

REFLEXIONES SOBRE LAS CLAUSULAS NO ESCRITAS EN EL CODIGO DE COMERCIO

Manzur Michel Numa

Presentación de las cláusulas que se tienen por no escritas en el Código de Comercio.

Art. 141 c.co. Retribución de los promotores. Las remuneraciones o ventajas particulares en favor de los promotores...no podrá exceder de quince por ciento y por un lapso no mayor de 5 años. Cualquier estipulación en contrario se considerará como no escrita

Art. 150 c.co. Las cláusulas que priven de toda participación en las utilidades a algunos de los socios se tendrán por no escritas, a pesar de su aceptación por parte de los socios.

Art. 198 c.co. revocación ad nutum. Se tendrán por no escritas las cláusulas del contrato que tiendan a establecer la inamovilidad de los administradores elegidos por la asamblea general, junta de socios o por junta directiva, o que exijan para la remoción mayorías especiales distintas de las comunes.

Art. 200 c.co. Responsabilidad de los administradores Se tendrán por no escritas las cláusulas del contrato que tiendan a absolver a los administradores de sus responsabilidades legales, o a limitarlas al importe de las cauciones que hayan prestado para ejercer sus cargos.

Art. 294 c.co. Cláusulas limitativas de responsabilidad. Responsabilidad de los socios en la sociedad en responsabilidad colectiva. Cualquier estipulación en contrario se tendrá por no escrita.

Art. 318 c.co. Cláusulas limitativas de responsabilidad. Las estipulaciones tendientes a exonerar a los socios colectivos de dichas obligaciones y de las responsabilidades consiguientes se tendrán por no escritas.

Art. 362 c.co. Los socios tendrán derecho a ceder sus cuotas. Cualquier estipulación que impida este derecho, se tendrá por no escrita.

Art. 407 c.co. Derecho de preferencia en la negociación de acciones. Mientras la sociedad tenga inscrita sus acciones en bolsa de valores, se tendrá por no escrita la cláusula que consagre cualquier restricción a la libre negociabilidad de las acciones.

Art. 501 c.co. Responsabilidad solidaria e ilimitada de los socios de hecho por las operaciones celebradas. Las estipulaciones tendientes a limitar esta responsabilidad se tendrán por no escritas

Art. 655 c.co. Invalidez de los endosos condicionales o parciales. El endoso debe ser puro y simple. Toda condición se tendrá por no puesta. El endoso parcial se tendrá por no escrito.

Art. 678 c.co. Responsabilidad del girador de la letra de cambio. El girador será responsable de la aceptación y del pago de la letra. Toda cláusula que lo exima de esta responsabilidad, se tendrá por no escrita.

Art. 717 c.co. Presentación y pago del cheque. El cheque será siempre pagadero a la vista. Cualquier anotación en contrario se tendrá por no puesta. El cheque posdatado será pagadero a su presentación.

Art. 962 c.co. Venta bajo reserva de dominio. Mora en el pago de los instalamentos. Toda estipulación en contrario se tendrá por no escrita.

Art. 1328 c.co. Cláusula de territorialidad. Sometimiento a la ley colombiana de los contratos de agencia comercial que se ejecuten en Colombia. Toda estipulación en contrario se tendrá por no escrita.

Art. 1617 c.co. Duda sobre declaración del remitente. Ni el transportador ni su agente marítimo ni el capital tendrán obligación de insertar o mencionar en el documento respectivo las declaraciones del remitente relativas a marcas, número... las cláusulas o constancias que contraríen lo dispuesto en este artículo se tendrán por no escritas.

Cláusulas o estipulaciones que se tendrán por no escritas establece nuestro Código de Comercio. Pero que régimen aplicarles a las situaciones que son tenidas por no escritas. Ubicarlas dentro del terreno de la irrelevancia, de excluirlas del mundo jurídico, de la ineficacia *lato sensu* o *strictu sensu*, de la inexistencia, de la inoponibilidad, de la invalidez esta última en sus formas de nulidad, anulabilidad, nulidad parcial, nulidad virtual. O ubicarla como sanción legal autónoma “como consecuencia del incumplimiento de sus mandatos o de la transgresión de sus prohibiciones”.¹ ¿Pertenece a las cláusulas que se tendrán por no escritas a algunas de estas categorías jurídicas o serán una categoría autónoma?. ¿Categorías jurídicas éstas con régimen propio, prestado, o extendido?. Calificación jurídica, trabajo diario del abogado. Misión de encontrar soluciones jurídica racionales. Utilización de la analogía *iuris* o *legis*, de la sistemática, del razonamiento coherente, de la remisión a los principios generales del derecho en especial aquel de no transgredir las realidades, o recurrir a los instrumentos técnicos que ofrece el derecho para explicar situaciones fácticas o jurídicas o para llenar las lagunas jurídicas.

Nuestro legislador comercial en virtud de disposiciones legales atrás descritas le atribuye sanción a ciertas estipulaciones. Pero no le asigna el régimen aplicable a la sanción, sólo se establece que se ‘tendrán por no escritas’.

El problema de la sanción a la inobservancia de las reglas de derecho siempre ha ocupado un lugar importante dentro de los estudios jurídicos. Abundantes han sido en doctrina las discusiones sobre la ineficacia negocial. Muchas han sido las explicaciones dadas a todas las formas de carencia o supresión de efectos del acto, contrato o negocio jurídico. Algunos han tratado de “explicarlas” haciendo uso de abstracciones lógicas, y conceptualismos. Otros las justifican de manera pragmática. Sobre el terreno. Aterrizadas en cada caso en particular, de acuerdo con valores empíricos. Se trata entonces de un lado de una visión eminentemente teórica con implicaciones prácticas; de otro lado de una manifestación del pensamiento tópico que “no opera por deducciones, sino que procede analíticamente para despejar el sentido de las situaciones concretas”²

Planteamiento del problema.

¹ Art. 6 c.c.

² Eduardo García de Enterría, Reflexiones sobre la ley y los principios generales del derecho. Citado por De la Calle Humberto, la inoperatividad del negocio jurídico. Colección Monografías jurídicas. Ed. Temis. 1990 No. 69.

¿Será la expresión “cláusulas que se tendrán por no escritas” una de las formas de ineficacia negocial descrita en el artículo 897 código de comercio? ¿Pertenece a la categoría de la nulidad parcial descrita en el artículo 902 código de comercio? ¿O más bien, gozará ella de una noción autónoma, con un sustrato jurídico propio?

Anuncio del plan y precisiones.

Antes de abordar este ensayo, debemos tener presente como punto de partida dos razonamientos que nos conducen a caminos diferentes. **Aplicación sistemática:** si vemos en las cláusulas que se tienen por no escritas una subcategoría especial de la categoría general ineficacia *strictu sensu*, la consecuencia lógica sería que dichas cláusulas son ineficaces y el régimen aplicable sería el contemplado en el artículo 897 Código de Comercio. Posición esta que defiende la doctrina mayoritaria en nuestro país. Sin embargo, si hacemos uso de un **razonamiento a contrario** y revisamos la regulación de la ineficacia en estricto sentido como una norma de carácter restrictivo, podemos deducir que todas las disposiciones que no contenga la expresión “*no produce efectos*” no estarían sancionadas con ineficacia. Quiere esto decir, que en las disposiciones legales donde no aparece esta expresión, la consecuencia lógica sería que ellas estarían excluidas de la sanción de ineficacia.

Partiendo de este último razonamiento, trataremos en una primera parte de buscar si estas cláusulas gozan de una tipología prestada o extendida; luego, en una segunda parte, trataremos de especificar si ellas gozan de una cierta autonomía jurídica.

Primera parte.

Tipología legal de las cláusulas o estipulaciones que se tienen por no escritas.

En aras de encontrar una tipología o subsumir las cláusulas que se tienen por no escritas dentro de una categoría legal, revisaremos a la luz del Código de Comercio, las distintas formas de inoperatividad de los actos, contratos o negocios jurídicos.

A. La cláusula no escrita como forma de inoperancia negocial.

Dentro de las formas de inoperancia o ineficacia negocial *latu sensu* con tipicidad legal encontramos las siguientes:

a. Distinción con algunas formas generales de inoperancia negocial.

Ineficacia en estricto sentido. Cuando en el Código de Comercio “*se exprese que un acto no produce efectos, se entenderá que es ineficaz de pleno derecho, sin necesidad de declaración judicial*”.³ Conocida también como ineficacia automática, opera *ipso iure*. Se refiere a las circunstancias extrínsecas del negocio⁴. No hay una condición viciosa de orden genético, sino una parálisis de los efectos del negocio por superar los límites

³ art. 897 c.co.

⁴ Betti Emilio. Teoría general del negocio jurídico. Ed. Comares, SL. Granada. 2000. Pág. 403.

legales que la autonomía debe observar. Tiene como una de sus características primordiales que no necesita de declaración judicial. Si analizamos exegéticamente esta norma, el sentido de sus palabras, su tenor literal, de manera intrínseca, se encuentra un texto claro, de carácter imperativo que no puede aplicarse fuera de los casos expresa y claramente sometidos a él por el legislador⁵. Aplicable entonces, a todas las estipulaciones en donde aparezca la expresión *no produce efectos* o su similar *ineficaz*. (artículos 110 numeral 4, 122, 190, 297, 366, 390, 406, 433, 435, 524, 620, 670, 1005, 1031, 1045, 1055, 1137, 1142, 1203, 1210, 1244, 1613, etc del código de comercio. Art. 75 L 222/95). Notamos a primera vista que las cláusulas no escritas no están inmersas dentro de esta categoría. Por lo tanto, este no será el suyo. **Diferente de la inexistencia.** Presupone ésta la ausencia de uno de los requisitos que la ley establece como esenciales al acto, contrato o negocio jurídico. O cuando haya sido celebrado sin las solemnidades sustanciales que la ley exija para su formación. En las cláusulas que se tienen por no escritas aunque algunas veces suelen referirse a la esencia del acto, como sería el caso de la remuneración de los promotores de sociedades comerciales⁶ o la repartición de utilidades entre los socios,⁷ acá el legislador no castiga al acto o contrato con su inexistencia, sino más bien, salva el negocio, mantiene el vínculo contractual, impone la cláusula esencial que ha sido desconocida por las partes, y no le atribuye efectos al consentimiento expresado sobre ella. La esencia del contrato es protegida de manera tal que se tiene por no escrita la disposición negocial que la inobserve, sin necesidad de valoración judicial. De otra parte, las disposiciones contractuales que son castigadas como no escritas, no pertenecen a los requisitos o solemnidades sustanciales exigidos por la ley para la formación de los actos, contratos o negocios jurídicos. **Diferente de la inoponibilidad.** Esta como forma de ineficacia de un acto o de un derecho frente a terceros, por ausencia de requisitos de publicidad⁸ o por extralimitación de facultades en caso de representación,⁹ no recorre la finalidad de la expresión se ‘tiene por no escrita’. Se distingue de ésta, especialmente por su causa. **Diferente de la nulidad.** En cualquiera de sus formas: absoluta o relativa, *rectius* anulabilidad. La nulidad supone “un vicio originario, relativo a la formación del contrato”.¹⁰ Sea por ausencia de consentimiento o consentimiento viciado: error, fuerza, dolo; o que haya sido celebrado por un incapaz relativo, la segunda; Por objeto ilícito, causa ilícita, inmoral o ausente, o que haya sido celebrado por un incapaz absoluto, la primera. A una cláusula nula el legislador no le niega su existencia. Pero ordena su destrucción. Se requiere de declaración judicial. De un juicio valorativo de parte del juez¹¹. Por el contrario, una cláusula tenida por no escrita, no necesita de declaración judicial. No está sujeta a los

⁵ Exposición de motivos del libro primero del código de comercio. Proyecto del código de comercio. Tomo II. Ministerio de Justicia. Bogotá. 1958. Pág. 10. Narváez, José Ignacio, Derecho Mercantil Colombiano, parte general. Ed. Legis. Edición 9. 2002. Pág. 109.

⁶ Art. 141 c.co.

⁷ Art. 150 c.co. Utilidades sociales. El derecho a percibir una parte de las utilidades obtenidas en desarrollo de la empresa social es tan de la esencia como la obligación de hacer los aportes. Proyecto de código de comercio. Ob. Cit. Pág. 109. Le Nebasque Hervé et Barbier Marion. Les clauses leonines. Droit de sociétés. Edition juris-classeur. Actes pratiques. N 29. 1996 Pág. 3

⁸ Art. 901 c.co.

⁹ CSJ Sala Civil. Sent. Nov. 30/94 exp 4025 M.P. Hector Marin Naranjo.

¹⁰ Malaurie Ph, et Aynes. Les obligations. Ed. Cuyas. Edition 1995/96. Pág. 307

¹¹ Art. 1740 c.c. “*es nulo todo acto o contrato a que falta alguno de los requisitos que la ley prescribe para el valor...*”

términos de prescripción que el legislador comercial o civil en cada caso establece para poder accionar. Es decir, tienen el carácter de ser imprescriptibles.

A pesar que al interior de las cláusulas que se tienen por no escritas siempre hay una violación a una norma de carácter imperativo o de orden público, podríamos encontrar tipicidad dentro de otra categoría jurídica. Esto nos obliga a revisar la noción de nulidad virtual. **Diferente de la nulidad virtual.** Después de haber sido desechado el antiguo principio de “no hay nulidad sin texto” la doctrina admitió que al lado de las nulidades textuales, hay también nulidades virtuales. Esta forma de nulidad fue consagrada en el art. 6 c.c. y 899 num 1 c.co.. Estas se apoyan en un texto general, o en el espíritu de la ley.¹² La diferencia entre ellas radica, en que indistintamente que en el trasfondo de la cláusula que se tiene por no escrita se encuentre una norma de orden público o de carácter imperativo, no se requiere de valoración judicial como ocurre con todas las nulidades, especialmente las virtuales, donde el esfuerzo es mayor por determinarla.

b. Distinción con algunas formas especiales de ineficacia negocial.

Diferente de la nulidad parcial. “*La nulidad parcial de un negocio jurídico o la nulidad de alguna de sus cláusulas sólo acarreará la nulidad de todo el negocio jurídico cuando aparezca que las partes no lo habrían celebrado sin la estipulación viciada de nulidad*”.¹³ Consagra nuestro legislador comercial **el principio de conservación del negocio.** *Utile per inutile non vitiatur.* Nulidad parcial esta de carácter objetivo o referido al contenido del acto¹⁴ a diferencia de la subjetiva o referente a los agentes¹⁵ que opera para los contratos plurilaterales, asociativos o de finalidad común, donde se afecta el vínculo de uno de los contratantes¹⁶. Tanto en la nulidad parcial objetiva como en la subjetiva, hay una valoración de parte del juez. Opera de manera igual que en la teoría general de las nulidades a la cual éstas pertenecen. La cláusula goza de existencia previa y el ordenamiento luego la sanciona con la invalidez, y con mucha mayor razón cuando determinadas cláusulas se encuentran expresamente prohibidas por la ley¹⁷. En el derecho comparado, a las cláusulas que se tienen por no escritas se les ha atribuido la sanción de la nulidad parcial. En derecho Francés, la doctrina mayoritaria sostiene esta posición, no obstante algunos disidentes¹⁸. En el derecho Inglés encontramos una singular regla de la nulidad parcial: la regla del borrador azul. La cláusula ilícita puede ser reputada no escrita si es posible aislarla del contrato por medio de una borrada¹⁹. El Código Federal Suizo de las obligaciones en su art. 20 num. 2, prevé también un sistema

¹² Lutzesco, George. Teoría y práctica de las nulidades. Trad. Manuel Romero y Sánchez y Julio López de la Cerda. Quinta edición. Ed. Porrúa. México 1980. Pág. 240

¹³ Art. 902 c.co.

¹⁴ Guillermo Ospina F. Teoría general del contrato y del negocio jurídico. Ed. Temis. 6 Ed. 2000 Pág. 501

¹⁵ Ibídem. Pág. 501

¹⁶ Art. 903 c.co.

¹⁷ Scognamiglio Renato, Teoría General del contrato. Trad. Fernando Hinestrosa. Univ. Externado de Colombia. 1991. Pág. 330.

¹⁸ Kullmann Jérôme, Remarques sur les clauses réputées non écrites. Chr. XIV. Recuel Dalloz-Sirey. 1993. Pág. 65.

¹⁹ Malaurie, Ob. Cit. Pág. 326.

de nulidad parcial.²⁰ Igualmente el Código Civil Alemán en su art. 139²¹. Nuestro ordenamiento mercantil muestra un avance considerable en relación con las estipulaciones que se tienen por no escritas, ya que permite la ausencia de declaración judicial. En nuestro derecho, el acto o contrato se ha formado sin dicha cláusula. Es imposible que ésta se integre al contenido del contrato, para luego ser valorada por el juez. Es imposible que el juez pueda leerla puesto que se tiene por no escrita. Es irrelevante si hubo o no hubo consentimiento sobre ella, con el objeto de desprenderle ciertos efectos, como expresamente lo señala el art. 150 c.co. “*a pesar de su aceptación por parte de los socios.*” Sin embargo, si nos ubicamos dentro de los efectos de la nulidad parcial encontramos algunas semejanzas. Uno de los efectos de la nulidad parcial es la amputación de la cláusula, y luego la sustitución, conversión legal, reducción judicial²² o inserción automática²³ de cláusulas obligatorias o de imperio²⁴ dentro del contenido del contrato, con ocasión de la inobservancia de disposiciones de orden público de protección,²⁵ siempre que “*las partes no lo habrían celebrado sin la estipulación o parte viciada de nulidad.*”²⁶ Dentro de las cláusulas no escritas, el efecto principal, sería la inclusión obligatoria y automática de la cláusula legal o de imperio, sea que ésta se encuentre incorporada dentro del articulado que disciplina las relaciones negociales donde se establece la estipulación como no escrita, sea que se acuda a la regla supletiva si ésta existe, sea que se requiera del uso de analogía, para llenar el vacío legal que se llegare a presentar. Pero siempre operaría de manera automática.

Analizada las cláusulas no escritas frente a las distintas categorías de inoperancia de los actos, contratos y negocios jurídicos, notamos que no encuadra en ninguna de ellas. Lo cual nos invita a reflexionar si esta noción goza de una autonomía jurídica.

Segunda parte.

A. La cláusula o estipulaciones que se tendrán por no escrita como noción autónoma.

Reputar una cláusula no escrita corresponde ubicarla en el terreno de la técnica de la ficción: la cláusula realmente escrita, no es escrita. Ella es inexistente. Sin embargo, esta inexistencia, deducida y limitadas por la ley a unas cláusulas determinadas, no se confunde con la inexistencia cuya teoría ha sido realizada en el siglo XIX²⁷ y que durante

²⁰ Code Suisse des obligations. Art. 20 al 2. “*si el contrato está viciado en algunas de sus cláusulas, estas cláusulas son solo castigadas con nulidad, a menos que haya lugar a admitir que el contrato no habría sido concluido sin ella*”

²¹ B.G.B. Art. 139. “*Cuando una parte de un acto jurídico es nulo, el acto entero es nulo, a menos que haya lugar a admitir que, sin la parte nula, habría sido sin embargo concluido*”.

²² Benabent Alain, Droit civil, les obligations. Edition. 6 ed. Montchrestien. Paris. 1997 Pág 147. Philippe Simler. La nullité partielle des actes juridiques, LGDJ. Paris. 1969. Malaurie, Ob. Cit. Pág. 328.

²³ Mario Casella, nullità parziale del contratto e inserzione automatica di clausola. Citado por De la Calle Humberto, Ob. Cit. Pág. 79.

²⁴ Scognamiglio, Renato. Ob. Cit. Pág. 331.

²⁵ Flour Jacques et Aubert Jean-luc. Droit civil, les obligations. 6 ed. Paris. 1994. Pág 273.

²⁶ Art. 902 c.co.

²⁷ Kullmann Jérôme, Ob. Cit. Pág. 59

mucho tiempo fue negada como figura *iuris* autónoma²⁸ para luego tener recibimiento entre nosotros, en la regla establecida en el art. 898 c.co. La finalidad tanto de las cláusulas que se tienen por no escritas y de las cláusulas inexistentes parecería ser la misma: no producir ningún efecto jurídico. Pero su diferencia esencial sería que las primeras están por fuera del mundo jurídico, en la meta jurídica; en virtud de una ficción legal, éstas son extraídas del mundo fenoménico, alejándonos así de lo real²⁹. Diferente las segundas que pertenecen al mundo jurídico, a la realidad jurídica, pero no producen los efectos que estarían llamados a producir en la realidad legal. En la inexistencia “el acto, si existe, ‘no produce efectos’ en este campo”³⁰ Por el contrario, se asemejan en que ambas son imprescriptibles. De otro lado es necesario precisar que las ficciones no son lo mismo que las presunciones. “ El legislador a fin de que el derecho se realice, suele suponer normas contrarias a la verdad natural, o que pueden no ser ciertas. Eso se llama ficción”³¹. Las presunciones tienen básicamente su desarrollo dentro del debate probatorio.

a. Las ficciones en el derecho colombiano.

Ficciones legales, terminológicas, jurisprudenciales. El instrumento técnico de las ficciones no es ajeno al derecho Colombiano. Las encontramos en la explicación de la estructura de la personalidad jurídica, cuando nuestro legislador civil puso fin a la discusión de si la persona jurídica es ficción, realidad, o realidad técnica³². En este caso el mecanismo de las ficciones explica claramente la situación de aquel entonces discutida. Se fingió que esa agrupación de dos o más personas que buscan un fin común, debía ser igualada a una persona natural. Se equiparan entonces “dos supuestos de hecho diversos, constituyendo una equivalencia en su tratamiento jurídico, al otorgar a uno los efectos jurídicos que una norma distinta adjudica a otro”³³. También la encontramos en materia de usufructo de cosas consumibles, art. 823 c.c. En los inmuebles por destinación art. 655 y 658 c.c., En la posesión del copartícipe. 779 y 1401 c.c.. En la interpretación auténtica de la ley³⁴ Art. 14 c.c. En la extraterritorialidad de la ley e inmunidades diplomáticas. En la cosa juzgada (*res iudicata pro veritate tenetur*). En la retroactividad de la ley, etc.

b. Las ficciones y la finalidad de las cláusulas no escritas.

La finalidad de la expresión “se tienen por no escritas” es aniquilar los efectos de ciertas estipulaciones que de manera manifiesta van en contra de una norma de orden público o

²⁸ Hinestrosa Fernando. Conferencia dictada en el congreso de derecho comercial colombiano. Medellín 1985. Pág. 196.

²⁹ Marty Gabriel et Raynaud Pierre. Introduction à l'étude du droit. Sirey 1972 Pág. 104. P. Lerche. “Die Technik des ‘alsob’ im Recht, Citado por Arthur Kaufmann. Filosofía del Derecho. Trad. Luis Villar Borda. Univ. Externado de Colombia. Bogotá. 2002 Pág. 207.

³⁰ Ospina Fernández, Guillermo y Eduardo Ospina Acosta. Teoría general del negocio jurídico, Pág. 439.

³¹ Rocha Alvira Antonio. De la prueba en derecho. Ed. Diké. 1990. Pág. 548.

³² Art. 663 c.c. se llama persona jurídica, una *persona ficticia*...

³³ Marco Llinás Volpe. Lenguaje jurídico, filosofía del lenguaje. Ed. Univ. Externado de Colombia. 2002. Pág. 41.

³⁴ Monroy Cabra, Marco G. Introducción al derecho. Ed. Temis. Bogotá. 2001 Pág. 357

imperativa, sin necesidad de valoración judicial. Esta inobservancia legal es tan protuberante que la misma ley le permite al juez en el caso sometido a su conocimiento, o a las partes dentro de su relación negocial, desterrarla del mundo jurídico sin necesidad de realizar un determinado juicio valorativo. Hacen parte por lo tanto de la marca lingüística de soberanía del legislador incorporadas en el mismo tenor o estructura de la ley, que sanciona represivamente el desconocimiento de la regla de derecho³⁵. Ejercer una acción de nulidad sería inútil, toda vez que una cláusula que se tiene por no escrita es analizada como si nunca hubiere existido. *A contrario sensu* de la valoración hecha por el juez en los dominios de la nulidad, donde el ordenamiento jurídico le concede a la cláusula existencia previa, para luego sancionarla con la supresión o disminución de sus efectos. Encontramos entonces en el sustrato de las cláusulas que se tienen por no escritas, una ficción jurídica legal formulada en términos que demuestran ‘inequívocamente’³⁶, la manifestación firme de la voluntad del legislador de erradicar del mundo jurídico, situaciones jurídicas o estados de cosas que en la realidad han existido pero las tiene como si no hubieren existido. Ficción jurídica entendida como ese ‘procedimiento de técnica jurídica que consiste en suponer un hecho o una situación diferente de la realidad para deducir consecuencias jurídicas’, o para suprimirle efectos jurídicos. Legitimación de lo falso o deslegitimación de lo verdadero. Denegación deliberada de la realidad³⁷, pero siempre en vista de llegar a un resultado considerado como deseable. O aquella mentira técnica consagrada por la necesidad³⁸. O más precisamente ese procedimiento consistente en llegar a un resultado que se quiere y hacer *como si*³⁹ una situación existió o al contrario, no existió.⁴⁰ Finalismo este que preside a la actividad legislativa, la cual se preocupa poco de la exactitud o de la observación realista de los hechos, pero busca más bien alcanzar algunos resultados prácticos. Ocurre entonces que el sistema jurídico impone algunas veces cerrar los ojos, o considerar algunos elementos de hecho como inexistentes⁴¹.

Muchos han sido los interrogantes acerca de la legitimidad y la utilidad de las ficciones. Para algunos, a pesar de los peligros inherentes a toda deformación de la realidad, las ficciones de derecho son “un instrumento indispensable” de la técnica jurídica con la condición de limitarse a la satisfacción de la justicia y de la utilidad social.⁴²

Así las cosas, en el sustrato de la noción de cláusulas que se tienen por no escritas reposa una clara ficción, que le permite adquirir una fisonomía propia y un régimen único que a ella exclusivamente pertenece.

³⁵ Gerard Cornu. *Linguistique juridique*. Ed. Montchrestien. 2 editions. 2000. París. Pág. 269

³⁶ Término este que se puede deducir de la revisión de las actas del proyecto de Código de Comercio de 1958.

³⁷ Philippe Jestaz, *Le droit. Connaissance du droit*. Ed. Dalloz. 3 editions. 1996. París. Pág 85

³⁸ Von Ihering, Rudolf. *Espíritu del Derecho Romano*. Traducción de príncipe y satorres Madrid. T IV Pág 331.

³⁹ Bayart, A. *Les présomptions et les fictions en droit*. Travaux du Centre National de Recherche de logique. Bruxelles. 1974 Pág 29.

⁴⁰ Souriou, Jean-Louis. *Introduction au droit*. Ed. 2 PUF Paris 1990. Pág 45

⁴¹ Mario Rotondi. *Considerations en “Fait” et en Droit*. *Revue trimestrielle de droit civil*. Paris. 1977 Pág. 11

⁴² Gény, François, citado por Jean-louis Bergel, *Methodologie juridique*. ed. PUF Paris. 2001 Pág 74.

B. Régimen propio de las ficciones.

a. Régimen de las ficciones aplicado a las cláusulas o estipulaciones no escritas.

El régimen de la ficción aporta una gran tranquilidad y seguridad jurídica. Todo contratante sabe que la ley niega que su consentimiento pueda tener efectos sobre la cláusula sometida a esta sanción. Una cláusula que se tiene por no escrita, es una cláusula que nunca ha existido. Por lo tanto nunca ha habido manifestación de consentimiento. Al no existir manifestación de consentimiento no se podría, de un lado dar aplicación a lo establecido en el art. 1525 c.c. que prohíbe la acción de repetición sobre lo que se “*haya dado o pagado por un objeto o causa ilícita a sabiendas*”. De otro lado, la contratante víctima, sólo tendría que confrontar la cláusula con el contenido de la regla, gracias a un juicio de hecho, para verificar si la voluntad del legislador ha sido respetada. La seguridad jurídica primaría en detrimento de la autonomía de la voluntad. Se superaría así el debate y la incertidumbre de cual sería el régimen aplicable a esa manifestación de consentimiento. Se suprimiría completamente cualquier hipótesis de conversión del negocio⁴³, de renuncia a ejercitar la acción de repetición o de reducción. O en últimas, la espera de la sanción de negocio ilícito.

1. Condiciones. Para que una cláusula se tenga por no escrita se requiere que el legislador expresamente la haya establecido. Esta norma es desde luego de orden público. Así se elimina cualquier abuso que se haga sobre esta sanción jurídica y se restringe la incertidumbre de ser deducidas por el juez en casos análogos sin ninguna base legal. Quien puede invocarla: cualquier persona interesada en erradicarla o en salvaguardar el orden jurídico; el juez, las partes, los terceros. Estos últimos, lesionados sus intereses, están legitimados para invadir la órbita del contrato. Además, gozan de la imprescriptibilidad.

2. Efecto: Su principal efecto es desde luego la erradicación de la cláusula del mundo jurídico. El contrato sobrevive y la cláusula es remplazada por la disposición imperativa o supletiva según el caso.

i. Efecto entre las partes. Primero que todo, al no existir la cláusula, se genera un vacío dentro del contenido del contrato, o dentro de la determinada situación jurídica. Vacío que llena la normativa a través de la inclusión automática de la respectiva disposición legal. Si no hay norma expresa se acude a una subsidiaria o en su defecto a la analógica. Sin embargo, si se ejecuta la estipulación tenida por no escrita se genera desde luego una situación irregular: una ejecución incorrecta del contrato. La consecuencia es entonces el restablecimiento a su estado legal. Sea por disposición particular, sin que constituya novación.⁴⁴ Sea acudiendo ante juez. En ambos casos con sus

⁴³ Art. 904 c.co.

⁴⁴ 1689 c.c. Sin embargo, un sector de la doctrina entre ellos Tanagho sostiene que la reducción de una estipulación excesiva debe analizarse como una “novación necesaria” y concluye que “el contrato no es

correspondientes restituciones. La solicitud dirigida al juez, no sería que se declare que la cláusula en disputa se tiene por no escrita, sino más bien, que el contrato ha sido ejecutado de manera incorrecta. Sería esto el objeto de la pretensión del demandante. El demandado no podría oponer la cláusula como excepción, ni tampoco podría alegar acuerdo de voluntad sobre esta cláusula. El respeto al principio de contradicción estaría limitado a la identificación de la cláusula reputada no escrita. El pronunciamiento del juez recaería en la correspondiente restitución de las cosas y la respectiva indemnización de daños y perjuicios cuando fuere del caso. Esta acción estaría sujeta a los términos de prescripción de cada caso en particular. Sobre este punto es necesario precisar que una es la acción que se tiene para restablecer el contrato a su contenido legal, y que goza de la imprescriptibilidad, y otra la que regula las restituciones, y acciones indemnizatorias que estarían sujetas a sus respectivos términos⁴⁵. Vemos acá otra diferencia con la nulidad, ya que en ésta, primero se le solicita al juez que declare nula la cláusula, para luego obtener la restitución pertinente, o el retorno al status quo ante.

Lo que si no creemos es que opere la acción en pago de lo no debido (*condictio in debiti*) porque se necesitaría de la existencia de un pago realizado por error.⁴⁶ Acá ha habido conocimiento tanto en el hecho como en el derecho de la actuación. Lo que ocurre es que la ley no le concede efectos a esa situación. El poder de la voluntad estaría entonces limitada por una disposición de orden público⁴⁷. Tampoco procedería la acción de enriquecimiento sin causa⁴⁸ (*actio in rem verso*) como subsidiaria ya que esta presupone la ausencia de causa y en estos casos podríamos estar dentro de los terrenos de la causa ilícita cuando ha habido conocimiento del límite legal. Quedaría paralizada por la regla establecida en el art. 1525 c.c. si se actuó “*a sabiendas*” y por el principio general que nadie puede invocar su propia culpa en su propio beneficio, (*nemo auditur propriam suam turpitudinem allegans*)”. Empobrecimiento que sería la consecuencia de una culpa del empobrecido, ocasionando el rechazo de dicha acción⁴⁹.

mas que una presunción de justicia...y esta presunción es simple: hay que mantener el contrato en tanto que sea justo”. Tanagho, citado por Simler, ob.cit. Pág. 330

⁴⁵ A guisa de ilustración: el caso de la remuneración de los promotores de sociedades, art. 141 c.co. en donde se pacte una cláusula que supere los límites legales, y hubo ejecución de dicha cláusula, materializada en un pago ilegal, tanto cuantitativamente (se excedió el valor máximo legal) como en el tiempo, (se superó el término legal) La acción para restablecer el contrato a la disposición legal tendría el carácter de imprescriptible. Pero la acción de restitución está sujeta a los términos propios de esta acción. Punto este que se analizará en el acápite que dedicaremos al análisis de cada caso en particular, donde se establezca la expresión ‘se tiene por no escrita’.

⁴⁶ 2313 y ss c.c.

⁴⁷ El art. 2317 c.c. establece que “ *del que da lo que no debe no se presume que lo dona, a menos de probarse que tuvo perfecto conocimiento de lo que hacía, tanto en el hecho como en el derecho*”. Creemos que esta disposición es inaplicable en estos casos. Mucho más si se parte del supuesto que las cláusulas que se tienen por no escrita tengan un objetivo definido: Garantizar a través de la ficción legal, el respeto de la clara voluntad del legislador. Es decir limitar ciertas situaciones fácticas. Y en apoyo de esto podríamos traer a colación, el art. 1950 c.c. que serviría de guía interpretativa: En materia de lesión enorme en la compraventa de bienes inmuebles, se establece que “*si se estipulare que no podrá intentarse la acción rescisoria por lesión enorme, no valdrá la estipulación y si por parte del vendedor se expresare la intención de donar el exceso, esta cláusula se tendrá por no escrita.*”

⁴⁸ Art. 831 c.co. “ *nadie podrá enriquecerse sin justa causa a expensas de otro*” CSJ, sent. Abril 14/37.

⁴⁹ Stark Boris, Roland Henry et Boyer Laurent, obligations. T II. Quatrième édition. Ed. Litec. Paris. 1993. Pag.809. Terré, François, Simler Phillipe, Yves Lequette, obligations, 5 ed. Paris 1993. Pág. 747.

ii. Efecto hacia terceros. Frente a terceros, la cláusula al no existir no tendría igualmente ningún efecto vinculante. Incluso si estos conocieron de ella y manifestaron su consentimiento de aceptarla. Podríamos decir que les son “inoponibles.” Seguridad para ellos ya que su consentimiento no tendría tampoco ningún efecto jurídico. Pero estarían legitimados para solicitar la correspondiente erradicación cuando fuere del caso o la reducción cuando sus derechos se vean desprotegido o se halla disminuido su garantía. Tendría como efecto el reintegro de los dineros que han sido pagados de manera excesiva, al patrimonio de sus respectivos deudores.

iii. El reintegro y la ejecución correcta de la obligación. Efecto secundario de la acción de correcta ejecución del contrato sería el reintegro de los dineros entregados de manera ilegal. Por ejemplo en el caso de los promotores de sociedades comerciales, éstos vendrían a ser poseedores de mala fe de los dineros que han recibidos sin justo título⁵⁰, con riesgo a que se les presuma⁵¹, estando por lo tanto obligados a restituir los frutos civiles de la cosa⁵²: reajuste monetario de las sumas devueltas,⁵³ junto con los intereses.⁵⁴

b. Análisis de determinadas cláusulas donde encontramos la expresión se tiene por no escrita.

En vista de la dimensión de la problemática presentada, hemos querido presentar una nueva aproximación de las cláusulas que se tienen por no escritas. En siguientes números de esta revista, trataremos de resolver los distintos cuestionamientos, en cada caso en particular. El próximo número lo dedicaremos a los promotores de sociedades comerciales.

Art. 141 c.co. sobre promotores de sociedades comerciales. La pregunta sería que ocurre si se ha estipulado una cláusula que supere el límite establecido por la ley en tiempo y monto. Digamos una cláusula pactada por un monto de 20% de las utilidades y a 8 años. Al tenor del artículo 141 c.co, la cláusula se tiene por no escrita. El juez no la puede leer. Por que no existe. ¿Cuál sería entonces el efecto? ¿Quedarían sin regulación los honorarios del promotor? ¿Estarían sujetos a valoración del juez o este aplicaría la cláusula legal de regulación máxima con efectos de reducción?. ¿Si no se reduce al máximo legal, quedando la remuneración de los promotores sin regulación, podría la jurisdicción laboral entrar a dirimir el conflicto, en uso del artículo 2 del código de procedimiento laboral que permite conocer de situaciones donde ha existido una “relación de trabajo?” ¿Si hubo manifestación de consentimiento sobre la cláusula, y se hizo el pago *a sabiendas* (art. 1525 c.c.) habría acción de repetición, de enriquecimiento sin causa o acción de correcta ejecución del contrato y la correspondiente restitución? ¿Que ocurre si la cláusula ilícita ha sido la condición impulsiva y determinante del contrato, su ilícito generaría la nulidad de todo el contrato? ¿O quizás, nulidad parcial de

⁵⁰ Gómez, José J. Bienes, Ed. Ediciones. 1981 Pág. 161

⁵¹ quienes recibirían entonces, adquirirían las cosas de mala fe, y si adujeran error, el art. 768 c.c prevé la presunción de la mala fe, que no admite prueba en contrario, en los casos de error en materia de derecho.

⁵² Art. 964 c.c.

⁵³ CSJ. Cas. Civ. Sent. Marzo 24 de 1983 MP Alberto Ospina Botero.

⁵⁴ CSJ Cas. Civ. sent. Marzo 7 de 1994. MP Alberto Ospina Botero.

la cláusula o inexistencia, puesto que en aquí el precio o remuneración es un elemento de la esencia? ¿O habría nulidad absoluta por objeto ilícito? ¿Que ocurre con la común intención de los contratantes? ¿Cómo podría analizarse la común intención de las partes si ella no puede ser incorporada dentro del contenido del contrato? Si en este caso, lo que se busca a través de la tasación y limitación temporal es proteger a los socios de los abusos de los promotores en la cuantificación de sus honorarios, ¿podríamos decir que se busca proteger a personas determinadas, debiendo ser entonces una nulidad de carácter relativo, que puede ser saneada por la ratificación de las personas de cuya protección se trata? La estipulación que delimitan el tiempo, si exceden ellas el máximo de la ley, ¿deben ser anuladas o reducidas? Si se estipula que no podrá intentarse la acción de reducción valdría?. Y si por parte de los socios se expresare la intención de donar el exceso, valdría? Tendría el juez facultad para intervenir por violación del orden público? La superintendencia de sociedades por violación del orden público societario, con ocasión del desarrollo o cumplimiento del contrato social.