
La buena fe en las restituciones consecutivas a la nulidad de un contrato. Comentario crítico a la sentencia CSJ-SC5513 de 2021*

» JORGE IVÁN HERRERA MORENO**

RESUMEN. La sentencia SC5513 de 2021 trata dos aspectos relevantes relativos a las restituciones consecutivas a la nulidad de un contrato. El primero se refiere al interrogante de hasta qué punto la buena fe en estos escenarios de nulidad contractual puede asimilarse o debe diferenciarse de la buena fe posesoria. El segundo concierne las dos tesis que ha sostenido la Corte en cuanto al momento a partir del cual el contratante de buena fe debe restituir los frutos en los escenarios de nulidad contractual. Ambos puntos ameritan un estudio crítico a partir de la jurisprudencia reciente de la Corte Suprema de justicia.

PALABRAS CLAVE: nulidad, restituciones, mutuas buena fe, mala fe, frutos, restitución de frutos, ineficacia, buena fe subjetiva.

The good Faith in the consecutive Restitutions to the Nullity of a Contract. Critical Study on Judgment CSJ-SC5513 of 2021

ABSTRACT. Judgment SC5513-2021 deals with two relevant aspects concerning consecutive restitutions after the nullity of a contract. The first refers to the question of to

* Fecha de recepción: 7 de marzo de 2022. Fecha de aceptación: 29 de abril de 2022.

Para citar el artículo: HERRERA MORENO, J. I., “La buena fe en las restituciones consecutivas a la nulidad de un contrato. Comentario crítico a la sentencia CSJ-SC5513 de 2021”, *Revista de Derecho Privado*, n.º 43, julio-diciembre 2022, 421-436. doi: <https://doi.org/10.18601/01234366.n43.18>.

** Universidad Externado de Colombia, Bogotá, Colombia; docente investigador del Departamento de Derecho Civil. Doctor en Derecho y magíster en Derecho Privado General, Universidad de París II Panthéon-Assas, París, Francia. Especialista en Derecho Médico y abogado, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, Colombia. Contacto: jorge.herrera@uexternado.edu.co.

what extent good faith in these scenarios of contractual nullity can be assimilated or should be differentiated from good faith in possession. The second concerns the two theses that the Court has sustained regarding the moment from which the contracting party in good faith must return the benefits in the scenarios of contractual nullity. Both points deserve a critical study based on the recent decisions of the Supreme Court of Justice.

KEYWORDS: nullity, mutual restitutions, good faith, bad faith, benefits, restitution of benefits, failed contracts, subjective good faith.

SUMARIO. Introducción. I. La noción de buena fe en las restituciones consecutivas a la nulidad contractual. II. El alcance de la obligación de restituir los frutos a cargo del contratante de buena fe. Conclusión. Referencias

Introducción

El tema de las restituciones derivadas de la ineficacia de un contrato sigue siendo intrincado, como lo demuestra la sentencia SC5513 del 15 de diciembre de 2021, la cual trata de un litigio frecuente en la práctica: la nulidad de un contrato de promesa de compraventa. Antes de esa sentencia, en otra decisión la Corte Suprema de Justicia había declarado la nulidad absoluta del contrato de promesa de compraventa sobre un inmueble por no haberse determinado el plazo en el que se celebraría el contrato prometido (art. 1611, 3° c. c.)¹. En la sentencia que acá comentamos se pronuncia como juez de segunda instancia sobre las consecuencias de dicha declaración, siendo la más importante las restituciones mutuas que siguen a la aniquilación del contrato.

A pesar de la aparente banalidad de los hechos y de la profusión de sentencias de la misma naturaleza, la sentencia SC5513-2021 se refiere a dos aspectos poco discutidos en la doctrina colombiana y que atañen a la interpretación del artículo 1746 del Código Civil en punto de los efectos restitutorios de la declaración de nulidad de un contrato, los cuales revisten una relevancia práctica de primer nivel que se reflejan en el monto de las condenas.

Tradicionalmente, el inciso 2.º del artículo 1746 c. c. ha sido entendido como un reenvío a las reglas en materia reivindicatoria². Ello es lógico, pues dicho inciso alude

1 En la sentencia SC2468-2018, la Corte declaró la nulidad absoluta de dicha promesa de contrato de compraventa con fundamento en que establecía que la suscripción de la escritura pública se realizaría “en el plazo de (10) días contados a partir del día en que el promitente comprador subrogue o cancela la deuda a que se ha hecho referencia”, con lo cual no se tenía certeza sobre el momento en el que acaecería ese hecho futuro del cual dependía la celebración del contrato prometido.

2 Véase Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, 1.º de diciembre de 1938, *G. J.* XLVII, 452: “Las restituciones recíprocas a que da lugar una declaración judicial de nulidad se rigen por las mismas reglas generales de las prestaciones mutuas consignadas en el capítulo 4 del título 12 del libro 2 del Código

a los ítems restitutorios más conocidos en materia reivindicatoria (pérdidas, deterioros, intereses, frutos, mejoras), así como a los términos de posesión de buena fe o mala fe, al tiempo que señala que en la materia deben seguirse las reglas generales.

A pesar de la aparente claridad de la norma, el reenvío a las reglas reivindicatorias plantea el interrogante de si el legislador asimiló la situación que subsiste luego de la declaración de nulidad de un contrato a aquella propia del escenario reivindicatorio, esto es, a la del poseedor que debe restituir el bien a quien tiene mejor derecho (propietario o poseedor regular), o si, al contrario, se trata de una técnica para evitar repeticiones innecesarias, de modo que en realidad las reglas reivindicatorias constituyen una guía para determinar el régimen restitutorio en materia de nulidad, así no se trate de situaciones asimilables.

Son dos entendimientos diferentes con consecuencias marcadas. Bajo la primera óptica, la aplicación íntegra de las reglas reivindicatorias permitiría cumplir el dictado del primer inciso del artículo 1746 c. c., que señala que las partes deben ser restituidas al mismo estado en el que se hallarían si no hubiesen celebrado el contrato. Las restituciones pueden decretarse en el mismo proceso; no obstante, sobre un plan teórico podrían decidirse como consecuencia del ejercicio de acciones reivindicatorias posteriores³, dado que se considera que los excontratantes se encuentran en la misma situación del propietario que ha sido privado sin su consentimiento de su bien y las reglas que rigen las restituciones en ambos casos son idénticas.

Bajo la segunda óptica, el régimen de la nulidad se colma con las reglas en materia reivindicatoria, sin que haya una asimilación de dichas situaciones. En este caso, el inciso 1.º del artículo 1746 c. c. cobra mayor relevancia. El operador judicial debe interpretar dicha disposición orientándola a poner prevalentemente a las partes en la situación en la que se hallaban antes de la ejecución de sus prestaciones⁴. Si existe una contradicción entre dicho mandato del primer inciso y la situación que resulta de la aplicación de reglas reivindicatorias en virtud del segundo inciso, debería darse prevalencia al primero. Aunque el legislador haga un reenvío a las reglas reivindicatorias, no hay una equiparación de esas situaciones jurídicas, pues el dictado de retorno al *statu quo* (inciso 1.º) prevalece cuando la aplicación de las reglas reivindicatorias

Civil [...]”. Corte Suprema de Justicia, SC5513-2021: “En consecuencia, si han ejecutado de manera parcial o total los compromisos a su cargo, se habilitan las devoluciones bilaterales, salvo, claro está, en el evento de las nulidades absolutas originadas en objeto o causa ilícitos. Para tal efecto, es menester acudir a las disposiciones que gobiernan las prestaciones mutuas en materia de reivindicación, consignadas en los artículos 961 a 971 del compendio citado”.

3 La Corte ha negado dicha posibilidad señalando que la acción reivindicatoria no procede cuando la posesión del demandado tiene origen contractual. Véase Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, 30 de julio de 2010, M. P.: William Namén Vargas, exp. n.º 11001-3103-014-2005-00154-01: “La acción de dominio es por su naturaleza una pretensión extracontractual, que repugna en las hipótesis en que los interesados han convenido en que uno de ellos autoriza al otro para poseer en virtud de un determinado contrato celebrado entre el uno y el otro”.

4 HINESTROSA, F., “Las restituciones consecuenciales a la eliminación del contrato”, en C. PIZARRO y F. MANTILLA (coords.), *Estudios de derecho privado en homenaje al profesor Christian Larroumet*, Bogotá, Universidad del Rosario, 2008, 465.

—que incorporan una apreciación de orden subjetivo que otorga un tratamiento favorable al contratante de buena fe— conducen a un resultado contrario.

Estos dos entendimientos tienen consecuencias sobre la comprensión de otros conceptos que involucran las restituciones y que se abordan en la sentencia SC5513 de 2021.

Primero, en todo escenario consecutivo a la nulidad de un contrato debe examinarse si el excontratante —deudor de la obligación restitutoria— puede ser calificado como de buena fe o de mala fe. Surge el interrogante acerca de si dicho concepto puede asimilarse al de la buena fe posesoria en el escenario reivindicatorio. En la sentencia que comentamos la Corte utiliza la expresión de buena fe posesoria, poniendo este último término entre comillas, evidenciando así una ambigüedad terminológica, la cual ha sido objeto de críticas, por lo cual este punto merece ser analizado con atención (i).

Segundo, la Corte ha tenido una jurisprudencia oscilante en cuanto al momento a partir del cual se deben calcular los frutos que debe restituir el contratante de buena fe. En la sentencia analizada aplica cabalmente la disposición en materia reivindicatoria (art. 964, inc. 3.º, c. c.); no obstante, en otras sentencias se ha separado de dicha regla y ha aplicado otra solución fundada en la prevalencia del inciso primero del artículo 1746 c. c., que tiene como consecuencia que el contratante de buena fe deba restituir los frutos percibidos desde el momento en que recibió el bien (ii).

I. La noción buena fe en las restituciones consecutivas a la nulidad contractual

Al tenor de lo dictado en el inciso 2.º del artículo 1746 c. c., en los escenarios de nulidad contractual debe examinarse la buena fe o la mala fe de los excontratantes, ahora deudores y acreedores de las obligaciones restitutorias. Sobre el punto, existe una ambigüedad terminológica en recientes sentencias de la Corte Suprema de Justicia, incluyendo la que es objeto de este comentario. Una vez presentada la dificultad terminológica identificada en dichas sentencias (A), nos referiremos a la precisión conceptual que la Corte podría realizar en la materia (B).

A. Planteamiento de la dificultad

De conformidad con el segundo inciso del artículo 1746 c. c., una vez declarada la nulidad del contrato, para efectos de las restituciones debe examinarse si el deudor de la obligación restitutoria puede calificarse como un poseedor de mala fe o de buena fe.

En la sentencia que aquí comentamos la Corte afirma que la “buena o mala fe a escrutar en el comportamiento a quien corresponde efectuar el reintegro es la ‘posesoria’”⁵. La Corte reitera así la posición asumida en la sentencia SC3966 de

5 Corte Suprema de Justicia, SC5513-2021.

2019, en la que había afirmado que “la buena o mala fe que debe examinarse es la *posesoria* o, más exactamente, la que acompañe la detentación de la cosa, que siguiendo los términos del artículo 768 del Código Civil y efectuada la correspondiente adaptación, ‘es la conciencia’ de haberse recibido un bien ‘por medios legítimos exentos de fraudes y de todo otro vicio’”⁶.

Llama la atención que la Corte, por un lado, en sentencia de 2019 resalte en cursivas el término *posesoria* y mencione el artículo 768 c. c. agregando que debe efectuarse la “correspondiente adaptación” y que, por otro lado, en la sentencia de 2021 que aquí comentamos ponga el mismo término –posesoria– entre comillas. Esto demuestra una cierta dubitación de la jurisprudencia: ¿por qué poner ese término entre comillas o en cursiva?, ¿esto permite al lector advertir que la buena fe o mala fe en los juicios de nulidad no se aprecia de la misma manera que en los procesos reivindicatorios? Pero ¿entonces en qué consistiría esa diferencia?

A lo anterior se agrega que en la sentencia SC3966-2019 el magistrado Luis Armando Tolosa, en una aclaración de voto, cuestiona el empleo que realiza la sentencia de esos términos y realza que la buena o mala fe de los demandados no podía analizarse al margen de su condición de promitentes compradores y se trataba entonces “de una *posesión contractual* y no de hecho en el marco de una acción de dominio”⁷, pues la nulidad de la promesa apareja su aniquilamiento retroactivo y la vuelta de las cosas al estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo. En fin, el magistrado agrega que el reenvío que realiza el inciso 2.º del artículo 1746 no significa que los efectos *ex tunc* de la declaración de nulidad muten la posesión contractual o negocial en una posesión de hecho⁸.

Se identifican así dos tesis sobre los términos que deben utilizarse para describir la situación jurídica del contratante que recibió un bien y que ahora debe restituir –además de otras prestaciones conexas– como consecuencia de la declaración de nulidad de un contrato.

Bajo la primera tesis, que es la mayoritaria y que es la que actualmente sostiene la Corte Suprema de Justicia, en los contenciosos relativos a la nulidad de un contrato es posible referirse a la buena o mala fe *posesoria*, sin que esa identidad sea total, puesto que se utiliza el término *posesoria* en cursivas o entre comillas y se aclara que se requiere su adaptación al escenario de la nulidad. La Corte, en las sentencias arriba citadas, no precisa –por lo menos directamente– en qué consiste la “correspondiente adaptación” que debe realizarse para la cabal comprensión de esos términos.

6 Corte Suprema de Justicia, SC3966-2019. Las cursivas son originales del texto de la sentencia.

7 Cursivas nuestras.

8 Anótese que, en el caso, el casacionista afirmaba que la prueba del incumplimiento del contrato por parte de su cocontratante permitía afirmar su mala fe para efectos de las restituciones. No obstante, es claro que cuando en un proceso el juez declara la nulidad del contrato no hay lugar a discutir si se configuró el incumplimiento de una de las partes, pues cualquier juicio sobre la ejecución del contrato solamente puede hacerse partiendo de su validez.

Bajo una segunda tesis, que se extrae de la aclaración de voto arriba mentada, el empleo del término mala fe o buena fe *posesoria* en el marco de la nulidad de un contrato es desacertado. Al contrario, hay que distinguir claramente, entre, por una parte, la *posesión de hecho*, que se refiere a la situación del propietario que ejerce la acción reivindicatoria contra un poseedor que tiene su bien sin su aquiescencia y, por otra parte, la *posesión contractual o negocial*, que sería aquella que se analiza en el contexto de las restituciones que son consecuencia de la declaración de nulidad de un contrato.

En fin, en las dos sentencias –SC3966 de 2019 y SC5513 de 2021– se menciona la definición del artículo 768 c. c., según el cual la “buena fe es la conciencia de haberse adquirido el dominio de la cosa por medios legítimos exentos de fraudes y de todo otro vicio”, sin precisarse la diferencia en la aplicación de dicho concepto en los procesos de nulidad. Por su parte, el magistrado que aclara su voto en la sentencia de 2019, a pesar de que distingue los términos de posesión de hecho y posesión contractual o negocial, no refiere a si dicha distinción tiene un corolario sobre el plano de la definición de la buena fe y mala fe en los litigios de nulidad contractual.

Esta divergencia que trasluce, por un lado, la posición mayoritaria de la Corte y, por otro, la aclaración de voto del magistrado Tolosa, patentiza la necesidad de una precisión conceptual en la materia.

B. La necesidad de una precisión terminológica

Desde un punto de vista conceptual, es poco afortunado que, en los escenarios de nulidad contractual, la Corte Suprema de Justicia se refiera de manera ambigua a la posesión del excontratante –el vínculo compromisorio fue deshecho– utilizando el término de buena fe o mala fe *posesoria*, poniendo este último término entre comillas o en cursivas, o afirmando que se utiliza pero debiendo efectuarse “la correspondiente adaptación”, sin esclarecer la razón para ello o en qué consiste dicha adaptación.

Esa nebulosidad parece provenir de aquello que mencionamos en la introducción: el artículo 1746 c. c. realiza un reenvío a las reglas reivindicatorias, mencionando la posesión de buena fe o mala fe de las partes; no obstante, no es claro si con ello asimila la situación del excontratante luego de la declaración de nulidad a aquella en materia reivindicatoria o si, por el contrario, el reenvío a las reglas reivindicatorias constituye una técnica para evitar repeticiones innecesarias, sin que en realidad se estén equiparando las dos situaciones, y el operador judicial deba entonces relevar diferencias importantes entre uno y otro contexto.

En realidad, a pesar del reenvío a las reglas reivindicatorias y de la existencia de aspectos comunes, en los dos escenarios las cuestiones jurídicas que se debaten son diferentes para determinar la buena fe o la mala fe del deudor de la obligación restitutoria. Por ello, no es conveniente referirse a la buena fe *posesoria* en el marco de los contenciosos de nulidad, aun utilizando esta última expresión entre comillas, como lo hace la Corte en las sentencias SC3966 de 2019 y SC5513 de 2021.

Es más apropiado, desde un punto de vista terminológico, distinguir claramente entre, por un lado, la posesión cuando el propietario de un bien ejerce la acción reivindicatoria contra quien posee el bien sin su aquiescencia y, por otro lado, la situación del contratante que tiene en su poder un bien en virtud de un contrato que fue posteriormente declarado nulo, que el magistrado Tolosa denomina posesión *contractual o negocial*. Las diferencias son importantes.

En el escenario reivindicatorio la buena fe se refiere a un elemento cognoscitivo consistente en saber si el poseedor tenía la creencia o convicción –equivocada– de ser el propietario del bien. Como lo afirman Alessandri, Somarriva y Vodanovich, “la creencia que importa la buena fe debe ser *firme*; el que duda de la legitimidad de la adquisición, posee de mala fe”⁹. No puede ser calificado de buena fe el poseedor que adquirió el bien conociendo o no pudiendo ignorar (error inexcusable) que no existe el título¹⁰, que no tenía la naturaleza para transferir la propiedad –del que surgiera un *dare rem*–¹¹ o que provenía de quien no tenía la legitimidad sustancial para enajenarlo. En suma, el poseedor de buena fe tiene la plena convicción de la legitimidad jurídica de su calidad de propietario, esto es, que no puede ser puesta en tela de juicio porque es conforme al ordenamiento jurídico.

En cambio, en el contexto de las restituciones que derivan de la declaración de nulidad de un contrato no se discute esto. Al contrario, en esos procesos se parte de la base de que ambas partes celebraron un contrato, una o ambas prestaciones fueron ejecutadas y quien recibió el bien debe ahora restituirlo como consecuencia de la aniquilación del contrato. El vicio no se refiere a la carencia de título, a si el tradente tenía la aptitud para transferir la propiedad o a si el contratante era titular del derecho o tenía la facultad para enajenar el bien. No puede entonces examinarse la buena fe en los mismos términos en que lo dispone el artículo 768 c. c. en materia posesoria.

Ello no quiere decir que no existan elementos comunes y que el artículo 768 c. c. pueda guiar el significado de la buena fe en el caso de las restituciones que resultan de la declaración de nulidad de un contrato.

En ambos casos se trata de un juicio de valor sobre un elemento subjetivo, esto es, el conocimiento que tuvo o pudo haber tenido una persona atañedora a la formación

9 ALESSANDRI, A., SOMARRIVA, M. y VODANOVICH, A., *Tratado de los derechos reales, Bienes*, tomo 1, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2009, 383.

10 Véase VELÁSQUEZ, L., *Bienes*, 14.^a ed., Bogotá, Ibáñez, 2019, 171: “La buena fe implica la existencia a de un título o, cuando menos, la creencia en la existencia de un título [...]. Si el poseedor carece de título no tiene una creencia sincera y honrada de estar obrando conforme a la ley, y, por tanto, estará de mala fe”. Y el autor agrega que “Solo en casos muy excepcionales, como lo ha admitido la Corte Suprema, la ausencia de un título no afecta para nada la buena fe, como cuando entre dos predios en litigio existe ‘un lindero incierto y dudoso’ y el demandado, por un error excusable y de honestidad, considera incluida en su titulación dicha posesión”.

11 Así, la opinión de TERNERA, F., *Bienes*, 3.^a ed., Bogotá, Universidad del Rosario, 2014, 333: “Por tanto, estimamos que necesariamente debe existir un título traslativo, porque nadie puede creerse o saberse propietario, son en la medida de haber recibido un bien en virtud de una causa adecuada para transferirlo”.

de una situación jurídica, y se aprecia dicho conocimiento respecto de la causa que permitió al sujeto entrar en la relación material con un bien. En ambos casos dicho conocimiento permite afirmar a su vez la consciencia del riesgo de restitución en el caso en el que se ejerciera la acción reivindicatoria o se declarara la nulidad del contrato. En el caso del escenario reivindicatorio, la discusión gira en torno a la creencia del poseedor respecto del título que le permitió adquirir la posesión del bien. En el caso de la nulidad, si por definición ella es un vicio de formación del contrato, se examina el conocimiento del sujeto en cuanto al vicio que provocó la nulidad del contrato en virtud del cual el sujeto recibió el bien. No obstante, existen diferencias importantes.

Si bien en ambos escenarios la buena fe o la mala fe hace referencia a elementos cognoscitivos, no pueden asimilarse, pues el examen del conocimiento del deudor de la obligación restitutoria tiene objetos diferentes. En los juicios de nulidad el examen del conocimiento del contratante se circunscribe al conocimiento del vicio de nulidad, es decir, comprende las causas que pueden dar lugar a la declaración de nulidad—absoluta o relativa— del contrato. Concretamente, se examina si el contratante conocía o no podía ignorar que el contrato adolecía del vicio que dio lugar a la aniquilación del contrato y, como consecuencia de ello, si conocía el riesgo de tener que restituir el bien en el caso en el que la otra parte incoara una acción de declaración de nulidad o, tratándose de la nulidad absoluta, si el juez en un proceso la declaraba de oficio¹².

En ese escenario no se discute el conocimiento de la falta de título, a si este era apto para transferir la propiedad o a si el contratante tenía la facultad para enajenar el bien. Baste recordar que en nuestro ordenamiento la venta de cosa ajena es válida (art. 871 c. c., 907 c. com.). Por eso, quien compra una cosa a sabiendas de que el vendedor no es el propietario será considerado un poseedor de mala fe para efectos de la acción reivindicatoria que ejerza el verdadero propietario, al tiempo que su título—el contrato de compraventa— es válido, es decir, sin vicios en su formación. A la inversa, en otro caso, si una persona celebra un contrato con otro—que no es el verdadero propietario— con la firme convicción de que adquirió la propiedad y, posteriormente, ese contrato es declarado nulo, si el verdadero propietario reclama en ese momento la propiedad del bien, aquel debe ser considerada como un poseedor de buena fe, sin importar que su título haya sido declarado nulo. Otra cosa es que para fines de la prescripción adquisitiva no puede ser considerado poseedor regular por carecer de justo título.

Por lo demás, en los casos en los que el propietario ejerce la acción reivindicatoria contra un poseedor que entró posesión del bien en virtud de un contrato celebrado con un tercero y conocía que el contrato adolecía de un vicio de nulidad, se plantea

12 La Corte Suprema de Justicia en jurisprudencia consolidada ha señalado que el juez puede declarar de oficio la nulidad absoluta de un contrato cuando aparece de manifiesto en el contrato, el contrato ha sido invocado en el juicio como fuente de derechos y obligaciones para las partes y, por último, en el proceso han concurrido en calidad de partes las personas que intervinieron en la celebración del contrato o sus causahabientes. Véase, recientemente, Corte Suprema de Justicia, SC5185-2020, reiterando una sentencia del 10 de octubre de 2005, rad. 4541.

la pregunta de si el conocimiento de ese vicio puede dar lugar a que sea calificado como poseedor de mala fe en el juicio reivindicatorio. En realidad, la pregunta no es pertinente, puesto que en un juicio reivindicatorio no es objeto de discusión la nulidad del contrato en razón del cual el poseedor entró a poseer el bien. Al propietario le basta demostrar la titularidad del derecho y que no consintió en la posesión del demandado^{13/14}.

Nótese que en sentencias anteriores la Corte Suprema de Justicia ha tenido claros los conceptos de *buena fe* y *mala fe* en procesos de nulidad. En una sentencia del 9 de agosto de 2018, la el alto tribunal señala que la prueba de la mala fe de la subadquirente debe buscarse “en los signos externos que indican que la demandada debía estar enterada de que el negocio que realizó era fraudulento o adolecía de algún otro vicio”¹⁵. Y si echamos una mirada a la doctrina, los profesores Valencia Zea y Ortiz Monsalve afirman que el excontratante será considerado de buena fe “si no tuvo conocimiento de la irregularidad que hacía anulable el contrato; en el caso contrario, será considerado poseedor de mala fe”^{16/17}.

Además, el término de buena fe o mala fe *posesoria* también debe ser rechazado con fundamento en que su utilización trasluce aquella perspectiva radical, según la cual, como consecuencia de la declaración de nulidad, debe negarse rotundamente que un día existió el contrato. Dejando atrás esa visión, que más que una ficción corresponde a una técnica jurídica utilizada por el legislador para orientar al operador judicial, ya no se trata hoy de negar el pasado ni de asimilar esa situación a aquella

-
- 13 No procede la acción reivindicatoria cuando entre el reivindicador y el poseedor ha mediado un contrato en virtud del cual aquel ha entregado a este la posesión del bien. Véase Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, 30 de julio de 2010, M. P.: William Namén Vargas, exp. n.º 11001-3103-014-2005-00154-01.
- 14 Concretamente, no debe demostrar el conocimiento del poseedor de la causa de nulidad que afectaba el contrato celebrado con el tercero que le permitió adquirir la posesión del bien. Solamente le interesa poner en entredicho la presunción que cobija al poseedor de la creencia en la legitimidad de su situación jurídica de propietario, independientemente de si ella a su vez refleja el conocimiento del poseedor de la nulidad que afectaba el contrato en virtud del cual entró en posesión del bien. Si hipotéticamente sucediese que la prueba que enerva la persuasión del poseedor de haber adquirido la propiedad del bien legítimamente refleja el conocimiento del vicio de la nulidad del contrato, esto último en todo caso no tiene relevancia en el juicio reivindicatorio, ya que no es una prueba necesaria para que prospere la acción reivindicatoria.
- 15 Corte Suprema de Justicia, SC3201-2018, 9 de agosto de 2018: “No está de más advertir que el tercero poseedor de buena fe tiene en todo caso acción sustancial contra la parte contratante que conocía o tenía el deber jurídico de conocer la existencia de la causal de nulidad o invalidez, y a pesar de ello no dio aviso a su contraparte, celebrando el negocio que adolecía de vicios ocultos u otros fraudes”.
- 16 Véase, por ejemplo, VALENCIA ZEA, A. y ORTIZ MONSALVE, A., *Derecho civil, Parte general y personas*, tomo I, 18.ª ed., Bogotá, Temis, 2016, 691.
- 17 Si se llegase a probar la mala fe, ello además podría dar lugar a la declaración de responsabilidad precontractual. Véase HINESTROSA, F., *Tratado de las obligaciones II. De las fuentes de las obligaciones: el negocio jurídico*, vol. I, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2015, n.º 359, p. 724, quien se refiere a la responsabilidad por falta de información debida, dentro de la cual se incluye la relativa a una causal de nulidad.

del escenario reivindicatorio, sino de admitir que el excontratante tiene el bien en su poder como consecuencia de la ejecución de un contrato que fue posteriormente declarado nulo.

En fin, como hemos anotado antes, el magistrado Tolosa propone que se utilice el término *posesión contractual o negocial* para describir la situación jurídica que tiene su fuente en un contrato o negocio que fue aniquilado –como sucedió en las dos sentencias que hemos mencionado–, distinguiéndola así de la *posesión de hecho* que se referiría a la situación del poseedor contra quien el propietario que ejerce la acción reivindicatoria.

No obstante, la utilización inicial del término *posesión* –así se le califique de contractual o negocial–, por lo menos en el escenario de la sentencia comentada, es impreciso. Bajo nuestra concepción, la posesión implica el *animus domini*. El contratante inmerso en un proceso judicial de nulidad de una promesa de compraventa, antes y después de la sentencia, no necesariamente tiene ese *animus* de propietario.

Antes de la declaración de nulidad, como regla de principio la entrega que realiza el promitente vendedor al promitente comprador en virtud de una promesa de compraventa es a título de mera tenencia. Por lo tanto, el promitente comprador no tiene la calidad de poseedor, salvo que se hubiese pactado expresamente que la entrega tenía la virtud de transmitirle la posesión o que se identifique una interversión¹⁸ de su título de mero tenedor a poseedor¹⁹.

Además, una vez se declara la nulidad, esta no tiene como efecto automático mudar la mera tenencia del excontratante en posesión. Podría esgrimirse que la relación material del excontratante con el bien, no pudiendo fundarse en un contrato –el que existía fue aniquilado–, debe calificarse jurídicamente a través del concepto de posesión. No obstante, la posesión es un concepto autónomo que, además del *corpus*, requiere la existencia de la convicción de ser propietario (*animus domini*), la cual no puede derivarse del solo hecho del pronunciamiento de la nulidad del contrato. Por eso no podríamos referirnos de *posesión* del promitente comprador, así se la califique como *contractual o negocial*.

En la sentencia que comentamos parece más preciso utilizar el término de tenencia. Lo anterior porque, salvo que se demuestre lo contrario, el excontratante –quien fue promitente comprador– ha venido reconociendo dominio ajeno, razón por la que no podría ser calificado como poseedor²⁰. En cambio, en los contratos que

18 En una aclaración de voto a la sentencia SC3381-2021, el magistrado Luis Alonso Rico sostiene que no es preciso referirse a la interversión de la mera tenencia en posesión, pues son dos fenómenos independientes, que no tienen ninguna comunicación ni interdependencia, de manera que el primero no puede mutar, cambiar o transformarse en el segundo, sino que lo que ocurre es que el mero tenedor deja de ser tal y entra a poseer el bien.

19 Véase Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, 30 de julio de 2010, M. P.: William Namén Vargas, exp. 11001-3103-014-2005-00154-01.

20 Comp. HINESTROSA, F., *Tratado de las obligaciones II. De las fuentes de las obligaciones: el negocio jurídico*, vol. I, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2015, n.º 487, p. 881: “Lo cual plantea

dan nacimiento a una obligación de dar –transferir el dominio–, ante la incertidumbre de si el excontratante tiene aún *animus domini*, podría utilizarse quizá el término de *posesión contractual o negocial*, pues no puede afirmarse que la sentencia de nulidad aniquiló automáticamente el *animus domini* que, reiteramos, es un elemento de naturaleza subjetiva.

Como se percibe, toda la dificultad reside en determinar cuál es el término jurídico con el cual se debe calificar la relación material del excontratante con el bien que recibió en virtud de la ejecución del contrato que fue declarado nulo y que ahora debe restituir. En la práctica puede haber una dificultad importante, porque en esos casos no existe una relación contractual, no puede equipararse a la situación del poseedor que entra en posesión del bien sin el consentimiento del propietario, ni en todos los casos puede afirmarse con total certidud si el excontratante tiene o no *animus domini*.

II. El alcance de la obligación de restituir los frutos a cargo del contratante de buena fe

La Corte Suprema de Justicia ha sido vacilante en cuanto al punto temporal a partir del cual el contratante de buena fe debe restituir los frutos en los procesos de nulidad contractual. En la sentencia SC5513-2021 –que comentamos– se tiene en cuenta el momento de la notificación del auto admisorio de la demanda al haber calificado al contratante –deudor de la obligación restitutoria– como de buena fe. No obstante, en otras sentencias, en esa misma hipótesis del contratante de buena fe, la Corte tiene en cuenta todos los frutos percibidos desde que recibió el bien.

La jurisprudencia ha esbozado así dos tesis diferentes en estos escenarios de nulidad contractual (A). Estos vaivenes afectan la seguridad jurídica, ya que la aplicación de una u otra tesis genera importantes consecuencias en el monto de las condenas a título de la restitución de los frutos. De ahí que sea necesario que la Corte acoja en forma definitiva una de esas tesis en este punto (B).

A. Las dos tesis que ha sostenido la jurisprudencia

En cuanto al punto temporal a partir del cual el contratante de buena fe debe los frutos, la Corte Suprema de Justicia ha interpretado el artículo 1746 c. c. de dos maneras diferentes.

(1) Tradicionalmente la Corte otorgaba prevalencia al inciso 2.º del artículo 1746 c. c., que establece que debe tomarse en consideración la buena fe o la mala fe de las partes según las reglas generales, que son aquellas en materia reivindicatoria.

la necesidad de examinar la situación concreta y aceptar que quien recibe como promitente comprador puede ser considerado poseedor, en razón de su comportamiento [...]. O sea que no es del caso adoptar una posición maniquea al respecto y, por el contrario, según las circunstancias habrá de considerarse al promisorio tenedor o poseedor”.

Dicho reenvío tenía como consecuencia la aplicación plena del artículo 964 c. c., según el cual el poseedor de buena fe solamente es obligado a restituir los frutos percibidos desde la notificación del auto admisorio de la demanda²¹, al paso que el de mala fe es obligado a restituir los percibidos y, en todo caso, los que hubiese podido percibir con mediana inteligencia y actividad²².

Si el contratante obligado a la restitución de los frutos es considerado de buena fe, no hay retorno al estado precedente a la celebración del contrato –más precisamente, a la ejecución de las prestaciones–, ya que el cocontratante –acreedor de la obligación restitutoria– es privado de los frutos que produjo el bien durante el tiempo anterior a la notificación del auto admisorio de la demanda. Dicho de otro modo, él no va a ser situado en el mismo estado en que se hallaría si no hubiese existido el contrato, pues durante ese tiempo lo hubiese podido explotar económicamente para obtener los frutos correspondientes.

(2) No obstante, en otras sentencias, analizando los dos incisos del artículo 1746 c. c., la Corte Suprema ha identificado la contradicción que existe entre, por un lado, su inciso 1.º, que establece la regla de restitución al estado en que se encontrarían las partes si no hubiesen celebrado el contrato nulo y, por otro lado, el inciso 2.º que, al reenviar a las reglas reivindicatorias, permite al contratante considerado como de buena fe conservar los frutos percibidos. En una sentencia del 15 de junio de 1995, la Corte Suprema de Justicia señaló que si se tomara en cuenta la regla que permite al poseedor de buena fe la conservación de los frutos antes de la contestación de la demanda (inciso 3.º, art. 964 c. c.) “se desconocería el efecto general y propio de toda declaración de nulidad, imposibilitando, en materia de restitución de frutos, el regreso de las cosas al estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo”²³.

La Corte otorga entonces prevalencia al primer inciso de dicha disposición, lo cual tiene como consecuencia que la condena a la restitución de los frutos deba realizarse desde el momento en que el contratante recibió el bien. La regla de restitución

-
- 21 Los artículos 964 y 966 del Código Civil se refieren a la contestación de la demanda. Pese a ello, de manera lógica la Corte Suprema ha indicado dichas normas que “hablan de contestación de la demanda, no se refieren al hecho material de la respuesta del demandado al libelo con que se inicia el juicio, sino al fenómeno de la *litis contestatio*, o sea a la formación del vínculo jurídico-procesal que nace con la notificación de la demanda” (Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, 3 de junio de 1954, M. P.: Manuel Barrera Parra, *G. J.* LXXVII, p. 772).
- 22 En el caso del poseedor de mala fe, generalmente se le condena a la restitución de los frutos desde que le fue entregado el bien. No obstante, esta regla no puede considerarse absoluta, pues en realidad el hito que marca el momento desde el que se deben los frutos es aquel a partir del cual se ha probado su mala fe, esto es, en este escenario, si tenía conocimiento –o no podía ignorar– del vicio de nulidad que afectaba el contrato al tiempo en que obtuvo tales frutos. Esto es así porque el artículo 969 c. c., aunque sea poco mencionado en las sentencias, establece que la “buena o mala fe del poseedor se refiere, relativamente a los frutos, al tiempo de la percepción”.
- 23 Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, 15 de junio de 1995, M. P.: Rafael Romero Sierra, exp. n.º 4398. En el mismo sentido, 13 de agosto de 2003, M. P.: José F. Ramírez Gómez, exp. n.º C-7010.

al *statu quo ante* es considerada como una regla objetiva, que prescinde de la mala fe o buena fe del deudor de la obligación restitutoria. Como corolario, reiteramos, dicho contratante deberá restituir los frutos percibidos desde que recibió el bien, pues es este el momento a partir del tuvo la posibilidad de explotarlo económicamente.

Además de lo anterior, la Corte Suprema de Justicia señala que el factor subjetivo –la buena fe o la mala fe– debe considerarse para otros efectos: si el contratante es de buena fe, debe restituir únicamente los frutos percibidos; si el contratante es de mala fe, se aplica el rasero más estricto que permite exigir el pago de los frutos que hubiese podido percibir con mediana inteligencia y actividad. En sus propias palabras, la buena fe o la mala fe “cobra importancia para la determinación del tipo de frutos (percibidos u obtenibles) que deben restituirse y no para la fecha a partir de la cual se deben que, se itera, en el caso de la nulidad declarada, es desde la fecha del contrato nulo y, en su defecto, desde la entrega o cumplimiento de la obligación dimanante de ese contrato, a la sazón cumplida total o parcialmente”²⁴.

La Corte crea una regla novedosa fundada en una interpretación del primer inciso del artículo 1746 c. c. y del reenvío que realiza el segundo inciso a las reglas reivindicatorias –en las que el artículo 964 c. c. se refiere a los frutos–. Si se analiza bien el artículo 964 c. c., ella se limita a indicar que la buena fe tiene como efecto permitir la adquisición de los frutos percibidos antes de la notificación del auto admisorio de la demanda por quien no puede ser considerado propietario del bien –en el escenario de la nulidad, en razón del efecto retroactivo de la nulidad–. Luego de ese hito temporal, al contratante se le aplica el régimen del poseedor de mala fe (art. 964, inc. 3.º c. c.), es decir, debe restituir los percibidos y en todo caso los que hubiese podido percibir con mediana diligencia.

Expresado más claramente: además del efecto antes mencionado, el artículo 964 c. c. no otorga ningún otro efecto a la buena fe antes de la notificación del auto admisorio de la demanda. En cambio, la Corte Suprema de Justicia en su interpretación le asigna un efecto adicional: el contratante de buena fe antes de notificación del auto admisorio de la demanda debe únicamente los frutos *percibidos* –no los *obtenibles*–. Dicha regla no se encuentra en el artículo 964 c. c.

Esta regla novedosa es consecuencia de la encrucijada que quizá encontró la Corte como consecuencia de haber afirmado que los frutos debían ser restituidos desde que el contratante de buena fe recibió el bien. Para no equiparar completamente el régimen del contratante de buena fe y de mala fe –que sería un corolario de la interpretación antes mencionada–, la Corte interpretó que el contratante de buena fe debía únicamente los frutos efectivamente *percibidos*, a diferencia del contratante de mala fe, quien debe restituir no solo los frutos percibidos, sino también aquellos que hubiese podido percibir con mediana diligencia (*obtenibles*).

24 Corte Suprema de Justicia, SC5060-2016.

B. La necesidad de una solución previsible

La jurisprudencia oscilante de la Corte Suprema de Justicia parece provenir de las dos visiones alternativas presentadas en la introducción de este artículo.

La primera interpretación conlleva la aplicación plena de las reglas reivindicatorias en materia de frutos. No habría diferencia en este punto entre lo que sucede en un juicio reivindicatorio respecto del poseedor de buena fe que ha sido vencido y lo que sucede en el escenario de nulidad contractual para el contratante –deudor de la obligación restitutoria– que es considerado de buena fe. Esta tesis es sostenida por los profesores Ospina Fernández y Ospina Acosta, quienes, al tratar el tema de los efectos de la declaración de nulidad respecto de las partes del contrato anulado, indican que el “poseedor de buena fe no es obligado a la restitución de los frutos percibidos antes de la contestación de la demanda”²⁵. En la jurisprudencia, esta es la tesis aplicada en la sentencia SC5513-2021 que comentamos, pero ha sido también sostenida en otras sentencias de tiempo atrás²⁶.

La otra interpretación, en cambio, es novedosa, creación pretoriana, quizá de inspiración doctrinal²⁷, que se desliga de las reglas reivindicatorias al hacer prevalecer el primer inciso que ordena poner a las partes en la situación en la que se encontrarían si no hubiesen celebrado el contrato, lo cual –reiteramos– conlleva la restitución de los frutos percibidos desde que el contratante recibió el bien, independientemente de su buena fe o mala fe. Esta tesis ha sido sostenida en sentencias que datan de varias décadas, pero también en otras más recientes²⁸.

-
- 25 OSPINA FERNÁNDEZ, G. y OSPINA ACOSTA, E., *Teoría general del contrato y del negocio jurídico*, 7.^a ed., 6.^a reimp., Bogotá, Temis, 2019, 462. Igualmente, véase, en la doctrina chilena, ALESSANDRI, A., *La nulidad y la rescisión en el Derecho Civil chileno*, Santiago de Chile, Imprenta Universitaria, 1949, 1091.
- 26 Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, 5 de julio de 1983, M. P.: Humberto Murcia Ballén, *G. J.* CLXXII, 124 y s. (nulidad absoluta de promesa de permuta); 16 de diciembre de 2003, M. P.: Manuel Isidro Ardila, exp. 7714-01 (nulidad de contratos de adquisición de títulos de capitalización); SC10326-2014, M. P.: Arturo Solarte Rodríguez (declaración oficiosa de nulidad absoluta de un contrato de promesa de compraventa).
- 27 En el tema de los efectos de la declaración de nulidad de un negocio jurídico, los profesores Valencia Zea y Ortiz Monsalve ponen el ejemplo de un contrato de compraventa, para luego afirmar en cuanto a los frutos que “A debe pagar a B los intereses del capital durante el tiempo que lo usufructuó, y B pagar el valor de los frutos que produjo la casa”, sin mencionar la necesidad de tener en cuenta la buena fe o la mala fe de las partes. En cambio, tratándose de las mejoras sí ponen de presente la necesidad de discriminar entre si la posesión fue de mala fe o de buena fe (VALENCIA ZEA, A. y ORTIZ MONSALVE, A., *Derecho civil, Parte general y personas*, tomo 1, 18.^a ed., Bogotá, Temis, 2016, 691). Parecería esta ser la interpretación adoptada por la Corte Suprema de Justicia en las sentencias que hemos mencionado.
- 28 Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, 15 de junio de 1995, M. P.: Rafael Romero Sierra, exp. n.º 4398 (inexistencia de un contrato de promesa de compraventa). En el mismo sentido, 13 de agosto de 2003, M. P.: José Fernando Ramírez Gómez, exp. n.º C-7010 (nulidad absoluta de contrato de promesa de cesión de derechos hereditarios); SC5060-2016, M. P.: Jesús Vall de Rutén Ruiz (nulidad absoluta de un contrato de promesa de permuta).

Esta última tesis de envuelve, sin embargo, dificultades de índole probatorio. En la interpretación tradicional del artículo 1746 c. c., el poseedor de buena fe queda exonerado del pago de los frutos percibidos antes de la notificación del auto admisorio de la demanda de la demanda; luego de ese hito temporal, el contratante queda sometido al régimen del poseedor de mala fe: debe no solo los frutos que efectivamente percibió, sino también los que hubiese podido percibir con mediana inteligencia y actividad –frutos obtenibles–. Si no hay prueba de que percibió frutos, el legislador facilita la actividad del acreedor, quien puede reclamar aquellos frutos que hubiese podido percibir cualquier persona con mediana diligencia. En general, no habrá dificultad, pues bastará aportar un dictamen pericial que señale los frutos que podrían haberse obtenido a través de una explotación corriente del bien.

En cambio, bajo la segunda tesis, de su propia creación, la Corte señala que el poseedor de buena fe debe los frutos efectivamente percibidos. No obstante, es posible que el contratante nunca haya explotado el bien o que sea hartamente difícil aportar la prueba de que se obtuvieron frutos o el monto de los obtenidos, situaciones alrededor de las cuales se plantean varios interrogantes: ¿no habría lugar a ninguna condena?, ¿debería aplicarse el criterio de los frutos obtenibles con mediana inteligencia y actividad? Pareciera que esta última opción debiera descartarse, pues implicaría asimilar plenamente el régimen del contratante de buena fe al de mala fe. Así pues, en estos casos se identifica una dificultad mayúscula, ya que no existe un criterio sucedáneo de fácil aplicación, como sí existe tratándose del poseedor de mala fe –quien deben en toda hipótesis al menos los frutos que hubiesen podido percibirse con mediana diligencia (art. 964, inc. 1.º c. c.).

Conclusión

Las restituciones consecutivas a la ineficacia del contrato y, en particular, a su nulidad, siguen siendo un tema intrincado en algunos puntos, como los dos identificados en la sentencia SC5513 de 2021. Especialmente, la remisión que realiza el inciso 2.º del artículo 1746 c. c. a las reglas reivindicatorias suscita dudas sustanciales. Sin entrar de lleno en la interpretación de dicho artículo, los dos puntos acá tratados relativos podrían ser precisados por la Corte Suprema de Justicia en sentencias venideras.

Por un lado, a pesar del reenvío normativo del inciso 2.º del artículo 1746 c. c. –el cual emplea los términos “posesión de buena fe o mala fe de las partes”–, debería distinguirse más claramente, desde punto de vista terminológico, la posesión del poseedor que es sujeto pasivo de una acción reivindicatoria de aquella relación material del excontratante respecto del bien que debe restituir como consecuencia de la declaración de nulidad de su contrato. Incluso, el término *posesión* –así se la califique de contractual o negocial– es equívoco en los casos como el que estudia la sentencia, puesto que –salvo cláusula expresa en contrario– la entrega en virtud de una promesa de compraventa no envuelve la transmisión de la posesión al promitente comprador, sino la mera tenencia, y el pronunciamiento de la nulidad no puede bastar para afirmar la mutación instantánea de esa mera tenencia en posesión.

Por otro lado, en punto de la restitución de frutos, la Corte Suprema de Justicia ha oscilado entre dos tesis en cuanto al momento desde el cual se cuentan los frutos que deben ser restituidos por el contratante considerado de buena fe. Los frutos tienen una significación económica marcada en los escenarios restitutorios consecutivos a la declaración de la nulidad de un contrato y la aplicación de una u otra tesis tiene entonces implicaciones en el monto de la condena para el deudor de dicha obligación restitutoria. Por eso, dicha dubitación jurisprudencial debería ser resuelta para que impere una tesis de manera definitiva.

Si en sus sentencias venideras la Corte Suprema de Justicia decidiera arrojar luces esclarecedoras sobre estos dos puntos, podría restar opacidad el tema de las restituciones que siguen a la ineficacia contractual.

Referencias

ALESSANDRI, A., SOMARRIVA, M. y VODANOVICH, A., *Tratado de los derechos reales. Bienes*, t. I., Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2009.

HINESTROSA, F., *Tratado de las obligaciones II. De las fuentes de las obligaciones: el negocio jurídico*, vol. I, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2015.

HINESTROSA, F., “Las restituciones consecuenciales a la eliminación del contrato”, en C. PIZARRO y F. MANTILLA (coords.), *Estudios de derecho privado en homenaje al profesor Christian Larroumet*, Bogotá, Universidad del Rosario, 2008.

OSPINA FERNÁNDEZ, G. y OSPINA ACOSTA, E., *Teoría general del contrato y del negocio jurídico*, 7.^a ed., 6.^a reimpr., Bogotá, Temis, 2019.

TERNERA, F., *Bienes*, 3.^a ed., Bogotá, Universidad del Rosario, 2014.

VALENCIA ZEA, A. y ORTIZ MONSALVE, A., *Derecho civil. Parte general y personas*, tomo I, 18.^a ed., Bogotá, Temis, 2016.

VELÁSQUEZ, L., *Bienes*, 14.^a ed., Bogotá, Ibáñez, 2019.