces de pleno derecho. 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.

*Código de Comercio Art. 898.* Ratificación expresa e inexistencia. 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.

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.

*Código de Comercio Art. 899.* Nulidad Absoluta. 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.

*Código de Comercio Art. 900.* Anulabilidad. 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

*Código de Comercio Art. 901.* Inoponibilidad. Será inoponible a terceros el negocio jurídico celebrado sin cumplir con los requisitos de publicidad que la ley exija.

*Código de Comercio Art. 902.* Nulidad parcial. La nulidad parcial de un negocio jurídico, o la nulidad de alguna de sus cláusulas, solo acarreará la nulidad de todo el negocio cuando aparezca que las partes no lo habrían celebrado sin la estipulación o parte viciada de nulidad.

*Código de Comercio Art. 1055.* Riesgos inasegurables. El dolo, la culpa grave y los actos meramente potestativos del tomador, asegurado o beneficiario son inasegurables. Cualquier estipulación en contrario no producirá efecto alguno, tampoco lo producirá

la que tenga por objeto amparar al asegurado contra las sanciones de carácter penal o policivo.

*Código Civil Art. 140.* El matrimonio es nulo y sin efecto en los casos siguientes:

- 1) Cuando ha habido error acerca de las personas de ambos contrayentes o de la de uno de ellos.
- 2) Cuando se ha contraído entre un varón menor de catorce años, y una mujer menor (*de doce*), o cuando cualquiera de los dos sea respectivamente menor de aquella edad.
- 3) Cuando para celebrarlo haya faltado el consentimiento de alguno de los contrayentes o de ambos. La ley presume falta de consentimiento en (*los furiosos locos, mientras permanecieren en la locura, y en los mentecatos a*) quienes se haya impuesto interdicción judicial para el manejo de sus bienes. Pero los sordomudos, si pueden expresar con claridad su consentimiento por signos manifiestos, contraerán válidamente matrimonio.
- 4) Derogado por la Ley 57 de 1887, artículo 45.
- 5) Cuando se ha contraído por fuerza o miedo que sean suficientes para obligar a alguno a obrar sin libertad; bien sea que la fuerza se cause por el que quiere contraer matrimonio o por otra persona. La fuerza o miedo no será causa de nulidad del matrimonio, si después de disipada la fuerza, se ratifica el matrimonio con palabras expresas, o por la sola cohabitación de los consortes.
- 6) Cuando no ha habido libertad en el consentimiento de la mujer, por haber sido esta robada violentamente, a menos que consienta en él, estando fuera del poder del raptor.
- 7) (*Cuando se ha celebrado entre la mujer adúltera y su cómplice, siempre que antes de efectuarse el matrimonio se hubiere declarado, en juicio, probado el adulterio.*)
- 8) (*Cuando uno de los contrayentes ha matado o hecho matar al cónyuge con quien estaba unido en un matrimonio anterior.*)
- 9) Cuando los contrayentes están en la misma línea de ascendientes y descendientes o son hermanos.
- 10) Derogado por la Ley 57 de 1887, artículo 45.
- 11) (*Cuando se ha contraído entre el padre adoptante y la hija adoptiva; o entre el hijo adoptivo y la madre adoptante, o la mujer que fue esposa del adoptante.*)
- 12) Cuando respecto del hombre o de la mujer, o de ambos estuviere subsistente el vínculo de un matrimonio anterior.
- 13 y 14) Derogados por la Ley 57 de 1887, artículo 45.

*Código Civil Art. 742.* Para que la tradición sea válida, deberá ser hecha voluntariamente por el tradente o por su representante.

Una tradición que al principio fue inválida por haberse hecho sin voluntad del tradente o de su representante, se valida retroactivamente por la ratificación del que tiene facultad de enajenar la cosa como dueño o como representante del dueño.

*Código Civil Art. 743.* La tradición para que sea válida requiere también el consentimiento del adquirente o de su representante.

Pero la tradición que en su principio fue inválida, por haber faltado este consentimiento, se valida retroactivamente por la ratificación.

*Código Civil Art. 744.* Para que sea válida la tradición en que intervienen mandatarios o representantes legales, se requiere además que estos obren dentro de los límites de su mandato o de su representación legal.

*Código Civil Art. 745.* Para que valga la tradición se requiere un título traslativo de dominio, como el de venta, permuta, donación, etc.

Se requiere, además, que el título sea válido respecto de la persona a quien se confiere. Así el título de donación irrevocable no transfiere el dominio entre cónyuges.

*Código Civil Art. 746.* Se requiere también para la validez de la tradición que no se padezca error en cuanto a la identidad de la especie que debe entregarse, o de la persona a quien se hace la entrega, ni en cuanto al título.  
Si se yerra en el nombre sólo, es válida la tradición.

*Código Civil Art. 747.* El error en el título invalida la tradición, sea cuando una sola de las partes supone un título traslativo de dominio, como cuando por una parte se tiene el ánimo de entregar a título de comodato, y por otra se tiene el ánimo de recibir a título de donación, o sea cuando por las dos partes se suponen títulos traslativos de dominio, pero diferentes, como si por una parte se supone mutuo y por otra donación.

*Código Civil Art. 1457.* No valdrá la donación entre vivos, de cualquiera especie de bienes raíces, si no es otorgada por escritura pública, inscrita en el competente registro de instrumentos públicos.  
Tampoco valdrá sin este requisito la remisión de una deuda de la misma especie de bienes

*Código Civil Art. 1495.* Contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser de una o de muchas personas.

*Código Civil Art. 1500.* El contrato es real cuando, para que sea perfecto, es necesaria la tradición de la cosa a que se refiere; es solemne cuando está sujeto a la observancia

de ciertas formalidades especiales, de manera que sin ellas no produce ningún efecto civil; y es consensual cuando se perfecciona por el solo consentimiento.

*Código Civil Art. 1501.* Se distinguen en cada contrato las cosas que son de su esencia, las que son de su naturaleza, y las puramente accidentales. Son de la esencia de un contrato aquellas cosas sin las cuales, o no produce efecto alguno, o degeneran en otro contrato diferente; son de la naturaleza de un contrato las que no siendo esenciales en él, se entienden pertenecerle, sin necesidad de una cláusula especial; y son accidentales a un contrato aquellas que ni esencial ni naturalmente le pertenecen, y que se le agregan por medio de cláusulas especiales.

*Código Civil Art. 1740.* —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.

*Código Civil Art. 1741.* 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.

*Código Civil Art. 1742.* Subrogado. L. 50/36, art. 2º. La nulidad absoluta puede y debe ser declarada por el juez, aun 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.

*Código Civil Art. 1743.* 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 aquellos 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.

La incapacidad de la mujer casada que ha obrado sin autorización del marido o del juez o prefecto en subsidio, habiendo debido obtenerla, se entiende establecida en beneficio de la misma mujer y del marido.

NOTA: El inciso final del presente artículo debe entenderse modificado por la Ley 28 de 1932 y el Decreto 2820 de 1974 que le concedió plena capacidad civil a la mujer.



*Código Civil Art. 1746.* 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.

*Código Civil Art. 1760.* Necesidad de la prueba por instrumento público. La falta de instrumento público no puede suplirse por otra prueba en los actos y contratos en que la ley requiere esa solemnidad; y se mirarán como no ejecutados o celebrados aún cuando en ellos se prometa reducirlos a instrumento público, dentro de cierto plazo, bajo una cláusula penal; esta cláusula no tendrá efecto alguno.

Fuera de los casos indicados en este artículo, el instrumento defectuoso por incompetencia del funcionario o por otra falta en la forma, valdrá como instrumento privado si estuviere firmado por las partes.

*Código Civil Art. 1857.* La venta se reputa perfecta desde que las partes han convenido en la cosa y en el precio, salvo las excepciones siguientes:

La venta de los bienes raíces y servidumbres y la de una sucesión hereditaria, no se reputan perfectas ante la ley, mientras no se ha otorgado escritura pública.

Los frutos y flores pendientes, los árboles cuya madera se vende, los materiales de un edificio que va a derribarse, los materiales que naturalmente adhieren al suelo, como piedras y sustancias minerales de toda clase, no están sujetos a esta excepción.

*Código Civil Art. 1865.* Podrá asimismo dejarse el precio al arbitrio de un tercero; y si el tercero no lo determinare, podrá hacerlo por él cualquiera otra persona en que se convinieren los contratantes: en caso de no convenirse, no habrá venta.

No podrá dejarse el precio al arbitrio de uno de los contratantes.

*Código Civil Art. 1870.* La venta de una cosa que al tiempo de perfeccionarse el contrato se supone existente y no existe, no produce efecto alguno.

Si faltaba una parte considerable de ella al tiempo de perfeccionarse el contrato, podrá el comprador, a su arbitrio, desistir del contrato, o darlo por subsistente, abonando el precio a justa tasación.

El que vendió a sabiendas lo que en el todo o en una parte considerable no existía, resarcirá los perjuicios al comprador de buena fe.