

Fernando Alarcón Rojas

La ineficacia de pleno derecho en los negocios jurídicos

Universidad
Externado
de Colombia

125
Años

La ineficacia de pleno derecho en los negocios jurídicos

Fernando Alarcón Rojas

**La ineficacia de pleno
derecho en los
negocios jurídicos**

Universidad Externado de Colombia

ALARCON ROJAS, Fernando.

La ineficacia de pleno derecho en los negocios jurídicos / Fernando Alarcón Rojas. – Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2011.

291 p.

Incluye referencias bibliográficas

ISBN: 978958710697 8

1. Negocios jurídicos 2. Derecho Comercial 3. Derecho civil I. Universidad Externado de Colombia **II.** Título.

346.511

SCDD 21

Catalogación en la fuente – Universidad Externado de Colombia. Biblioteca

e-ISBN 978-958-772-386-1

ISBN 978-958-710-697-8

© 2011, FERNANDO ALARCÓN ROJAS

© 2011, UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA

Calle 12 n.º 1-17 Este, Bogotá

Teléfono (57 1) 342 0288

publicaciones@uexternado.edu.co

www.uexternado.edu.co

Primera edición: mayo de 2011

Segunda reimpr.: febrero de 2015

Diseño de cubierta: Departamento de Publicaciones

Composición: Carlos Misas

Impresión y encuadernación: Digiprint Editores EU.

Tiraje de 1 a 1.000 ejemplares

Impreso en Colombia

Printed in Colombia

Prohibida la reproducción o cita impresa o electrónica total o parcial de esta obra, sin autorización expresa y por escrito del Departamento de Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia. Las opiniones expresadas en esta obra son responsabilidad del autor.

CONTENIDO

PRÓLOGO	11
INTRODUCCIÓN	21
PRIMERA PARTE	
ORIGEN Y DESARROLLO DE LA FÓRMULA <i>PRO NON SCRIPTA</i>	29
1. La <i>aequitas</i> como fundamento del <i>ius</i>	31
2. La sucesión por causa de muerte en el Derecho romano	38
a. El surgimiento del <i>favor testamenti</i>	50
b. La fórmula <i>pro non scripta</i> como expresión del <i>favor testamenti</i>	53
c. Justificaciones de la fórmula <i>pro non scripta</i>	57
d. El origen de la fórmula <i>pro non scripta</i> se circunscribe verosímilmente a la sucesión testamentaria del Derecho romano	62
3. La recepción de la fórmula <i>pro non scripta</i> por los glosadores	66
4. La fórmula <i>pro non scripta</i> en el antiguo Derecho español	67
5. La fórmula <i>pro non scripta</i> en el Derecho franco	71
6. La fórmula <i>pro non scripta</i> en el Derecho revolucionario francés	75
7. La fórmula <i>pro non scripta</i> en el Code Civil	80
8. La fórmula <i>pro non scripta</i> en los proyectos de Código Civil de ANDRÉS BELLO	83
9. La fórmula <i>pro non scripta</i> en el Código Civil de Chile	95
10. La fórmula <i>pro non scripta</i> en los códigos civiles de Colombia	100
11. La fórmula <i>pro non scripta</i> en el Código de Comercio de Colombia	116

12. La fórmula <i>pro non scripta</i> en la jurisprudencia colombiana	130
a. La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia	130
b. La jurisprudencia del Consejo de Estado	131
c. La jurisprudencia de la Corte Constitucional	133
13. La fórmula <i>pro non scripta</i> en los códigos civiles latinoamericanos	134
14. La fórmula <i>pro non scripta</i> en el Código Civil italiano y en el Código Civil español	141
15. La fórmula <i>pro non scripta</i> en otras disposiciones del Código Civil y del Código del Consumidor de Francia	142
16. La fórmula <i>pro non scripta</i> en el Proyecto Gandolfi y en el Proyecto Lando	146
17. La fórmula <i>pro non scripta</i> en el Anteproyecto de Reforma al Código Civil francés	150
18. La fórmula <i>pro non scripta</i> en el Proyecto de Estatuto del Consumidor colombiano y en la Ley 1328 de 2009 que protege al consumidor financiero	151

SEGUNDA PARTE

ESTRUCTURA DE LA FORMULA <i>PRO NON SCRIPTA</i>	155
1. Definición de la fórmula <i>pro non scripta</i>	157
2. Consecuencias de la fórmula <i>pro non scripta</i>	161
3. La fórmula <i>pro non scripta</i> no se identifica con la inexistencia	171
a. Lo que se afirma en Colombia sobre la inexistencia	174
b. Los supuestos orígenes de la inexistencia	177
c. El aporte de los canonistas a la categoría de la inexistencia	179
d. El aporte de los glosadores y de los comentaristas a la categoría de la inexistencia	183
e. Los dos antecedentes medievales de la inexistencia	186
f. El Derecho romano y la categoría de la inexistencia	187
g. La inexistencia en Francia	201
h. BELLO y la categoría de la inexistencia	205
i. La inexistencia en el Derecho colombiano	208
j. La inexistencia en la jurisprudencia colombiana	211
k. Definición de la inexistencia y causas que la originan	226
l. En Colombia la inexistencia no se identifica con la nulidad absoluta	230
m. La inexistencia se configura sin necesidad de declaración judicial	236

n. Consecuencias de la inexistencia	238
ñ. La inexistencia no se identifica con la nulidad de pleno derecho	239
o. La inexistencia en el Proyecto de Código Europeo de Contratos	240
4. Diferencias entre la fórmula <i>pro non scripta</i> y la inexistencia	243
5. Diferencias entre la fórmula <i>pro non scripta</i> y la nulidad absoluta	247
6. Diferencias entre la fórmula <i>pro non scripta</i> y la nulidad de pleno derecho	252
7. Diferencias entre la fórmula <i>pro non scripta</i> y la nulidad parcial	255
8. Diferencias entre la fórmula <i>pro non scripta</i> y la ineficacia por no producción de los efectos finales	259
CONCLUSIONES GENERALES	262
Fuentes	265
Lex XII Tabularum	265
Corpus Iuris Civilis	265
Intitutiones	265
Digesta	265
Codex	266
Gai Institutiones	266
Lex Romana Wisigothorum	267
Las Siete Partidas	267
Código Austriaco	267
Derecho Revolucionario francés	267
Proyectos de Código Civil de Andrés Bello	267
Proyecto de 1841-1845	267
Proyecto de 1846-1847	267
Proyecto de 1853	267
Proyecto inédito	268
Proyecto de Código Civil de Justo Arosemena	268
Código Civil del Estado Soberano del Magdalena de 1857	268
Proyecto de Código de Comercio de Colombia de 1958	268
Proyecto de Estatuto del Consumidor de Colombia	268
Código Civil de Argentina	268
Código Civil de Bolivia	269
Código Civil del Brasil	269

Código Civil de Chile	269
Código Civil de Colombia	269
Código Civil de Costa Rica	270
Código Civil de Cuba	271
Código Civil de Ecuador	271
Código Civil de El Salvador	271
Código Civil de Guatemala	271
Código Civil de Honduras	271
Código Civil de México	271
Código Civil de Nicaragua	271
Código Civil de Panamá	272
Código Civil de Paraguay	272
Código Civil del Perú	272
Código Civil de Puerto Rico	272
Código Civil de la República Dominicana	272
Código Civil de la República Oriental del Uruguay	272
Código Civil de Venezuela	273
Código Civil de Alemania	273
Código Civil de España	273
Código Civil de Francia	273
Código del Consumidor de Francia	273
Código Civil de Italia	273
Leyes de Colombia	273
Código de Comercio de Colombia	274
Código de Procedimiento Civil de Colombia	274
Parte General del Proyecto de Código Europeo de Contratos	274
Principios de Derecho Contractual Europeo	275
Anteproyecto de Reforma al Código Civil Francés	275
Jurisprudencia	275
Corte Constitucional de Colombia	275
Corte Suprema de Justicia de Colombia	275
Consejo de Estado de Colombia	276
BIBLIOGRAFÍA	279

PRÓLOGO

El tema de la ineficacia del negocio jurídico, por mucho tiempo reducido al análisis de la nulidad absoluta y de la nulidad relativa, ha ganado mucho en matices en el derecho privado moderno, en ocasiones, exceso de sutilezas, tal vez plenamente justificadas por la necesidad de ajustarse a la velocidad con que fluye el tráfico del comercio hoy en día y al consiguiente imperativo de agilizar la pronta reinversión de los recursos económicos, pues en la actualidad no se concibe que la riqueza pueda permanecer ociosa ni mucho menos en situación incierta, a la espera de que la justicia decida sobre la razón o sinrazón de una causa. Diríase que el *homo juridicus* debe moverse exactamente al mismo ritmo del *homo economicus*. De allí que hoy se discuta álgidamente, con vigor, y también con pasión por la carga ideológica inherente a la controversia, sobre la posibilidad de dar por terminado unilateralmente un contrato ante el incumplimiento del deudor, calificado o decidido, por sí y ante sí, por el acreedor, esto es, sin pasar previamente por el examen del juez; o sobre si es o no viable que una sola de las partes fije el precio del contrato, o que una sola de ellas modifique los términos acordados de un negocio jurídico; o, en fin, que se ponga sobre el tapete el tema de la renovación de las sanciones contractuales para buscar soluciones no sólo más ágiles y útiles a las partes y a la colectividad, sino también más adecuadas a la infracción en

que haya podido incurrirse con ocasión de la celebración de un negocio jurídico.

Es bien sabido que para el Código Civil la nulidad absoluta constituía la regla general como reacción frente a la “enfermedad” con la que había nacido el acto o contrato; vale decir que, salvo los casos de vicios de consentimiento e incapacidad relativa, que daban lugar a la nulidad relativa, toda otra irregularidad congénita, incluida, como lo dice el artículo 1741 del Código Civil, la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos en consideración a su naturaleza, era castigada con la sanción mayor: la nulidad absoluta. Las diferencias entre las dos sanciones se reducían a la titularidad de la acción de nulidad, hoy diríamos derecho de crítica, reservada a la parte cuyo interés resultaba vulnerado en la relativa, y en la absoluta, a todo aquel que tenga interés en ello; en la práctica, las dos partes, sus causahabientes y los acreedores quirografarios, el Ministerio Público en guarda de la ley y de la moral, y el juez cuando la nulidad aparezca de bulto; a la posibilidad de ratificar, esto es, de sanear, convalidar o curar la enfermedad del contrato, cuando a éste lo afectaba una nulidad relativa, jamás cuando había nulidad absoluta, estado éste considerado como incurable por la gravedad misma de la infracción; y al plazo de prescripción de una y otra. Pero, por lo que dice relación con los efectos, la sanción era idéntica, la destrucción total del negocio, borrar cualquier huella que pueda subsistir del mismo, en aplicación del viejo aforismo *quod nullum est nullum producit effectum*, consagrado por el artículo 1746 del Código Civil. Ablación total del negocio sin ninguna otra consideración.

Con todo, ya en el Código Civil francés de 1804 se morigeró el carácter absoluto de la extensión que debía dársele al efecto aniquilador de la nulidad. En efecto, el artículo 900 de aquel cuerpo legislativo dispuso que si las donaciones entre vivos, o las disposiciones testamentarias, eran some-

tidas por su autor a una condición imposible o contraria a las leyes o a las buenas costumbres, éstas se reputarían no escritas, consagrando una excepción a la regla general contenida en el artículo 1172, cuyo texto es del siguiente tenor: “Toda condición de una cosa imposible o contraria a las buenas costumbres o prohibida por la ley, hace nula la convención que dependa de ella”. La doctrina explica esta diferencia de trato por una consideración de política legislativa. En efecto, la regla del artículo 900 se justifica por el interés de evitar a toda costa que por la vía de los actos a título gratuito pudieran revocarse las conquistas fundamentales de la revolución de 1789, en particular la abolición del mayorazgo. Es evidente que si la presencia de una cláusula contraria al espíritu liberal de igualdad y libertad de las nuevas instituciones conlleva la nulidad de la totalidad del acto dispositivo, su beneficiario no buscaría la anulación de la cláusula ilícita, pues perdería la ventaja recibida del donante o del testador. “El artículo 900 –dicen FLOUR y AUBERT– los incita a hacerlo, puesto que ello no les impedirá conservar el beneficio de la liberalidad. La incitación es ciertamente de una moral dudosa, pero es eficaz para provocar la denuncia del ilícito”.

A pesar de lo estrecha y rígida que pueda considerarse esta manera de ver las cosas, está plenamente en sintonía con la que ha sido la opinión común de los autores casi hasta nuestros días. Cuando la ley disponía, cierto es que de manera excepcional, que una condición o una cláusula determinada se reputaba no escrita, esto significaba que la nulidad de esa estipulación no arrasaba con el contrato. Este sobrevivía, pero amputado. Dicho con otras palabras, el análisis de las condiciones ilícitas en los actos a título gratuito, que consagraban la fórmula *pro non scripta* del derecho romano, condujo, por la vía de la generalización, una vez superado el obstáculo de la aplicación restrictiva de las normas que consagran una excepción a la regla general, a la construcción de la figura de la nulidad par-

cial (no a la ineficacia de pleno derecho), y en efecto, eso fue lo que ocurrió en Francia a partir de un fallo famoso proferido por la *Chambre de Requêtes* el 3 de junio de 1863. Desde entonces, con independencia de si el acto es a título gratuito u oneroso, los jueces sólo anulan la cláusula ilícita, conservando el resto, cuando ella no ha sido el motivo determinante (causa) de la celebración del negocio jurídico, o cuando ella es apenas un elemento accesorio dentro de la economía general del mismo. Pero en todas las hipótesis, esto es, nulidad total o nulidad parcial, la sanción debe ser impuesta por el juez, es decir, no opera de pleno derecho. Se trata de una aplicación adicional del principio, necesario y lógico, de la conservación del negocio jurídico o del *favor negotii*. De alguna manera, tal desarrollo doctrinal y jurisprudencial se refleja en el artículo 902 del Código de Comercio de 1971, que dispuso lo siguiente: “La nulidad parcial de un negocio jurídico, o la nulidad de alguna de sus cláusulas, sólo acarreará la nulidad de todo el negocio cuando aparezca que las partes no lo habrían celebrado sin la estipulación o parte viciada de nulidad”.

Sin embargo, resulta evidente que si la ley habla de estipulaciones, o de cláusulas, o de condiciones que se reputan no escritas, y no de estipulaciones o de cláusulas nulas, debe ser por alguna razón que está implícita en el Código Civil, y a las que probablemente les corresponde y se les da, o se les debe dar, un tratamiento particular, diferente al de la nulidad. Precisamente a la búsqueda y precisión de esa razón y de su régimen jurídico ha dedicado el doctor FERNANDO ALARCÓN ROJAS su tesis doctoral, brillantemente sostenida poco ha y que en buena hora, por decisión unánime del Consejo Editorial de la Universidad Externado de Colombia, ve hoy la luz. Y es que el trabajo de ALARCÓN merece ser conocido no sólo porque se trata de un tema que aunque no es nuevo en Colombia, resulta confuso y es, aparentemente, de difícil justificación, al menos si se lo aborda, como ha sido el caso en los pocos artículos o

ensayos que la doctrina nacional ha dedicado a su estudio, desde la perspectiva del Código de Comercio, cuyo artículo 897 introdujo, entre nosotros, como bien se sabe, en forma inesperada e inusitada, esta figura trémula y vaga, en los siguientes términos: “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”.

A primera vista parecería que esta nueva modalidad de pérdida de los efectos del negocio jurídico, auténtica creación del genio jurídico colombiano, como lo han pensado algunos, no se sabe bien si por ironía, por ingenuidad o por soberbia, debe ser analizada y caracterizada frente a todas las otras formas de ineficacia, que cuentan, ellas sí, con amplio respaldo en la doctrina universal y en el derecho comparado. Las más de ellas se remontan al derecho romano clásico y al trabajo de glosadores, comentaristas y canonistas luego de la recepción del *Corpus Iuris Civilis* del emperador Justiniano durante la Edad Media. Todas, pues, han pasado la prueba de fuego del tiempo. También, todas han sido decantadas por un largo proceso histórico que las sometió a las críticas y al aporte creativo de los más grandes juristas que ha dado la humanidad, desde ACCURSIO, BALDO y BARTOLO hasta llegar al gran POTHIER, pasando por los no menos grandes CUIJAS y DOMAT, para sólo mencionar algunos de los más célebres. Me refiero, por supuesto, a la nulidad, a la anulabilidad, a la inexistencia, a la inoponibilidad, a la mal llamada condición resolutoria tácita, al pacto comisorio, a la rescisión, en fin, a la terminación (la *résiliation* de los franceses) y al mutuo consenso disolutorio.

La doctrina nacional se ha mostrado reacia a reconocerle a la ineficacia de pleno derecho una identidad propia. Para algunos se identifica con la inexistencia. No se trata de una categoría aparte. Para otros es una figura inútil, pues si se analizan uno a uno los casos en los que la ley utiliza las expresiones “no produce efectos”, o “se entiende no escrito”, o cualquiera otra equivalente, se puede comprobar o bien

que se trata de hipótesis de inexistencia, o bien de hipótesis de nulidad. Entonces, si ello es así, se pregunta el doctor HINESTROSA, “¿a qué esa repetición innecesaria y a qué la creación de una figura extraña, imprecisa y confusa?”. ¿Acaso, con ella, de alguna manera, no se vulneran las reglas *nulla poena sine iudicio* y *pas de nullité sans arrêt*?

A resolver estas y otras inquietudes se aplica el estudio del doctor ALARCÓN ROJAS, y a fe que lo logra, pues propone la tesis coherente y plausible, de la diferencia esencial de la ineficacia de pleno derecho con las otras formas de ineficacia, en particular con la inexistencia y con la nulidad; la especificidad de su régimen jurídico, y la conveniencia de la institución para el tráfico jurídico, pues opera sin que sea necesario obtener una declaratoria judicial de ineficacia, con lo que evidentemente se gana en rapidez y economía.

El punto de partida de toda la construcción es la fórmula *pro non scripta* con la que los romanos favorecían los actos de última voluntad. Toda la primera parte del estudio que hoy se publica, que, dicho sea de paso, es de las más interesantes de la tesis, a la vez que asombra por la erudición del autor y la riqueza de las fuentes consultadas, está dedicada a identificar el origen de la fórmula en el principio *favor testamenti* del derecho romano; su paso y consideración por los glosadores y posglosadores en la Edad Media; su presencia en el antiguo derecho español; y la conservación de la fórmula en el Código Civil de 1804, restringida, como ya se señaló, a los actos a título gratuito, y ampliada en el Código de Bello, quien, al decir del propio profesor ALARCÓN, “también construyó en sus proyectos una *summa divisio* consistente en considerar, o como nulas o como no escritas las condiciones imposibles, ininteligibles o ilícitas, dependiendo no de si se introducían en un acto de última voluntad o en un acto entre vivos, sino de si eran suspensivas o resolutorias, positivas o negativas”. Y agrega: “Luego, podemos afirmar que según BELLO son nulas las condiciones suspensivas positivas que son imposibles, ininteligibles o

ilícitas y las negativas suspensivas o resolutorias que son ilícitas, casos en los cuales la condición se vuelve sobre el acto condicionado y lo vicia”.

Tal planteamiento me parece discutible o cuando menos problemático. En efecto, si BELLO, conforme al análisis del profesor ALARCÓN, innovó al hacer extensivas las reglas de las obligaciones condicionales a los actos de última voluntad, en realidad lo que hizo fue eliminar la fórmula *pro non scripta* en materia testamentaria, puesto que basta que en el testamento, o en la donación, se introduzca una condición imposible o contraria a las leyes y a las buenas costumbres para que se desvanezca la totalidad del acto dispositivo. Es lo que a mi juicio se deduce de la lectura del artículo 1538 del Código Civil. Esta disposición hace aplicables las reglas del 1537 a las disposiciones testamentarias, con lo que conduce, en la práctica, al resultado anotado, no porque la condición suspensiva de un hecho imposible o ininteligible, o las inductivas a hechos ilegales, implique la nulidad del acto, sino porque la condición se entiende fallida, esto es, porque el negocio ni siquiera llegó a nacer y, por supuesto, siendo ello así nada hay que conservar o salvar, que es justamente lo que se persigue con la fórmula *pro non scripta*.

Luego, al quedar reducida la fórmula *pro non scripta* –y así lo reconoce el doctor ALARCÓN– a las condiciones resolutorias positivas imposibles, ininteligibles o ilícitas y a las negativas suspensivas o resolutorias, la figura resulta, en mi opinión, recortada y, por lo mismo, restringido el campo de acción de la estipulación que se reputa no escrita.

Sea de ello lo que fuere, lo cierto es que el trabajo del profesor ALARCÓN tiene el mérito indiscutible de haber redescubierto la fórmula *pro non scripta* en el Código Civil. Sentada esa base, el autor pasa a indagar por el origen del enigmático artículo 897 del Código de Comercio.

Luego de un interesante análisis del Proyecto de Código de Comercio de 1958, en el que se quiso introducir la figura

de la inexistencia para cortar de tajo la discusión que había en el seno de la doctrina nacional y la incertidumbre de la jurisprudencia a este propósito, esto es, sobre si el Código Civil la contemplaba o no, o si debía tratársela como un caso de nulidad absoluta, el profesor ALARCÓN muestra cómo, al ser discutido el proyecto en el Senado, el ponente, que lo fue el eminente jurisconsulto HERNANDO CARRIZOSA PARDO, al parecer por no haber entendido que lo que la comisión redactora había denominado ineficacia de pleno derecho era simplemente lo que la doctrina general identificaba como inexistencia, denominación que, por supuesto, era incorrecta, muy a pesar de la ironía del doctor GABINO PINZÓN, quien fustigó al ponente por ser más civilista que comercialista, consideró que la ineficacia de pleno derecho era una nueva noción jurídica. De este modo se separaron los dos conceptos. El artículo 897 del Código de Comercio, bajo la calificación de ineficacia de pleno derecho, no hizo otra cosa que consagrar la fórmula *pro non scripta*, sin ninguna originalidad, pues esta forma de ineficacia es tan vieja como el derecho mismo.

El relato de la génesis del artículo 897 del Código de Comercio le da pie al doctor ALARCÓN ROJAS para estudiar a fondo la figura de la inexistencia en nuestro derecho positivo, es quizás de los capítulos más interesantes que componen este estupendo trabajo.

Sólo un jurista con amplios conocimientos de historia del derecho, con pleno dominio del derecho de obligaciones, en particular de la teoría del negocio jurídico, y con una vasta experiencia en el foro y en la administración de justicia, podría abocar de esta manera el estudio de la ineficacia de pleno derecho. El profesor ALARCÓN ROJAS, soy testigo privilegiado de ello, reúne a cabalidad una a una estas características, a lo que habría que agregar la claridad y sencillez en la exposición y la visión práctica de los problemas jurídicos. En tales condiciones, sólo podía esperarse un estudio ameno y sugestivo, original y pedagógico, de fácil lectura,

como sin duda lo es esta tesis doctoral, que no vacilo en recomendar a los estudiosos y a quienes apenas comienzan a formarse en el difícil arte de la *iuris prudentia*.

Concluye el doctor ALARCÓN, sin duda con razón, que la ineficacia de pleno derecho es la sanción que con mayor frecuencia tiende a utilizar el legislador moderno. Por mi parte, estimo que más que la sanción en sí, lo más interesante es la tendencia a salvar el negocio, tanto como la no necesidad de intervención del juez. En este sentido podríamos cerrar estas breves anotaciones trayendo aquí una de las observaciones del profesor YVES LEQUETTE en su prefacio a la tesis doctoral, aclamada y premiada en Francia, de SOPHIE GAUDEMET sobre *La clause réputée non écrite*: “se da una imagen inexacta del derecho francés cuando se lo presenta como un adepto del todo judicial”. Lo mismo podría afirmarse del derecho colombiano o, al menos, hacia allá nos movemos. No ser adeptos del todo judicial.

FELIPE NAVIA ARROYO

Profesor de Derecho Civil y Director del
Departamento de Derecho Civil del Externado

INTRODUCCIÓN

*Sequitur igitur ad participandum alium ab
alio communicandumque inter omnes ius
nos natura esse factos.*

*M. Tullii Ciceronis, De Legibus (1.12.33)*¹

¿Qué es la ineficacia de pleno derecho y cuáles son sus consecuencias?, ¿cuál es su origen?, ¿tiene antecedentes en algún otro ordenamiento jurídico?, ¿es una creación y una figura exclusiva del Derecho mercantil colombiano?, ¿es un fenómeno previsto por el Código Civil de Colombia?, ¿se trata simplemente de una modalidad de inexistencia del negocio jurídico?, ¿en qué se diferencia con la nulidad absoluta, con la nulidad de pleno derecho, con la nulidad parcial o con la ineficacia por no producción de los efectos finales?

Estos son los principales interrogantes que de manera permanente e invariable se formulan cuando se aborda la exposición de las anomalías que pueden determinar que un

1 “Se sigue de ahí, por lo tanto, que estamos destinados por naturaleza a tomar parte recíprocamente unos de otros y a tener entre todos un derecho común”: MARCO TULLIO CICERÓN. *De las Leyes* (1. 12. 33).

acto de disposición de intereses, o su proyecto, no produzca los efectos que estaría llamado a producir.

Las respuestas más socorridas en la doctrina, en el foro y en las aulas es que la ineficacia de pleno derecho es una sanción que no requiere de pronunciamiento judicial, que es el testimonio vivo del ingenio jurídico mercantil colombiano puesto que es una creación suya y que es, para algunos, la misma inexistencia o, para otros, simplemente un castigo *sui generis*.

Ya los demás cuestionamientos se contesta sencillamente que esa sanción sólo procede en los expresos casos en que la ley lo indica por lo que consideran suficiente relacionar las normas que contemplan las hipótesis de ineficacia de pleno derecho.

Aún más, sin incurrir en exageraciones, el tratamiento del asunto parece haber quedado reducido a preguntar ¿Qué es la ineficacia de pleno derecho? y a responder de manera automática que es una sanción que no requiere de decisión judicial.

Pero en parte alguna se encuentra una exposición sustentada sobre la ineficacia de pleno derecho en cuanto a su origen, su naturaleza jurídica, su estructura y su diferenciación por contraste con otros fenómenos jurídicos.

Los doctrinantes del Derecho civil colombiano no se ocupan de la ineficacia de pleno derecho al parecer por considerar que es una figura propia o exclusiva del derecho mercantil y por ende extraño a aquella área.

Ahora, quienes de tal asunto se ocupan, eso sí de manera somera, lo tratan en el contexto del derecho comercial para señalar² que el Código de Comercio al contemplar la figura, deja el interrogante de si con ella quiso aludir a la inexistencia o a la nulidad absoluta, o a ambas, de tal suerte que si

2 G. OSPINA FERNÁNDEZ y E. OSPINA ACOSTA. *Teoría general del contrato y del negocio jurídico*, Bogotá, Editorial Temis, 2005, pp. 484-485.

se refiere a la inexistencia constituye un acierto porque esa debe ser la consecuencia para la ausencia de los elementos estructurales del negocio jurídico³; y que si lo que quiso fue referirse a la nulidad absoluta, o a esta y a la inexistencia, constituiría un error que solo reflejaría el concepto medieval de las nulidades de pleno derecho que fue abandonado por el Código Civil.

Hay quien⁴, después de citar a doctrinantes italianos, que en varios de los apartes traídos a cuento se refieren a un fenómeno enteramente distinto como es la ineficacia por no producción de efectos finales, sostiene que el Código de Comercio la consagra como una sanción que “enerva o esteriliza el acto” porque por disposición legal se priva al negocio de los efectos que tendría que producir.

Se pregunta⁵, también dentro del ámbito del derecho mercantil, si se trata de una “nulidad virtual” o de una “sanción drástica de violación de normas imperativas”, o “lo uno y lo otro”⁶ y después de repasar los eventos de ineficacia de pleno derecho que trae el Código de Comercio concluye que, con excepción de dos o tres eventos que encuadrarían en hipótesis de inexistencia, todos ellos son casos de nulidad de una cláusula por contrariar una norma imperativa por lo que resultaría pertinente preguntarse “¿a qué esa repetición innecesaria y a qué la creación inútil de una figura extraña, imprecisa y confusa?”⁷.

3 Esto es, para la ausencia del consentimiento, del objeto, de la causa, de los elementos esenciales, de la solemnidad constitutiva y de la entrega en los negocios reales.

4 J. I. NARVÁEZ G. *Obligaciones y contratos mercantiles*, Bogotá, Editorial Temis, 1990, pp. 199-203.

5 F. HINESTROSA. “Eficacia e ineficacia del Negocio Jurídico”, en *Derecho comercial colombiano*, Medellín, Cámara de Comercio de Medellín, Colegio de Abogados de Medellín, 1985, pp. 206-209.

6 *Ibíd.*, p. 206.

7 *Ibíd.*, p. 209.

Se señala⁸ que es una sanción peculiar que no se acomoda al concepto universal de ineficacia y se comparte el criterio anterior consistente en que de no existir la norma del Código de Comercio que la consagra, todos sus eventos serían de nulidad absoluta por transgredir norma cogente y que en consecuencia se trata de una figura “inútil, extraña, imprecisa y confusa”⁹.

Hay quienes afirman¹⁰ sin dubitación que el Código de Comercio denomina ineficacia a la inexistencia por lo que “un negocio inexistente es ineficaz de pleno derecho, sin necesidad de declaración judicial”¹¹ y que los artículos 897 y 898 del Código de Comercio “son normas armónicas que disciplinan el mismo fenómeno y no dos diferentes”¹².

Se afirma que en el Código de Comercio ineficacia de pleno derecho e inexistencia son fenómenos diferentes y difieren en que aquella es un castigo y ésta no¹³.

Se sostiene que la ineficacia de pleno derecho “no corresponde a una categoría definida al comprender diversas expresiones de ineficacia, principalmente, de inexistencia e invalidez, aún cuando, en sus resultados prácticos, se asimila a los de la inexistencia sin confundirse con ésta”¹⁴.

8 J. A. ARRUBLA PAUCAR. *Contratos mercantiles. Teoría general del negocio mercantil*, t. I, Biblioteca Jurídica Diké, Medellín 2007, p. 282.

9 Ídem.

10 G. ESCOBAR SANÍN. *Negocios civiles y comerciales II, El Contrato*, Medellín, Biblioteca Jurídica Diké, 1994, pp. 90-92; A. BOHORQUEZ ORDUZ. *De los negocios jurídicos en el Derecho privado colombiano*, t. I, Bogotá, Ediciones Doctrina y Ley, 2004, pp. 101-102; A. VALENCIA ZEA y A. ORTIZ MONSALVE. *Derecho civil. Parte general y personas*, t. I, Bogotá, Editorial Temis, 2008, p. 588.

11 G. ESCOBAR SANÍN. *Negocios...*, cit., p. 92.

12 A. BOHORQUEZ ORDUZ. *De los negocios...*, cit., p. 101.

13 E. GAVIRIA GUTIÉRREZ. *Lecciones de Derecho comercial*, Medellín, Biblioteca Jurídica Diké, 1987, p. 203.

14 W. NAMEN VARGAS. “La ineficacia del negocio jurídico”, *Jornadas de Derecho Mercantil*, 30 años del Código de Comercio, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, 2001, p. 35.

También se dice que la ineficacia de pleno derecho no comprende las cláusulas que según el Código de Comercio de Colombia se tienen como no escritas porque, de un lado, estas constituyen una ficción y, de otro, aquella exige ineludiblemente para que se configure que la ley emplee la expresión sacramental “no produce efectos” o su similar “ineficaz”¹⁵.

Finalmente, y para terminar con la cita de las apreciaciones doctrinarias sobre el punto, se asevera que no “no es una figura autónoma, pues se confunde con otras sanciones”¹⁶, que no está prevista en la legislación civil¹⁷, que es una “novísima figura de ineficacia negocial”¹⁸ de “creación colombiana”¹⁹ por no haber sido tomada de ningún ordenamiento jurídico, ni tener antecedentes en el derecho colombiano, y que la paternidad ha de atribuirse al “inspirado maestro ÁLVARO PÉREZ VIVES”²⁰ quien fue el orientador de su desarrollo²¹, sin faltar aquel que ve a la Superintendencia de Sociedades de Colombia como a la progenitora de la ineficacia de pleno derecho²².

15 M. M. NUMA MARÍN. “Reflexiones sobre las cláusulas no escritas en el Código de Comercio”, *Revist@ e-Mercatoria*, vol. 2, n.º 2, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 4.

16 E. DÍAZ RAMÍREZ. “Las nulidades”, en *La terminación del contrato*, Bogotá, Universidad del Rosario, 2007, p. 37.

17 J. SUESCÚN MELO. *Derecho privado. Estudios de Derecho civil y comercial contemporáneo*, t. I, Bogotá, Legis, 2004, p. 86.

18 E. RAMÍREZ BAQUERO. “Inexistencia en el negocio jurídico en general y en el contrato en particular”, en *La terminación del contrato*, cit., 2007, p. 110.

19 J. H. GIL. *Teoría general de la ineficacia*, Bogotá, Cámara de Comercio de Bogotá, 2007, p. 27.

20 *Ibíd.*, p. 29.

21 ÁLVARO PÉREZ VIVES fue miembro de la Comisión Redactora del Proyecto de Código de Comercio de 1958, proyecto éste que es el antecedente inmediato del actual Código de Comercio de Colombia.

22 N. H. MARTÍNEZ NEIRA. “La ‘ineficacia’ de los actos mercantiles al cuidado del rey Cronos”, *Ámbito Jurídico*, año XI, n.º 262, 17 a 30 de noviembre de 2008, p. 16.

El panorama antes descrito pone en evidencia las perplejidades, inquietudes, e interrogantes que la ineficacia de pleno derecho presenta en el derecho comercial, en donde es incuestionable su existencia por existir norma que expresamente la menciona, y por esta razón, esto es por evidenciar tales situaciones, es que lo hemos presentado.

Sin embargo, como resultará obvio, esas perplejidades, inquietudes e interrogantes no emergen en el Derecho civil por la elemental razón de ser considerada la ineficacia de pleno derecho como un fenómeno propio del derecho comercial y completamente extraño al Derecho civil.

Este estado de cosas es el que justifica que nos hayamos propuesto acometer el estudio de la ineficacia de pleno derecho con la pretensión de aportar nuevos criterios sobre esta figura y, en especial, ofrecer una explicación histórico-jurídica que colme los vacíos que se han advertido.

La investigación que hemos desarrollado corrobora que, tal como lo afirmaba CICERÓN, “estamos destinados por naturaleza a tomar parte recíprocamente unos de otros y a tener entre todos un derecho común” toda vez que la ineficacia de pleno derecho pregona a voces nuestra tradición romanista.

También demuestra, y este es el fondo del asunto, que la ineficacia de pleno derecho no es una creación colombiana porque tiene su origen en la sucesión testamentaria del Derecho romano, que “ineficacia de pleno derecho” es el nuevo nombre que el Código de Comercio de Colombia le ha dado a la fórmula *pro non scripta* que construyeron los jurisconsultos romanos, que no es propia y exclusiva del derecho mercantil colombiano porque tiene antecedentes en el Código Civil de Colombia ya que allí fue consagrada, que se encuentra plasmada en todos los códigos civiles latinoamericanos denotando así la unidad de un sistema que se cimenta en la tradición romanística, que varias de las nuevas codificaciones que se proyectan la prevén expresando

este hecho que el Derecho romano sigue determinando las construcciones jurídicas actuales, y que no se identifica con la inexistencia ni puede confundirse con otras figuras como la nulidad absoluta, la nulidad de pleno derecho, la nulidad parcial o la ineficacia por no producción de los efectos finales porque es una categoría plenamente definida, con antecedentes y caracteres propios que la hacen autónoma y diferente.

Ahora, en la medida en que demosremos las afirmaciones que acabamos de expresar, se encontrará la utilidad de este escrito porque, de un lado, aparecerá la contribución al delineamiento teórico de la ineficacia de pleno derecho y, de otro, se advertirá la verdadera dimensión de la aplicación práctica de la figura toda vez que hoy por hoy el legislador tiende a sancionar con ineficacia de pleno derecho, y no con nulidad absoluta, las transgresiones a las normas imperativas, al orden público o a las buenas costumbres.

Y esta inclinación del legislador se debe a que la ineficacia de pleno derecho opera *ipso iure* puesto que ésta sanción encuentra pronta y cumplida ejecución sin necesidad de engorrosas y dilatadas actuaciones judiciales, lo que indudablemente constituye una enorme ventaja sobre la nulidad absoluta.

Las fuentes que hemos utilizado son todas documentales toda vez que se ha empleado como técnica el examen de textos legales, históricos, doctrinales y jurisprudenciales.

Las fuentes legales han sido sometidas a un análisis histórico-comparativo con el propósito de evidenciar que la fórmula *pro non scripta*, hoy denominada ineficacia de pleno derecho, ha estado y está presente en el derecho continental desde que fue construida.

La doctrina y la jurisprudencia se han analizado críticamente para destacar que ha sido poco lo que han contribuido al delineamiento de la ineficacia de pleno derecho pero sin desconocer sus aportes.

Se exceptúa la doctrina referente al Derecho romano cuyos aportes genéricos han sido invaluablees para ésta investigación.

PRIMERA PARTE

ORIGEN Y DESARROLLO DE LA FÓRMULA *PRO NON SCRIPTA*