

# La pretensión de nulidad de contratos civiles y mercantiles en Colombia

FREDY HERNANDO TOSCANO LÓPEZ\*

Sumario: I. Premisa. II. La pretensión de nulidad. A. La pretensión de nulidad y su eventual acumulación con otras pretensiones. B. Casos en que la nulidad solo da lugar a la pretensión indemnizatoria. III. Legitimación en la causa e interés para obrar. IV. Excepciones frente a la pretensión de nulidad. V. Aspectos probatorios. VI. Sentencia y efectos. Conclusión.

Resumen: En este escrito se aborda el tema de la *nulidad del contrato*, entendida como una de las instituciones remediales que se aplican al contrato cuando desde su nacimiento presenta un vicio que puede llevar a cercenar sus efectos. Y dado que la nulidad necesita ser declarada judicialmente, se hace una descripción de las principales fases del proceso de declaración de la nulidad a partir de la jurisprudencia de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia colombiana, presentándose entonces la legitimación en la causa e interés para obrar, las posibilidades de acumulación con otras pretensiones, la solicitud exclusiva de indemnización, las excepciones de mérito que podrían blandirse en su contra, sus aspectos probatorios más relevantes, así como la sentencia y sus efectos.

Palabras clave: nulidad, contrato, legitimación en la causa, interés para obrar.

\* Profesor del Departamento de Derecho Procesal de la Universidad Externado de Colombia y miembro del Instituto Colombiano de Derecho Procesal (ICDP). Contacto: itzfredytoscano@hotmail.com Fecha de recepción: 9 de julio de 2012. Fecha de aceptación: 1º de diciembre de 2012.

*The process of declaration of the nullity from the jurisprudence of the Corte Suprema de Justicia from Colombia*

Abstract: This paper refers to the invalidity of the contract, understood as one of the remedial institutions that are applied to the contract when –since its birth presents a irregulars– can lead to curt its effects. The invalidity of the contract needs to be legally declared, for that reason, this paper contains a description of the key stages of the process of declaration of the nullity from the jurisprudence of the Corte Suprema de Justicia from Colombia, like a legitimization in the cause and interest to act, the possibility of accumulation with other claims, the exclusive request for compensation, the exceptions against them, their aspects most relevant of evidence, as well as the judgment and its effects.

Keywords: invalidity, contracts.

I. PREMISA

En un sistema económico fundado en la iniciativa privada, el contrato se erige en instrumento central para satisfacer intereses patrimoniales, a través del intercambio de bienes y servicios<sup>1</sup>. El ejercicio de la autonomía de sus intervinientes determina si para tal efecto se sigue un tipo contractual ya existente<sup>2</sup> o bien se crea uno nuevo que luzca más promisorio para cumplir sus expectativas negociales. En todo caso, la creación, modificación o extinción de relaciones jurídicas a través del negocio jurídico (efectos últimos deseados por las partes) se sujetará al seguimiento de las reglas propias del contrato celebrado (típico o atípico) y de los imperativos de *corrección política y ética*<sup>3</sup> contenidos en la ley<sup>4</sup>, pues de lo contrario surgirán *patologías*<sup>5</sup>, llamadas a afectar su formación, desarrollo o ejecución.

Frente a este listado de anomalías contractuales, el ordenamiento jurídico tiene previsto un amplio catálogo de *remedios*, que operan frente a supuestos de mayor o menor gravedad, tales como la inexistencia, nulidad, resolución, simulación, inoponibilidad, rescisión por lesión, modificación o terminación judicial del contrato por onerosidad sobrevenida, entre otros<sup>6</sup>. Las líneas que siguen abordarán la institución remedial denominada *nulidad contractual*, con el propósito de describir cómo opera el proceso judicial en el que esta se erige como pretensión,

<sup>1</sup> F. HINESTROSA, *Tratado de las obligaciones*, 2.ª ed., Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003, 895.

<sup>2</sup> J. ARRUBLA, *Contratos mercantiles*, t. I, 11.ª ed, Biblioteca Jurídica Diké, Medellín, 2004, 180.

<sup>3</sup> F. HINESTROSA, *Validez e invalidez del contrato en el derecho latinoamericano*, en *Bases para un Código Latinoamericano Tipo*, t. I, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1998, 200.

<sup>4</sup> L. FERRI, *La autonomía privada*, en *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1967, 87.

<sup>5</sup> Término acuñado por F. MESSINEO, en *Doctrina general del contrato*, t. II, Ediciones Jurídicas Europa América, Buenos Aires, 1992, 262.

<sup>6</sup> HINESTROSA, *Tratado de las obligaciones*, cit., 896.

descendiendo para ello al fenómeno de la legitimación en la causa e interés para obrar (en la parte activa y la pasiva), sus posibilidades de acumulación con otras pretensiones, la solicitud exclusiva de indemnización, las excepciones de mérito que podrían blandirse en su contra, sus aspectos probatorios más relevantes, para concluir con la sentencia y sus efectos.

## II. LA PRETENSIÓN DE NULIDAD

El contrato, como cualquier acto humano, es un fenómeno que ocurre dentro de un espacio y un tiempo determinados, por lo que, imaginando una línea de tiempo más o menos extensa, es posible distinguir el lapso comprendido entre su nacimiento y su cumplimiento o ejecución. Es precisamente en el inicio de esta línea imaginaria –es decir, en la génesis del contrato– en donde se ubica el fenómeno de la “nulidad”, entendido como el remedio aplicable al negocio jurídico cuando padece una *patología* de nacimiento. Llevado lo anterior al contexto del proceso judicial, puede comprenderse que mientras el contrato no sea declarado “judicialmente” nulo sigue desplegando todos sus efectos a lo largo del tiempo, de tal manera que las relaciones jurídicas creadas, modificadas o extinguidas bajo su amparo se van robusteciendo hasta tanto no se emita la decisión judicial que le reste todos o alguno de sus efectos<sup>7</sup>.

La pretensión de nulidad tiene como propósito obtener la “destrucción completa y retroactiva de las consecuencias jurídicas estructuradas en las cláusulas del contrato”<sup>8</sup>, por haberse verificado la ocurrencia de una causal de nulidad absoluta o relativa, es decir que se encamina a desdibujar los efectos que desplegó el contrato mientras fue válido, por lo que su naturaleza jurídica es *constitutiva*<sup>9</sup>, dado que, de prosperar, resolvería mediante sentencia la relación obligacional<sup>10</sup>.

<sup>7</sup> Los efectos de la nulidad son entonces claros y difieren de otros remedios como el de la inoponibilidad. “En lo que se diferencian sustancial y cardinalmente la nulidad y la inoponibilidad, pues que al paso que en aquélla el contrato se aniquila, en razón de lo cual se mirará en adelante como si jamás hubiese sido celebrado, en ésta el contrato subsiste entre las partes. Los contratantes, pues, seguirán sujetos al vínculo jurídico que creó el contrato; o sea, que allí seguirá imperando el postulado de que lo pactado es ley para las partes contratantes, habida cuenta [de] que sus relaciones para nada se han alterado con la declaración de inoponibilidad. Lo que ocurre es que el tercero se pone a cubierto, con la certeza que entraña una decisión judicial, de los efectos del contrato por otros celebrado”: Sala de Casación Civil, Corte Suprema de Justicia. Sentencia 030 del 27 de febrero de 2001, proceso 5987, M.P.: Manuel Ardila Velásquez, demandante: Manuel Castellanos, demandado: Luis Enrique Aldana Montenegro.

<sup>8</sup> G. LUTZESCO, *Teoría y práctica de las nulidades*, trad. Manuel Romero y Julio López, Porrúa, México, 2003, 240.

<sup>9</sup> Cfr. H. DEVIS ECHANDÍA, *Teoría general del proceso*, 3.ª ed., Universidad, Buenos aires, 2004, 213 y 214.

<sup>10</sup> Cfr. H. MORALES, *Curso de derecho procesal, Parte general*, 9.ª ed., ABC, 133.

### A. La pretensión de nulidad y su eventual acumulación con otras pretensiones

Razones lógicas y prácticas aconsejan ejercer, junto con la pretensión de nulidad, otras pretensiones como la de restitución de lo pagado o de lo entregado bajo el amparo del contrato declarado nulo. Sin embargo, de no hacerse lo anterior en el mismo proceso ordinario donde se ventila la nulidad, no se pierde la oportunidad de solicitud en proceso separado, puesto que "dicha acumulación tiene su origen en la voluntad de la parte y la justifica la economía procesal"<sup>11</sup>. En todo caso, para el juez resulta forzoso, en la sentencia que desata la pretensión de nulidad, pronunciarse sobre las restituciones mutuas a que hubiere lugar, "pues su omisión en el punto, la afecta de inconsonancia por *minima petita*, en cuanto pretermite la definición de un aspecto comprendido en el *thema decidendum*"<sup>12</sup>.

Si se pretende atacar un contrato de compraventa que se utilizó para simular una donación<sup>13</sup>, procede elevar primero la pretensión de simulación para que, al salir a flote el negocio real, se ataque a través de la pretensión *consecuencial* de "nulidad absoluta por falta de insinuación ante notario", lo que conduce a anular el negocio en lo que excede de la suma de cincuenta salarios mínimos mensuales, de lo que se extrae la regla según la cual "[I]a invalidez de una donación encubierta bajo la apariencia de un negocio simulado, requiere previamente la declaración de simulación"<sup>14</sup>.

En caso de que la nulidad del contrato hubiere generado un daño a alguno de los contratantes, es posible acumular a la pretensión de nulidad la de responsabilidad y condena. Ello requiere demostrar previamente que el demandado conocía o debía conocer la existencia del vicio y que incumplió su *carga de lealtad* de comunicarla a su co-contratante, lo que llevó a consolidar el vicio y a causar lesión patrimonial al demandante, además de acreditar los elementos de la responsabilidad civil contractual.

### B. Casos en que la nulidad solo da lugar a la pretensión indemnizatoria

Existen dos hipótesis en las que el legislador ha considerado que pese a existir una causal de nulidad relativa no se invalida el contrato, por lo que la pretensión solo puede encaminarse a la obtención de la condena en perjuicios: 1) cuando el error

<sup>11</sup> Sala de Casación Civil, Corte Suprema de Justicia, Sentencia 071 del 17 de junio de 2000, R-5218, M.P.: José Fernando Ramírez Gómez, Dte.: John Robert Buttle, Ddo.: Fernando Gil Gómez, CCLXIV, n.º 2503.

<sup>12</sup> Sala de Casación Civil, Corte Suprema de Justicia, Sentencia 020 del 24 de febrero de 2003, proceso 6610, M.P.: José Fernando Ramírez Gómez, Dte.: Inversiones Kober Ltda, Ddo.: Mario Ballesteros y otro, G.J. CCLXXXIV, n.º 2524.

<sup>13</sup> Art. 1458 C.C.

<sup>14</sup> Sala de Casación Civil, Corte Suprema de Justicia, M.P.: Carlos Esteban Jaramillo, Sentencia 167 del 15 de mayo de 1992, Leonel de Jesús Velásquez Piedrahíta y otros contra Blanca Luz Velásquez.

en la persona no fue la causa principal del mismo y 2) cuando el dolo no fue obra de una de las partes sino de un tercero. En tales casos, como el contrato subsiste, el demandante sólo tiene acción en contra de quien fraguó la maniobra dolosa o de quien se aprovechó del dolo<sup>15</sup> para obtener exclusivamente la condena en perjuicios<sup>16</sup>.

### III. LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA E INTERÉS PARA OBRAR

El análisis de la legitimación en la causa<sup>17</sup> llevada a la pretensión de nulidad implica un doble tratamiento según se trate de causales de nulidad absoluta o relativa, pues en la primera *solo quienes intervinieron como partes* del contrato y el Ministerio Público (en interés de la moral o de la ley<sup>18</sup>) pueden demandar su nulidad. Sin embargo, algún sector de la doctrina afirma que *quien dio lugar a la nulidad* no pueda hacerla valer en juicio<sup>19</sup> aplicando el principio de que *nadie puede alegar en su favor su propia torpeza*; otros, sin embargo, sostienen que cualquiera de los contratantes podría deprecarla aunque hubiere dado lugar a ella, porque dicha prohibición estaba consagrada en el inciso segundo del artículo 1742 C.C. y este aparte fue derogado en el año 1936<sup>20</sup>, tesis que luce más plausible habida cuenta de que el legislador no tiene prevista esta prohibición.

La regla general que se acaba de mencionar, según la cual solo las partes del contrato y el Ministerio Público podrían demandar la nulidad absoluta del contrato, encuentra una excepción al permitir que un tercero *con interés para obrar* pueda también hacerlo, según lo autoriza el artículo 1742 C.C.<sup>21</sup>.

El interés que faculta al tercero para demandar la nulidad de un contrato puede consistir en la ventaja o en el eventual perjuicio que le puede irrogar la celebración del contrato, motivo que lo lleva a demandar el acto como su medio de defensa judicial. Así, en su versión positiva, consiste en el hipotético "provecho patrimonial (que obtendría) con la anulación del acto o contrato"<sup>22</sup>, y en su faceta negativa es el "perjuicio económico cierto"<sup>23</sup> que el acto impugnado le causa. Entonces, este interés debe ser concreto, deducible de las circunstancias particulares del caso, serio o traducible en un eventual beneficio económico o moral, y actual, esto es, existir al momento de la presentación de la demanda<sup>24</sup>.

<sup>15</sup> Cfr. HINESTROSA, *Validez e invalidez del contrato en el derecho latinoamericano*, cit., 221 y ss.

<sup>16</sup> Arts. 1512 y 1515 C.C.

<sup>17</sup> Entendida como la aptitud de quien "de conformidad con la ley sustancial, puede formular o contradecir las pretensiones contenidas en la demanda": DEVIS ECHANDÍA, *Teoría general del proceso*, cit., 269.

<sup>18</sup> Art. 2.º Ley 50 de 1936, subrogado por el art. 1742 C.C.

<sup>19</sup> Cfr. HINESTROSA, *Validez e invalidez del contrato en el derecho latinoamericano*, cit., 214.

<sup>20</sup> ARRUBLA, *Contratos mercantiles*, cit., 198.

<sup>21</sup> Código Civil, art. 1742, subrogado por L. 50/ 36, art. 2.º: "La nulidad absoluta [...] puede alegarse por todo el que tenga interés en ello...".

<sup>22</sup> A. ALESSANDRI, *La nulidad y la rescisión en el derecho civil*, Imprenta Universitaria, Santiago, 1982, 550.

<sup>23</sup> G. OSPINA y E. OSPINA, *Teoría general de los actos y negocios jurídicos*, Temis, Bogotá, 1980, 464.

<sup>24</sup> Sala de Casación Civil, Sentencia 096 del 17 de noviembre de 1998, M.P.: Rafael Romero Sierra, Dte.: Rogelio García, Ddos.: Ana Mercedes Espinosa y otro, exp. 5016, CCLC, n.º

A fin de hacer más específico dicho concepto, la jurisprudencia ha precisado que este equivale al beneficio o a la utilidad que se derivaría del despacho favorable o desfavorable de la pretensión<sup>25</sup>, lo que en la práctica obliga al juez de instancia a utilizar una especie de *test* para determinar si existe o no dicho interés, preguntándose por el resultado de la eventual condena, es decir: *¿de prosperar el ruego de nulidad absoluta, habría alguna modificación en el patrimonio del tercero?*<sup>26</sup>. Aplicando esta pregunta hipotética, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia autorizó, por ejemplo, al poseedor de un inmueble a demandar la nulidad absoluta de un contrato de compraventa sobre el bien raíz que poseía, al haber sido adquirido por una entidad de derecho público, lo que convertía al bien en imprescriptible, lo que a la postre podría frustrar la expectativa de adquirir su dominio por prescripción adquisitiva de dominio<sup>27</sup>.

En todo caso, no le basta al tercero alegar *genéricamente* la defensa del ordenamiento jurídico o la moral para atacar el negocio jurídico en el que no fue parte, pues esta "prerrogativa (solo) le está concedida al juez (oficiosamente) en circunstancias especiales y de modo general al Ministerio Público"<sup>28</sup>. Finalmente, el tercero únicamente está legitimado para intentar la pretensión de nulidad absoluta, estándole vedada la pretensión de "restituciones mutuas" del artículo 1746 C.C., por cuanto estas solo interesan a los contratantes<sup>29</sup>.

La pretensión de *nulidad relativa* (anulabilidad en materia comercial) solo puede ejercerla aquel contratante que la ley ha querido proteger —en razón a su incapacidad o su consentimiento— o sus causahabientes<sup>30</sup>, dejando por fuera a cualquier tercero que alegue haber sufrido perjuicio por el contrato<sup>31</sup>.

Uno de los rasgos más sobresalientes es que tanto la nulidad absoluta como la relativa pueden alegarse como excepción, hipótesis en que el demandado alega la nulidad para romper el contrato y de contera enervar la pretensión de la parte actora (generalmente encaminada al cumplimiento de los derechos provenientes

2494: "El derecho de donde se derive el interés jurídico debe existir, lo mismo que el perjuicio, al tiempo de deducirse la acción, porque el derecho no puede reclamarse de futuro".  
<sup>25</sup> El interés se traduce en "el motivo o causa privada que determina la necesidad de demandar": Sala de Casación Civil, Corte Suprema de Justicia, Sentencia 031 del 2 de agosto de 1999, M.P.: José Fernando Ramírez Gómez, Dte.: Libardo Jaramillo, Ddo.: Municipio de Manizales y otro, proceso 4937, CCLXI, n.º 2500.

<sup>26</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 25 de abril de 2006, M.P.: Edgardo Villamil Portilla, exp. 05001-3103-007-1997-10347-01.

<sup>27</sup> "Se trataba de un interés jurídico concreto, serio y actual para pretender la nulidad absoluta del contrato atrás referenciado, pues como igualmente se dijo, sólo en la medida en que logre su aniquilación se abre paso la pretensión de usucapión sobre dicho bien": Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 2 de agosto de 1999, exp. 4937, M.P.: José Fernando Ramírez Gómez.

<sup>28</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 25 de abril de 2006, M.P.: Edgardo Villamil Portilla, exp. 05001-3103-007-1997-10347-01.

<sup>29</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 2 de agosto de 1999, exp. 4937, M.P.: José Fernando Ramírez Gómez.

<sup>30</sup> Arts. 900 C.Co. y 1.743 C.C.

<sup>31</sup> Cfr. ARRUBLA, *Contratos mercantiles*, cit., 204.

del negocio jurídico), lo que únicamente podrán hacer quienes fueron parte en el contrato, como únicos legitimados en la causa por pasiva para blandir dicha defensa. Se da por descontado que en un caso como este el juez, en uso de su poder oficioso, puede declarar la nulidad absoluta aun cuando no la reclame el actor ni el demandado.

Por otra parte, siempre que cualquiera de las partes en el contrato esté compuesta por número plural de sujetos, será menester su citación como litisconsortes necesarios –en el extremo activo o pasivo–<sup>32</sup>, puesto que la relación sustancial allí debatida lo impone. Es entonces obligatorio “que al pleito concurren, en calidad de partes, las personas que intervinieron en la celebración de aquel o sus causahabientes, en guarda del principio general que enseña que la declaración de nulidad de un acto o contrato en su totalidad no puede pronunciarse sino con audiencia de todos los que lo celebraron”<sup>33</sup>.

Se aplica en esta hipótesis el mandato del inciso final del artículo 306 CPC, en el sentido de que, propuesta la nulidad del contrato como excepción, el juez debe pronunciarse sobre ella en la sentencia siempre que sean parte del proceso todos los que intervinieron en el contrato, pues de lo contrario solo debe manifestar si la excepción fue o no fundada.

#### IV. EXCEPCIONES FRENTE A LA PRETENSIÓN DE NULIDAD

Dentro del proceso que tiene por objeto determinar la existencia de alguna de las causales de nulidad, las excepciones de mérito pueden dirigirse a: 1) demostrar que la causal de nulidad no existió, y/o 2) acreditar que la causal fue ratificada o convalidada por la conducta de la parte afectada o por el paso del tiempo.

Frente a la pretensión de nulidad absoluta por ilicitud del objeto<sup>34</sup>, cabe demostrar que el negocio jurídico no recayó sobre ámbitos prohibidos o por fuera del comercio, como en el caso de la venta acusada de nulidad por recaer sobre un bien embargado<sup>35</sup>, frente a la cual ha precisado la jurisprudencia:

<sup>32</sup> Cfr. H. MORALES MOLINA, *Curso de Derecho Procesal Civil, Parte general*, 11.ª ed., ABC, Bogotá, 50. En tal sentido, Sala de Casación Civil, Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 11 de octubre de 1988, M.P.: Rafael Romero Sierra, Aminta Galvis vs. Humberto Santos, CXCI, n.º 2431, 176.

<sup>33</sup> Sala de Casación Civil, Corte Suprema de Justicia, CLXVI, p. 631. En igual sentido, Sala de Casación Civil, Corte Suprema de Justicia, Sentencia 186 del 25 de noviembre de 1993, M.P. Alberto Ospina Botero, Dte.: Genaro Juan Bautista Montenegro: “La nulidad de un contrato como el de compraventa tiene que promoverse por todos o contra todos los que intervinieron en el acto negocial que se pretende invalidar, pues es obvio de la relación sustancial que de allí emana”.

<sup>34</sup> Son hipótesis legales de ilicitud en el objeto las contenidas en los artículos 1521 y 1520 C.C., sobre ilegalidad del pacto sobre derecho a suceder, y 1522 C.C., sobre la condonación del dolo futuro, que no vale.

<sup>35</sup> Art. 1521 num. 3 C.C.

... trabado el embargo, la disposición sobre el bien deja de ser una facultad del dueño contra quien la actuación se dirige, para asumirla en forma temporal mientras subsiste la necesidad de proteger a los acreedores, la autoridad judicial que adoptó la medida cautelar [...] [L]a ilicitud desaparece cuando el acto de enajenación se verificó con permiso del juez embargante, si hubo consentimiento expreso del acreedor que obtuvo la medida cautelar, si la mutación de la titularidad es consecuencia del remate judicial o de sentencia dictada en un litigio cuyo contenido excluya la interrelación voluntaria del dueño de la transferencia<sup>36</sup>.

Otras hipótesis de excepciones de mérito son argumentar que no hubo cesión de derechos personalísimos, como uso y habitación<sup>37</sup>, o que el contrato de transacción no versó sobre ámbitos prohibidos como el estado civil de las personas (art. 2473 C.C.), aunque en este caso la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia ha precisado que si se declara la nulidad del pacto sobre el ámbito del estado civil, perviven los aspectos patrimoniales derivados de aquel<sup>38</sup>. Y si se trata de causa ilícita, dependiendo del tipo contractual y la normatividad sustancial podrían plantearse excepciones de fondo concretas; así por ejemplo, en el contrato de juego o apuesta alegar que este recaía sobre resultados que dependían de la actividad humana o de la destreza de las partes<sup>39</sup>, o que estaba permitido por un monopolio estatal<sup>40</sup>. Se trata, en general, de demostrar que el móvil del negocio fue adecuado a la ley, a las buenas costumbres o al orden público<sup>41</sup>.

Una de las excepciones más socorridas para enervar la pretensión de nulidad consiste en demostrar el cumplimiento de todos los requisitos legales generales y especiales, exigidos por la ley civil para la validez del acto o contrato, lo que constituirá el objeto del proceso y de la actividad probatoria. Así por ejemplo, el contrato de compraventa de un bien raíz de una entidad de derecho público requiere el agotamiento del requisito previo del avalúo, de publicidad y remate previsto en el régimen político y municipal (art. 204 Ley 4.ª de 1913), por lo que su venta obviando tales requisitos la hace devenir inválida<sup>42</sup>. Tratándose de

<sup>36</sup> Sala de Casación Civil, Corte Suprema de Justicia, Sentencia 024 del 24 de junio de 1997, M.P.: Carlos Esteban Jaramillo Scholls, Jaime Quintero Barbier vs. María León Cuervo, proceso 4816, CCLVI, n.º 2485.

<sup>37</sup> Art. 878 C.C.

<sup>38</sup> Sala de Casación Civil, Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 9 de noviembre de 1984, CLXXXVI, p. 306.

<sup>39</sup> J. BONIVENTO, *Los principales contratos civiles y comerciales*, II, 6.ª ed., Librería del Profesional, Bogotá, 2002, 156.

<sup>40</sup> Sala de Casación Civil, Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 12 de junio de 1973.

<sup>41</sup> Art. 1524 C.C.: "... la promesa de dar algo en pago de una deuda que no existe, carece de causa, y la promesa de un crimen o de un hecho inhumano, tiene una causa ilícita".

<sup>42</sup> Sala de Casación Civil, Corte Suprema de Justicia, M.P.: Germán Giraldo Zuluaga, Municipio de Cúcuta vs. Marco Vivas, Sentencia 018 del 7 de noviembre de 1980, CLXXVI, n.º 2407, p. 203. En el mismo sentido, Sala de Casación Civil, Corte Suprema de Justicia, M.P.: José Fernando Ramírez Gómez, Sentencia 062 del 24 de mayo de 2000, R-5267, Dte.: José Luis Cortés Zambrano, Ddo.: Municipio de Pamplona (N. Santander), CCLXIV, n.º 2503: "Para llevar a cabo la venta del inmueble de propiedad municipal, en principio y como regla general, según está dispuesto por el artículo 204 citado, a más de otorgamiento de escritura pública que es solemnidad propia del contrato de venta de fincas raíces (artículo 1857 del

la promesa de compraventa, en el contrato escrito no es suficiente con que se establezca la especie de contrato, dado que es necesario que "para perfeccionarlo sólo falte la tradición de la cosa o las formalidades legales [pues] [e]n tratándose de la promesa de compraventa de un bien inmueble, la singularización de este en el acto mismo de la promesa, por su ubicación y linderos, se impone como uno de los factores indispensables para la determinación del contrato prometido"<sup>43</sup>.

En materia mercantil, serían hipótesis concretas de nulidad absoluta por contradicción de normas imperativas: el negocio fiduciario secreto, la fiducia cuyo beneficio se concede a diversas personas sucesivamente y la fiducia a perpetuidad<sup>44</sup>, como también el contrato de *leasing* que versa sobre documentos de contenido crediticio, patrimonial o representativos de mercadería, por recaer sobre objeto prohibido<sup>45</sup>.

Frente a causales de nulidad relativa, habría que acreditar que los intervinientes en el contrato gozaban de plena capacidad y que el proceso de formación de su consentimiento estuvo exento de vicios. De no ser posible lo anterior, la defensa estaría encaminada a probar que, pese a haber ocurrido la causal, la conducta del contratante (en favor de quien se estableció la protección legal) ratificó, convalidó o en general saneó el vicio en forma expresa o tácita<sup>46</sup>, lo que a menudo acontece a través de la ejecución voluntaria de la obligación contratada<sup>47</sup>, siempre que emane de la parte capaz, siendo también saneable la nulidad absoluta, salvo en las hipótesis de objeto o causa ilícita<sup>48</sup>. Ejemplo paradigmático de ratificación de la nulidad (absoluta) por ejecución voluntaria de la obligación contratada se presenta cuando el contrato de "promesa de compraventa", estando viciado de nulidad, es cumplido espontáneamente por alguna de las partes,

... que en el caso no podría tener otro entendimiento que la celebración del contrato prometido, pues esta es la forma de ejecutar la obligación de hacer que el contrato de promesa genera. De manera que como la principal obligación que emana de una promesa celebrada con sujeción a los requisitos señalados en el artículo 89 de la ley 153 de 1887, es la que contraen las partes de concurrir a otorgar el contrato a que la

C.C.), previamente deben ser satisfechos, entre otros, los siguientes requisitos: avalúo judicial del bien, publicación en el periódico oficial del departamento de anuncio sobre la venta".

<sup>43</sup> Al tenor del artículo 1611 C.C., subrogado por el 89 de la Ley 153 de 1887. Sentencia de Casación del 6 de noviembre de 1968 y sentencia del 14 de diciembre de 2007, Ref. 7300131030052004-00072-01. "No le bastó al legislador que en la convención promisoriosa se señalase la especie del contrato prometido y se consignaren indicaciones que permitieran determinarlo marginalmente, para que la promesa pudiera tener poder vinculatorio, sino que, como lo reza el texto legal transcrito, se impuso la precisión de que se determine de tal suerte el contrato, que para perfeccionarlo sólo falte la tradición de la cosa o las formalidades legales [...]. En tratándose de la promesa de compraventa de un bien inmueble, la singularización de este en el acto mismo de la promesa, por su ubicación y linderos, se impone como uno de los factores indispensables para la determinación del contrato prometido".

<sup>44</sup> Art. 1230 C.Co.

<sup>45</sup> Según el literal *d* del art. 3 del Decreto 913 de 1993.

<sup>46</sup> Art. 1752 C.C.

<sup>47</sup> Art. 1754 C.C.

<sup>48</sup> Art. 1742 C.C.

promesa se refiere, resulta diáfano que en relación con ese objeto, al ser distintos los derechos y obligaciones que surgen de aquella y de éste, la ratificación tácita de la nulidad contenida en la promesa sólo tendría ocurrencia ejecutando voluntariamente [...] la obligación contratada<sup>49</sup>.

La prescripción constituye una de las más importantes excepciones (hoy es una excepción mixta en vigencia de la Ley 1395 de 2010) que podrían blandirse en este tipo de procesos, tanto de las causales de nulidad absoluta (aunque persiste en el derecho comparado la tendencia a considerarla imprescriptible y perpetua) como de nulidad relativa. La primera, con el término de la prescripción extraordinaria, de conformidad con el artículo 1742 C.C.; la nulidad relativa, en un término de cuatro años según el artículo 1750 C.C., y la anulabilidad en dos años, según el artículo 900 C.Co. Los términos señalados se cuentan a partir de la celebración del negocio jurídico para hipótesis de nulidad absoluta o desde que haya cesado la violencia, desde el día en que se celebró el contrato, para casos de error o dolo, y desde el día en que cesó la incapacidad (art. 1750 C.C.), con la advertencia de que –frente a herederos menores de edad– el término comienza a correr desde que hubieren llegado a edad mayor. En todo caso, recuérdese que la prescripción deberá ser alegada siempre por la parte, nunca declarada de oficio, al tenor del artículo 306 CPC.

#### V. ASPECTOS PROBATORIOS

Las causales de nulidad son susceptibles de agruparse, para efectos probatorios, en dos: 1) aquellas para cuya demostración resultan idóneos medios probatorios personales, como la declaración de parte, testimonio, pues el objeto de prueba es un hecho subjetivo: por ejemplo, *la causa* o *el fin* del contrato, que llevó a las partes a su celebración; o también, la acreditación del error o la fuerza, como vicios del consentimiento del contratante; y 2) aquellas para las que bastaría prueba documental, pues el objeto del litigio es una cuestión de *mero derecho*.

Alegado el *error*, como causal de nulidad relativa, el demandante tiene la carga de probar su existencia, y sobre qué recae. Así por ejemplo, debe afirmar si es sobre la naturaleza del contrato, sobre el objeto (su sustancia o calidades), o sobre la persona, demostrando que efectivamente había un concepto equivocado de los hechos o del derecho al momento de la celebración del contrato y que el mismo fue relevante, es decir que fue sobre el error que se construyó el consentimiento y que el comportamiento del co-contratante estuvo exento de culpa. Si se trata de un negocio jurídico celebrado en *estado de necesidad* o *de peligro*, debe acreditarse que el contratante sufría una situación de inferioridad por causa del peligro o la

<sup>49</sup> Sala de Casación Civil, Corte Suprema de Justicia, Sentencia 081 del 23 de junio de 2000, M.P.: José Fernando Ramírez Gómez, Dte.: Héctor Moreno Reyes y Constanza Tovar de Moreno, Ddo.: Jaime Schultz y Stella de Schultz, CCLXIV, n. 2503.

necesidad, y que como consecuencia de ella emitió el consentimiento, forzado por tales circunstancias, lo que también es aplicable a la fuerza o violencia y al dolo (o toda suerte de maniobras engañosas o fraudulentas que inducen a la otra parte a error).

Es común a tales hipótesis la necesidad de acreditar los hechos denominados por la doctrina como *hechos psicológicos*, es decir supuestos fácticos donde prevalece el *elemento subjetivo*. Por ejemplo, la comprobación de que el contratante sufrió intimidación y de que bajo sus efectos fue compelido a contratar, lo que prevalentemente se logra con la suma de medios probatorios personales, como testimonios, interrogatorio de parte aunado a la prueba indiciaria y demás inferencias lógicas. En tales casos, la exigencia probatoria es doble, pues implica, de un lado, acreditar el hecho objetivo: el error, la fuerza, la violencia o el dolo, y de otro, probar el elemento subjetivo, consistente en "la creación del estado anímico", el que prevalentemente se demuestra a partir de los signos externos que –de acuerdo con las reglas de la experiencia– acompañan a tales estados, por lo que la prueba indiciaria emerge con gran importancia.

Existen causales en las que, por el contrario, basta simplemente un mero análisis del clausulado del contrato contrastado con las normas jurídicas para concluir el cumplimiento o no de las formalidades, la contrariedad de normas imperativas, o finalmente si recayó sobre objeto ilícito.

Para la demostración de la prescripción extintiva bastaría la acreditación del transcurso del tiempo entre la celebración del negocio y la presentación de la demanda mediante prueba documental, en tanto en los eventos de interrupción o suspensión de la misma la libertad probatoria sería mayor.

Otro punto de interés probatorio consiste en que el juez, a pesar de estar facultado para decretar de oficio la nulidad absoluta del contrato, tiene una restricción probatoria, pues al ser este un poder excepcional, se somete a que la nulidad aparezca *de bulto*, en el contrato o en el instrumento que lo contiene, y a que el acto o contrato haya sido invocado en el litigio como fuente de derecho u obligaciones para las partes, pues al juez le está vedado practicar otros medios probatorios, distintos a los obrantes en el plenario para declarar de oficio la nulidad absoluta.

## VI. LA SENTENCIA Y SUS EFECTOS

Aun cuando la jurisprudencia ha puntualizado que "la de nulidad no es una decisión de índole constitutiva, sino declarativa, con determinadas excepciones"<sup>50</sup>, no se comparte esta apreciación dado que lo que caracteriza a este tipo de litigios es precisamente que mediante una sentencia se crea, modifica o extingue una relación

<sup>50</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, M.P.: Jorge Antonio Castillo Rugeles, Sentencia 0069 de 14 de junio de 2000, Ref. 5025, Dte.: Caja de Vivienda Militar, Ddo.: Banco de la República y Banco de Bogotá, CCLXIV, n.º 2503.

de derecho, lo que precisamente define la esencia de la pretensión constitutiva. De acogerse la pretensión de nulidad, como se acaba de decir, se extinguen los efectos del contrato a través de una sentencia constitutiva<sup>51</sup>, y a partir de su ejecutoria se rompe la relación jurídica entre los contratantes como si nunca hubiese existido, volviéndose al estado patrimonial anterior, esto es, con efectos *ex tunc*<sup>52</sup>.

Sin embargo, en presencia de un contrato de promesa de compraventa, la jurisprudencia ha enseñado con toda la razón que los efectos de la sentencia que acoge la nulidad puede ser *ex nunc*, en el sentido de que las partes quedan liberadas hacia el futuro de su obligación de celebrar el contrato prometido; no obstante, si las partes antes de emitirse la sentencia ya han comenzado a ejecutar obligaciones propias del contrato, o crearon obligaciones adicionales, los efectos serán efectos *ex tunc*, esto es, estarán obligadas a las restituciones, como si nunca hubiere existido lo prometido<sup>53</sup>.

En líneas generales, la regla es que las obligaciones derivadas del contrato nulo que aún no se han ejecutado se extinguen<sup>54</sup>, y las que ya se hubieren realizado o comenzado a ejecutar serán objeto de restituciones mutuas, hasta donde sea física y jurídicamente posible. Si lo que se debe restituir es lo pagado como precio, la jurisprudencia ha establecido que ese valor nominal –al haberse envilecido– debe devolverse con su ajuste monetario<sup>55</sup>, y tratándose de un contrato de naturaleza mercantil, con intereses bancarios corrientes<sup>56</sup>.

El derecho de las partes a ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto nulo<sup>57</sup> tiene sin embargo dos excepciones: 1) La irrepetibilidad de lo pagado o dado cuando, a sabiendas, celebraron un contrato con objeto o causa ilícita; y 2) La imposibilidad de obtener la restitución de lo pagado cuando se celebró un contrato con un incapaz sin cumplir los requisitos legales, salvo que se pruebe que el incapaz se hizo más rico con dicho negocio<sup>58</sup>.

Se advierte que la sentencia que acoge la pretensión de nulidad no genera –*per se*– la reivindicación del bien objeto del negocio jurídico, ni la invalidez del título mediante el cual uno de los contratantes transfirió el bien a un tercero, por

<sup>51</sup> ARRUBLA, *Contratos mercantiles*, cit., 197.

<sup>52</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, CXXXII, 250.

<sup>53</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, M.P.: Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo, Sentencia 130 del 18 de agosto de 2000, Ref. 5519, Dte.: Alfonso, Natalia, Marcia, Guillermo, Alicia, Manuel y Luz Pazos Álvarez, Ddo.: Celulosa y Papel de Colombia S.A. - Pulpapel.

<sup>54</sup> Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, M.P.: Carlos Esteban Jaramillo Scholls, Sentencia 024 del 24 de junio de 1997, Jaime Quintero Barbier vs. María León Cuervo, proceso 4816, CCLVI, n.º 2485.

<sup>55</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, M.P.: Alberto Ospina Botero, Sentencia 007 del 1 de febrero de 1994, Blanca Azucena Salazar vs. Manuel José del Carmen Rodríguez y otro, CCVIII, n.º 2467, Vol. 1, 87.

<sup>56</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, M.P.: Alberto Ospina Botero, Sentencia 007 del 7 de marzo de 1994, Merheg Badih vs. Laureano Gómez Botero, CCXXVIII, n.º 2467, 510.

<sup>57</sup> Art. 1746 C.C.

<sup>58</sup> Art. 1747 C.C.

lo que habría que intentar posteriormente una pretensión reivindicatoria contra este en otro proceso<sup>59</sup>; lo anterior, por cuanto la nulidad judicialmente declarada solo afecta a quienes acudieron al proceso como parte y a los causahabientes que surjan luego de la sentencia.

En relación con las restituciones que hayan de hacerse las partes como consecuencia de esta sentencia, rigen las reglas generales del Código Civil, así: 1) si la causal probada fue la causa u objeto ilícito, no se genera el derecho a obtener lo entregado o pagado a sabiendas del vicio<sup>60</sup>, y 2) en los demás casos, cada uno de los contratantes responde por la pérdida de las especies y frutos, del abono de mejoras necesarias, útiles o voluptuarias, tomando en consideración dos importantes criterios, "el caso fortuito" y "la buena o mala fe de las partes"<sup>61</sup>. De esta manera,

... mientras el poseedor de mala fe se encuentra obligado a restituir los naturales y civiles de la cosa, incluyendo los percibidos y "los que el dueño hubiera podido percibir con mediana diligencia y actividad", o, en su caso, "el valor que tenían o hubieran tenido al tiempo de la percepción", el poseedor de buena fe, por su parte, no está obligado a la restitución de los frutos percibidos "antes de la contestación de la demanda", sino únicamente de los que se perciban a partir del pronunciamiento que realice al libelo incoativo<sup>62</sup>.

No constituye una violación al principio de la sentencia congruente<sup>63</sup> la declaración judicial oficiosa de la nulidad absoluta<sup>64</sup>, aun cuando la acción promovida no la contemple, pues al hacerlo el juez no se está saliendo de los límites que las partes le han trazado para resolver su litigio, sino que está cumpliendo con el mandato de hacer valer el orden público en el contrato. Tampoco existe sentencia *citra petita* cuando el juez, al encontrar probada la nulidad absoluta, deja de pronunciarse respecto de la pretensión de "resolución" del contrato, puesto que "el efecto totalizador que tiene la declaración de nulidad absoluta del contrato, hace que las

<sup>59</sup> Art. 1748 C.C. Es claro entonces, que "la declaración de nulidad de un contrato, lejos de implicar la invalidez del título mediante el cual un tercero adquiere el bien objeto del negocio anulado, apareja simplemente el que éste, el tercero, podrá hallarse, en un determinado evento, abocado a una reivindicación impetrada por el contratante cuyo derecho, a la postre, nunca fue transferido": Sala de Casación Civil, Corte Suprema de Justicia, Sentencia 112 del 19 de julio de 2000, M.P.: Jorge Antonio Castillo Rugeles, Rad. 5493, Dte.: Ana Graciela Ruíz de Pedroza, Ddo.: Alirio Hernán Ruíz García, Fabio Aristides Ruiz García y Sociedad Rugar Industrial Comercial Ltda.

<sup>60</sup> Art. 1525 C.C.

<sup>61</sup> Art. 1746 C.C.

<sup>62</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, M.P.: Manuel Isidro Ardila, Sentencia del 16 de diciembre de 2003, Municipio de Rauca vs. Capitalizadora Grancolombiana S.A.

<sup>63</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, M.P.: Rafael Romero Sierra, Apolonio Cruz vs. Reina Benjamín Poveda, Sentencia del 1º de abril de 1987, CLXXXVIII, n.º 2427, 123. En igual sentido, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, M.P.: Carlos Esteban Jaramillo Scholss, Sentencia 132 del 10 de octubre de 1995, Cristina Ester Tovar Royett y otros vs. Antonio Hoyos Paternina, proceso 4551, CCXXXVII, n.º 2476, Vol. II, 109.

<sup>64</sup> Sala de Casación Civil, Corte Suprema de Justicia, M.P.: Humberto Murcia Ballén, Sociedad agropecuaria La Florida vs. Eustaquio Hernández, Sentencia 081 del 27 de enero de 1981, CLXVI, n.º 2407, 309.

pretensiones que las partes hayan formulado partiendo de la validez del mismo, caigan en el vacío"<sup>65</sup>.

Si, por el contrario, la sentencia es absolutoria, esto es, no declara probada la nulidad, se consolida con valor de cosa juzgada la validez del contrato, haciendo pervivir sus obligaciones. Finalmente, se debe resaltar que en el ordenamiento mercantil se prevé que el juez, en clara protección de la autonomía privada, puede hacer uso de tres figuras encaminadas a preservar el negocio jurídico: 1) puede declarar que la invalidez del negocio jurídico no afecta todas las cláusulas<sup>66</sup> y aplicar una nulidad parcial, de tal suerte que el contrato pueda sobrevivir sin dichas cláusulas, "teniendo en cuenta su naturaleza y la intención de las partes"<sup>67</sup>; 2) también puede declarar que la invalidez no alcanza a todos los sujetos intervinientes en el mismo, lo que podría ocurrir en los contratos "plurilaterales"<sup>68</sup>, y 3) puede convertir el contrato –al cual se le endilgan vicios de invalidez– en otro diferente, con el propósito de que surta efectos análogos<sup>69</sup>.

#### CONCLUSIÓN

Efectuado el anterior recuento de los principales aspectos procesales que se suscitan a propósito de la pretensión de nulidad, queda en evidencia que la tipología de las nulidades de la ley sustancial civil y mercantil determinan indefectiblemente su tratamiento procesal, ratificando el sentido de la norma paradigmática de nuestro Código de Procedimiento Civil, el artículo 4, según la cual "el objeto de los procedimientos es la efectividad de los derechos reconocidos en la ley sustancial".

Pero también ha quedado demostrado que todo el discurso doctrinal acerca de la ineficacia del negocio jurídico debe enriquecerse con la práctica judicial, pues esta, al estar en contacto directo y permanente con la realidad social, es capaz de armonizar dos valores que pueden lucir antagónicos en el campo de los contratos: la autonomía de la voluntad y el orden público.

#### BIBLIOGRAFÍA

ALESSANDRI, A., *La nulidad y la rescisión en el derecho civil*, Imprenta Universitaria, Santiago, 1982.

ARRUBLA, J., *Contratos mercantiles*, t. 1, 11.ª ed., Biblioteca Jurídica Diké, Medellín, 2004.

<sup>65</sup> Sala de Casación Civil, Corte Suprema de Justicia, Sentencia 087 del 13 de agosto de 2003, M.P.: José Fernando Ramírez, Dte.: Federico Estrada Vélez, Ddo.: Humberto Franco, CCLXXXIV, n.º 2524.

<sup>66</sup> Art. 902 C.Co., nulidad parcial.

<sup>67</sup> HINESTROSA, *Validez e invalidez del contrato en el derecho latinoamericano*, cit., 221.

<sup>68</sup> Art. 903 C.Co.

<sup>69</sup> Art. 904 C.Co.

- BONIVENTO, J., *Los principales contratos civiles y comerciales*, Librería del Profesional, t. II, 6.ª ed., Bogotá, 2002.
- DEVIS ECHANDÍA, H., en *Compendio de la Prueba Judicial*, t. I, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2007.
- DEVIS ECHANDÍA, H., *Teoría general del proceso*, 3.ª ed., Universidad, Buenos Aires, 2004.
- FERRI, L., *La autonomía privada*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1967.
- LUTZESCO, G., *Teoría y práctica de las nulidades*, trad. Manuel Romero y Julio López, Porrúa, México, 2003.
- HINESTROSA, F., *Tratado de las obligaciones*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2.ª ed., 2003.
- HINESTROSA, F., *La prescripción extintiva*, 2.ª ed., Universidad Externado de Colombia, 2006.
- HINESTROSA, F., *Validez e invalidez del contrato en el derecho latinoamericano*, en "Bases para un Código Latinoamericano Tipo", t. I, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1998.
- MESSINEO, F., *Doctrina general del contrato*, t. II, Ediciones Jurídicas Europa América, Buenos Aires, 1992.
- MORALES MOLINA, H., *Curso de Derecho Procesal Civil*, Parte General, 11.ª ed., ABC, Bogotá, 1950.
- OSPINA, G., y OSPINA, E., *Teoría general de los actos y negocios jurídicos*, Temis, Bogotá, 1980.