

# Las cláusulas de inalienabilidad de los bienes: un estudio del caso colombiano. Breve referencia a la regulación comparada<sup>1</sup>

The non-alienation clauses of assets: a Colombian case study. Brief reference to comparative regulation

MARCELO REMY RODRÍGUEZ BERMÚDEZ<sup>2</sup>

## RESUMEN

El presente artículo se propone determinar si las cláusulas de inalienabilidad de los bienes son válidas en Colombia a partir del tratamiento que históricamente se les ha dado y del desarrollo constitucional del derecho de propiedad y del principio de autonomía privada. Se estudiarán los posibles efectos de las cláusulas. Se hará una breve exposición histórica. Posteriormente se desarrollará un estudio de la regulación de estas estipulaciones en Argentina, Chile, Perú y el marco europeo de armonización. Finalmente, se presentará el estado actual de la materia en Colombia, apoyado en la normativa vigente y la jurisprudencia existente sobre el tema, para así finiquitar el trabajo con un análisis sobre la admisibilidad de estas estipulaciones en materia societaria y de consumo.

1 Fecha de recepción: 28 de julio de 2023. Fecha de Aceptación: 25 de septiembre de 2023.

DOI: <https://doi.org/10.18601/16923960.v22n2.06>

2 Asistente jurídico en Rengifo Abogados. Estudiante de quinto año de Derecho en la Universidad Externado de Colombia.

Palabras clave: cláusulas no enajenar, pactos de incesibilidad, validez, eficacia, prohibiciones voluntarias de disponer, obligaciones de no disponer, acuerdos entre accionistas, cláusulas abusivas.

## ABSTRACT

This article aims to determine if the non-alienation clauses of assets are valid in Colombia based on the treatment that has historically been given to them and the constitutional development of property rights and the principle of private autonomy. The possible effects of the clauses will be studied. There will be a brief historical exposition. Subsequently, a study of the regulation of these stipulations in Argentina, Chile, Peru and the European harmonization framework will be developed. Finally, the current state of the matter in Colombia will be presented, supported by current regulations and jurisprudence on the subject, to conclude the work with an analysis of the admissibility of these stipulations in corporate and consumer matters.

Key words: non-alienation clauses, non-assignment clauses, validity, effectiveness, voluntary prohibitions of alienating, not to alienate obligations, shareholder agreements, unfair clauses.

Sumario: 1. Introducción. 2. Breve contexto histórico. 3. El derecho de propiedad en Colombia y su desarrollo constitucional. 3.1. Es un derecho real. 3.2. Núcleo esencial del derecho de propiedad. 3.2.1 El goce. 3.2.2. La disposición. 3.3. Discusión en torno a la libre disposición de los bienes. 4. La autonomía privada en Colombia y su desarrollo Constitucional. 5. Razonabilidad y proporcionalidad de la prohibición legal general. 6. Las normas que prohíben las cláusulas de inalienabilidad de los bienes son objeto de interpretación restrictiva. 7. Derecho comparado. 7.1. Argentina. 7.2. Chile. 7.3. Perú. 7.4. Marco Común de Referencia Europeo. 8. El caso colombiano. 8.1. Efectos del pacto de no enajenar en Colombia. 8.2. De la incesibilidad de las acciones. 8.3. Admisibilidad de la cláusula de no enajenar en las relaciones de consumo. 9. Conclusiones. 10. Bibliografía.

## 1. INTRODUCCIÓN

El tráfico jurídico contemporáneo, su desarrollo masivo y la necesidad de favorecer su funcionamiento impone la exigencia de reevaluar las restricciones que a la autonomía privada se le han impuesto con el fin de determinar si deben mantener su vigencia o si ellas constituyen una carga injustificada

al desenvolvimiento de las relaciones entre particulares, en especial, en un mercado que se encuentra en constante evolución.

Las cláusulas de inalienabilidad de los bienes, mejor conocidas como de "no enajenar", entendidas como aquellas en virtud de las cuales, una vez válidamente incorporadas a un negocio jurídico, imponen a una de las partes la obligación de no disponer jurídicamente de determinado o determinados bienes, proponen una discusión actual dentro del marco de las relaciones negociales tanto de particulares como de empresarios; tema sobre el cual poco se ha escrito en Colombia<sup>3</sup>.

Actualmente, se encuentra el Artículo 63 de la Constitución Política que le defiende la facultad al legislador para determinar cuáles bienes serán inalienables, en razón de su deber de proteger el interés público y velar por el cumplimiento de la función social de la propiedad<sup>4</sup>, sin que esto implique, en estricto sentido, la constitución de una reserva de ley en esta área.

En un ámbito específico, el Código Civil consagra hipótesis concretas en materias especiales, en las cuales le está vedado a los sujetos negociales imponer restricciones convencionales al derecho de propiedad en lo que hace a su disposición. Ejemplos de ello son la prohibición estipulada en el artículo 1184 que sanciona con ineficacia, a través de la expresión "se tendrá por no escrita"<sup>5</sup>, la inclusión de estas cláusulas cuando así fueron adheridas en caso de adjudicación de un legado; el artículo 2440, norma que le permite al deudor hipotecario disponer del bien gravado a pesar de la existencia de alguna estipulación contractual en contrario; el artículo 2022 del estatuto civil que deja sin efectos este tipo de restricciones cuando son incluidas en un contrato de arrendamiento en favor del arrendatario, entre otros.

Ahora, tomando una vía contraria, el ordenamiento jurídico consagra normas que habilitan expresamente a las partes para incluir estas cláusulas. Ejemplos de ello serían el numeral primero del artículo 1489 del Código Civil que le permite al donante, en la escritura pública de donación, prohibir al donatario la enajenación del bien; el artículo 887 del Código de Comercio el cual, al regular la materia de cesión de contratos, consagra la posibilidad

3 Luis Alonso Rico Puerta, *El Derecho de Propiedad de los Particulares* (Bogotá: tirant lo blanch, 2022), 74 y ss ha escrito sobre la materia.

4 Constitución Política de Colombia (1991). Artículo 63. *Gaceta Asamblea Constituyente de 1991 N° 82*.

5 En el Código Civil no se habla propiamente de ineficacia del pleno derecho. En este caso se hace referencia a la fórmula "pro non scripta" que tiene como consecuencia la ineficacia de la estipulación contractual. Para profundizar ver Fernando Alarcón, *La ineficacia de pleno derecho en los negocios jurídicos* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2011), 157 y ss

de celebrar este negocio bajo la condición de que “*por la ley o por las mismas partes no se haya prohibido o limitado dicha sustitución*”, entre otros<sup>6</sup>.

Por lo anterior, la presente investigación tendrá como presupuesto la siguiente pregunta problema: ¿Las cláusulas de inalienabilidad de los bienes son válidas en el derecho privado colombiano?

De esta forma, este trabajo se ocupará de determinar si existe una prohibición general -con excepciones- de incorporación de estas estipulaciones convencionales debido a su eventual relación antagónica con el orden público y el interés general, expresados en este caso en la libre disposición de los bienes dentro del espectro de la propiedad en el Estado Social de Derecho que es Colombia o, si, por contera, se debe concluir que la inclusión de estas cláusulas está permitida por regla general siempre que no exista mandato legal especial que disponga en otro sentido. Por lo anterior, será indispensable el estudio sobre la validez<sup>7</sup> de la cláusula y así definir si es posible la adhesión de estas estipulaciones en todo acto privado de disposición, mientras la ley no disponga otra cosa.

Finalmente, en caso de que la respuesta al interrogante relacionado con su validez sea la encaminada a la permisión, se intentará definir el grado de eficacia que las cláusulas de no enajenar tienen en el ordenamiento jurídico colombiano, teniendo en cuenta que se puede optar por el otorgamiento de efectos absolutos que implicarían la ineficacia de negocios posteriores celebrados sobre los bienes objeto de la restricción, o relativos, dirigidos a otorgarle a la transgresión de estas estipulaciones el carácter de simple criterio para la calificación de la conducta del contratante incumplido y la eventual valoración de perjuicios. Todo lo anterior considerando como contrapeso a la libre disposición de los bienes.

Para cumplir los mencionados objetivos, el artículo se estructurará, con base en una minuciosa revisión bibliográfica y el estado actual de la materia en derecho extranjero y colombiano, de la siguiente manera: en primer lugar, se expondrá el tratamiento histórico que se le ha dado a estas cláusulas en el

6 Artículo relevante para el presente trabajo en razón de que el derecho comercial, al ser una de las expresiones más conocidas e importantes del derecho privado, encuentra su regulación en el Código de Comercio, el cual es ley especial. No obstante, en materia de obligaciones y contratos mercantiles, el artículo 822 del mencionado cuerpo normativo hace una remisión expresa al estatuto civil como sigue: “*Los principios que gobiernan la formación de los actos y contratos y las obligaciones de derecho civil, sus efectos, interpretación, modo de extinguirse, anularse o rescindirse, serán aplicables a las obligaciones y negocios jurídicos mercantiles, a menos que la ley establezca otra cosa (...)*”.

7 Cesare Massimo Bianca, *Derecho Civil 3. El contrato*. Trad. Fernando Hinestrosa y Edgar Cortés (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007), 546. “*La validez indica la regularidad del contrato en el sentido de que el contrato es válido si responde a las prescripciones legales, por el contrario, la eficacia del contrato se refiere a la producción de sus efectos (...)* De esta diferenciación se sigue que la invalidez no comporta siempre la ineficacia del contrato”.

derecho romano y en el derecho francés decimonónico. En segundo lugar, se presentará el desarrollo constitucional que se le ha dado en Colombia al derecho de propiedad en general y al atributo de disposición en específico. Seguidamente, se presentará el desarrollo constitucional de la autonomía privada en Colombia, con el fin de contar con suficientes elementos de juicio para realizar un test de proporcionalidad entre la medida prohibitiva de incluir las cláusulas de no enajenar y la autonomía privada. En líneas siguientes, se estudiará el tratamiento que la regulación comparada, con especial enfoque en Latinoamérica, ha dado a estas cláusulas, acudiendo a la normativa civil y comercial de Argentina, Chile y Perú, para luego establecer el tratamiento que a estas estipulaciones se les da en el Derecho Común Europeo. Finalmente, se detallará a profundidad el caso colombiano desde un ámbito general, haciendo especial referencia a la jurisprudencia y diferentes leyes, para posteriormente hacer alusión a al tratamiento que a estas cláusulas se les ha dado en regímenes específicos como el derecho societario y del consumo.

## 2. BREVE CONTEXTO HISTÓRICO

Los pactos de no enajenar encuentran su origen en el derecho clásico romano, tomando gran fuerza en la época posclásica<sup>8</sup>.

Como lo destaca el estudio hecho por Kaser<sup>9</sup>, en el derecho romano clásico surgen, entre otras, las prohibiciones de enajenar las cosas litigiosas, los fundos dotales y los predios pertenecientes al pupilo. En este período, además, se les reconoció validez a las cláusulas de inalienabilidad incluidas en los contratos y testamentos, no obstante, teniendo su vulneración, por regla general, el efecto de una mera indemnización de perjuicios, siendo la excepción la posibilidad de solicitar la ineficacia de las enajenaciones hechas a terceros<sup>10</sup>.

En la misma obra, se encuentra que la época posclásica<sup>11</sup> dio luz a las prohibiciones de enajenar las cosas legadas y, como lo ve el autor, una expresión de estas restricciones se halla en esa especie de derecho de preferencia según el cual, aquel que vende un predio perteneciente a una aldea deberá ofrecerlo en venta, en primer lugar, "a otro habitante de esa localidad, pudiendo anularse las enajenaciones hechas a terceros"<sup>12</sup>.

Otro precedente histórico de gran interés se encuentra en el derecho francés decimonónico. En sentencia del 6 de junio de 1853, la Corte de

8 Max Kaser, Rolf Knütel, Sebastian Lohsse, *Derecho Privado Romano*. Trad. Patricio Lazo y Francisco Santos (Madrid: Boletín Oficial del Estado, 2022), 255.

9 *Ibid.*

10 *Ibid.*

11 *Ibid.*

12 *Ibid.*

Casación Francesa prohibió de manera absoluta todo tipo de inalienabilidad convencional, ya que consideraba que el principio de libre disposición de los bienes hacía parte del concepto de orden público del momento, lo que implicaba una imposibilidad para el particular de derogarlo vía contrato<sup>13</sup>.

A pesar de lo tajante que parecía ser la posición inicial de la Corte Francesa, cinco años después modificó su tesis jurisprudencial. En casación del 20 de abril de 1858, la Corte Francesa permitió la inclusión de pactos de no enajenar en actos jurídicos a título gratuito. Esta decisión otorga sentido a lo que ahora es el artículo 1184 del Código Civil Colombiano, por cuanto dispuso el tribunal que el donante o causante que prohíba a su donatario o legatario, respectivamente, la enajenación del bien objeto del acto, la aludida cláusula será válida siempre que esté limitada temporalmente y que su imposición atienda a un interés legítimo de la parte que la introduce<sup>14</sup>.

Se pregunta Kämper<sup>15</sup> sobre la problemática envuelta en el efecto que el ordenamiento jurídico debería otorgar a las transferencias hechas en violación de una cláusula de inenajenabilidad válidamente incorporada a un acto jurídico a título gratuito; a lo que responde que, si bien no hay una solución unívoca, la jurisprudencia y la doctrina se han inclinado por la nulidad relativa del acto, la cual podría ser incoada por el autor de la cláusula y tendría como efecto la restitución del bien al patrimonio del enajenante.

De manera reciente, en sentencia del 31 de octubre de 2007, el tribunal de casación francés extendió los efectos dispuestos para los actos a título gratuito a los actos a título oneroso. La doctrina critica la decisión, por cuanto las razones que fundamentaron la nulidad relativa como efecto de las cláusulas de inalienabilidad incorporadas en actos a título gratuito eran de equidad, por lo que constituían una excepción al derecho de bienes, que no una expresión de autonomía privada o libertad contractual. Así, la doctrina considera que la posibilidad de solicitar nulidad relativa debió ser de aplicación restrictiva por parte de la Corte, pues al ser ahora posible en actos a

13 Lukas Kämper, *L'incessibilité conventionnelle de la créance et la réforme de 2016*. *Revue internationale de droit comparé* 70, 4 (2018): 947-948, [https://www.persee.fr/doc/ridc\\_0035-3337\\_2018\\_num\\_70\\_4\\_21001](https://www.persee.fr/doc/ridc_0035-3337_2018_num_70_4_21001). *C'était notamment la Cour de cassation qui, dans un arrêt de 1853, a dégagé de cette définition l'impossibilité de toute inaliénabilité conventionnelle – et ceci d'une manière catégorique, car elle estimait que le principe de la libre disposition des biens et l'interdiction d'y déroger par contrat étaient d'ordre public* 10. *Par conséquent, la nullité absolue des clauses d'inaliénabilité résultait, pour la juridiction suprême, de l'article 6 du Code civil*".

14 *Ibid.*, 948. "Déjà en 1858, la même juridiction admettait une différenciation pour un cas très usuel en pratique: les clauses d'inaliénabilité dans les actes à titre gratuit. La cour décidait qu'une telle clause interdisant au donataire ou au légataire d'aliéner le bien donné ou légué était valable sous deux conditions: elle devait être temporaire et justifiée par un intérêt sérieux et légitime".

15 *Ibid.*, 949-950.

título oneroso, se estaría sacrificando en gran medida el principio de la libre disposición de los bienes<sup>16</sup>.

### 3. EL DERECHO DE PROPIEDAD EN COLOMBIA Y SU DESARROLLO CONSTITUCIONAL

#### 3.1. ES UN DERECHO REAL

El inciso primero del Artículo 665 del Código Civil, al definir la noción de derecho real, precisa que este es aquel "que tenemos sobre una cosa<sup>17</sup> sin respecto a determinada persona". A partir del mencionado precepto se vuelve ostensible la caracterización de la noción y su diferencia frente a los derechos personales, en tanto la efectividad de estos sólo es predicable respecto de determinada persona -deudor- y prestación -dar, hacer, no hacer-, teniendo así efectos *inter-partes*.

Entre múltiples definiciones doctrinarias muy similares entre sí y aceptadas por la mayoría de los autores, se encuentra al derecho real como aquel que "otorga al titular un señorío sobre la cosa, un poder inmediato sobre ella y una universalidad manifestada en la acción persecutoria frente a cualquier perturbador o despojador" por lo cual es dable afirmar que (...) *el derecho real es oponible erga omnes*<sup>18</sup>.

Adicionalmente, el titular de un derecho real cuenta con la posibilidad para usar, gozar y disponer de un bien determinado "sin necesidad de contar con el concurso de otra persona"<sup>19</sup>.

16 *Ibid.*, 950-951.

17 En este caso la palabra cosa debe entenderse como bien; ya que aquella, en sentido general, tiene dos acepciones, una en sentido general y otra en sentido particular. "Según este sentido -general- todo lo que existe en la naturaleza es cosa, con excepción del ser humano. Cosa es todo ser corpóreo o incorpóreo apropiable o inapropiable por el hombre, perceptible o no por los sentidos, ocupe o no un espacio físico en la naturaleza", mientras que en sentido particular "La palabra cosa designa todo aquello susceptible de apropiación por el hombre. Según este concepto, la alta mar y el sonido son cosas en sentido general, mas no en el particular, puesto que no son susceptibles de apropiación". El concepto de bien, a su vez, es una creación propia del derecho civil que debe cumplir dos condiciones para ser tenido como tal: (i) que la cosa esté dentro del patrimonio de una persona y (ii) que sea susceptible de evaluación económica o pecuniaria. De allí que se desprenda la afirmación de que todo bien es una cosa, mas no toda cosa es un bien. Sobre la primera característica, se dice que las *res nullius* serían cosas con vocación para ser apropiadas y convertirse en bienes; sobre la segunda se excluyen todos aquellos derechos y cosas cuya apropiación y valoración económica estén prohibidas constitucional y legalmente. Ver en Luis Guillermo Velásquez, *Bienes* (14ª ed.), (Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez, 2019), 1-3.

18 Fernando Hinestrosa. *Tratado de las Obligaciones: Concepto, Estructura y Vicisitudes* (3ª ed.), (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007), 299.

19 Francisco Ternera. *Bienes*. (Bogotá: Universidad del Rosario, 2011), 117-128.

Así las cosas, debe decirse que al derecho real lo componen tres elementos, los cuales son fácilmente extraíbles del citado artículo del Código Civil: (i) el sujeto activo del derecho, (ii) la cosa objeto del derecho y (iii) un sujeto pasivo universal e indeterminado. El objeto del derecho real será siempre una cosa. A diferencia del derecho personal, aquel será absoluto, lo que significa que tendrá efectos obligatorios frente a cualquier sujeto, mientras este será relativo, es decir, sólo producirá efectos entre las partes acreedora y deudora de la relación<sup>20</sup>.

### 3.2. NÚCLEO ESENCIAL DEL DERECHO DE PROPIEDAD

Antes de proceder al análisis de sus elementos, es menester precisar, a partir del texto constitucional y su desarrollo jurisprudencial, el núcleo esencial del derecho de dominio<sup>21</sup>. La importancia de determinar cuáles son, en Colombia, las condiciones mínimas del derecho de propiedad que adquieren el carácter de irrenunciables y son protegidas por el Estado, radica en facilitar la comprobación de alguna de las siguientes tres hipótesis: (i) la disposición de los bienes no puede ser objeto de preceptos contractuales de las partes, debido a que a estas no les compete ni gozan de la facultad para limitar dicha prerrogativa, por tratarse de actos contrarios al interés general; (ii) el derecho de disposición de los bienes hace parte del núcleo esencial del derecho de propiedad, por lo que las partes pueden restringirlo convencionalmente, teniendo como límites los mismos a los que se encuentra cometida la autonomía privada, resultando de estas estipulaciones efectos absolutos extensibles a terceros; (iii) la libre disposición de los bienes se erige como un principio integrante del orden público que debe ser conciliado con

20 Ismael Arévalo, *Bienes, Constitucionalización del Derecho Civil* (2ª ed.). (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2017), 240-243. No obstante, como lo afirma el autor, no es posible ignorar la existencia de determinadas instituciones que se consideran como derechos reales pero carecen de la aptitud para ser caracterizados como absolutos. “Además, hay ciertos derechos reales que propiamente no se ejercen con alcance general, por ejemplo: las relaciones reales u obligaciones propter rem y derechos reales de garantía como la prenda e hipoteca, en los cuales no se ejercen contra todos, sino contra ciertas y determinadas personas”. Igualmente, ese absolutismo propio de los derechos reales viene a ser atemperado por la concepción de Estado Social de Derecho y la función social que le es inherente al derecho de propiedad.

21 Concepto introducido al derecho colombiano por primera vez en el año 1992 en la sentencia T-406 con ponencia del Magistrado Ciro Angarita Barón. En la mencionada decisión, el tribunal constitucional lo definió como “aquel ámbito necesario e irreductible de conducta que el derecho protege, con independencia de las modalidades que asuma o de las formas en las que se manifieste. Es el núcleo básico del derecho fundamental, no susceptible de interpretación o de opinión sometida a la dinámica de coyunturas o ideas políticas”. C. Const. Sent. T-406 de jun. 5/1992 M.P. Ciro Angarita Barón.



la autonomía privada y libertad contractual, lo que permite concluir que las cláusulas de inenajenabilidad son válidas, pero eficaces de manera relativa.

En sentencia del 30 de julio de 2008<sup>22</sup>, la Corte Constitucional definió el núcleo esencial como el *"mínimo de contenido que el legislador debe respetar, es esa parte del derecho que lo identifica, que permite diferenciarlo de otros y que otorga un necesario grado de inmunidad respecto de la intervención de las autoridades públicas"*<sup>23</sup>. A partir de la conceptualización hecha por la Corte, se hace imprescindible realizar la delimitación de lo que, en derecho colombiano, debe entenderse por el núcleo esencial del derecho de dominio. En otras palabras, es preciso extraer, a partir de la Constitución, la ley y la jurisprudencia, los elementos del derecho de dominio que están fuera del alcance del legislador debido a que una restricción de su parte puede resultar lesiva y desnaturalizadora del mismo.

El Artículo 58 de la Constitución Política de Colombia garantiza, de forma matizada, el derecho a la propiedad privada. Al consagrar el mencionado derecho, el mismo texto constitucional morigera el postulado inicial estatuyendo, en primer lugar, que, en caso de conflicto entre una ley y los derechos de los particulares, *"el interés privado deberá ceder al interés público o social"*. De allí, a renglón seguido, establece que la propiedad es una función social, lo que implica obligaciones para su titular.

El Código Civil colombiano, por su parte, en el artículo 669, inicialmente definió el derecho de dominio como *"el derecho real en una cosa corporal para gozar y disponer de ella arbitrariamente, no siendo contra ley o derecho ajeno"*. De esta forma se consagran en el citado texto legal los elementos que, de conformidad con la posición mayoritaria, son aquellos que componen el mencionado derecho: (i) el uso, (ii) el goce y (iii) la disposición.

Es lógico, teniendo en cuenta la antigüedad del estatuto civil colombiano, que exista una aparente tensión entre el texto constitucional y el tenor de la ley civil; ya sea porque la Constitución Política define la propiedad privada como función social o por el carácter de arbitrario que el Código Civil le otorga al ejercicio del derecho de dominio. Es por lo anterior que tuvo lugar una sentencia de constitucionalidad en la que la Corte Constitucional<sup>24</sup>

22 C. Const. Sent. C-756 de jul. 30/2008 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

23 *"En sentido negativo debe entenderse el núcleo esencial de un derecho fundamental como aquel sin el cual un derecho deja de ser lo que es o lo convierte en otro derecho diferente o lo que caracteriza o tipifica al derecho fundamental y sin lo cual se le quita su esencia fundamental. O, también, puede verse como la parte del derecho fundamental que no admite restricción porque en caso de hacerlo resulta impracticable o se desnaturaliza su ejercicio o su necesaria protección"*. Ibid.

24 C. Const. Sent. C-595 de ago. 18/1999 M.P. Carlos Gaviria Díaz. Por el contrario, la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia, cuando cuando en su cabeza estaba el control de constitucionalidad, declaró la exequibilidad condicionada del estudiado artículo. CSJ, Sala Constitucional, Sent. ago. 11/1988, n.º 86. M.P. Jairo Duque Pérez. *"El calificativo de "arbitrario" que le da la norma acusada al derecho de propiedad, está atemperado en*

precisó que la función social es inherente a la propiedad y declaró parcialmente inexecutable el artículo 669 del Código Civil, eliminando el término "arbitrariamente" que hacía parte del citado precepto legal.

La Corte, en su famosa decisión, estudiando el desarrollo histórico del derecho de propiedad y su evolución en Colombia, estima que este actualmente se encuentra en una faceta en la cual se le concibe como una función social. Sobre lo anterior afirma que:

(...) el derecho de dominio deviene función social, lo que significa que el propietario no es un sujeto privilegiado, como hasta el momento lo había sido, sino un funcionario, es decir alguien que debe administrar lo que posee en función de los intereses sociales.

El colegiado resalta el hecho de que los derechos no son absolutos y que, en función del interés general, su restricción y delimitación es válida. Sobre la función social, partiendo de la decisión, no es complicado colegir que aquella no es una limitación externa al derecho de propiedad, sino un elemento propio de este que por su misma naturaleza permite la restricción a su ejercicio en beneficio de los derechos de la comunidad<sup>25</sup>.

Finalizando la exposición sobre la función social de la propiedad, la Corte dispone que esta no es una figura fácilmente definible. Se sabrá qué la compone y cuáles son las obligaciones que de ella derivan atendiendo a "la naturaleza de los bienes, su clase, y la entidad que es titular de los derechos que de ella emanan, así como también por la posición económica de las personas que la poseen".

Seguidamente, trata la Corte el tema atinente al núcleo esencial del derecho de propiedad, sobre el cual concluye que, en primer lugar, tiene el carácter de fundamental, por lo que se encuentra habilitada su protección vía acción de tutela; y, en segundo lugar, su núcleo está compuesto por dos de los poderes que de él derivan y recaen en cabeza del propietario: (i) el goce y (ii) la disposición.

*la misma disposición por la prohibición de que con su ejercicio se vulnere la ley o derecho ajeno, todo lo cual implica que no es una facultad absoluta como ya se anotó, y debe por tanto enmarcarse dentro de los límites que el legislador le señale (...) Téngase en cuenta además que la acepción en que debe entenderse el adverbio "arbitrariamente", es la de "arbitrio" es decir según el diccionario de la Real Academia de la Lengua, "facultad que tiene el hombre (en este caso el titular de un derecho) de adoptar una resolución con preferencia a otra" y no la de "abuso" como podría resultar de la lectura inmediata del artículo 669 del Código Civil".*

25 Ismael Arévalo, *Bienes, Constitucionalización del Derecho Civil* (2ª ed.), cit., 298. "(...) a pesar de que es cierto que la Constitución protege esos derechos económicos que se entienden como poderes para utilizar una cosa, gozar, disponer y crear medios económicos con fines de lucro, también es cierto que el ejercicio de esas facultades no implica la simple satisfacción de intereses individuales sino la preservación de los intereses de la colectividad".

Por lo anterior, es preciso, con fines de mantener la sistemática del presente escrito, definir los dos elementos que para el tribunal constitucional colombiano hacen parte del núcleo esencial del derecho de propiedad.

### 3.2.1. El goce<sup>26</sup>

La facultad de goce es aquella que le otorga al titular del derecho de dominio la posibilidad de apropiarse de los frutos de la cosa, ya sean naturales o civiles.<sup>27</sup> Así mismo, el goce puede ser dividido en material y jurídico. La diferencia radica simplemente en la especie de frutos que se estén percibiendo, siendo goce material aquel en el que el dueño percibe los frutos naturales y jurídico aquel en el que percibe los frutos civiles.<sup>28</sup>

### 3.2.2. La disposición

Dentro de la tesis desarrollada por la doctrina, la facultad de disposición fue dividida en un ámbito material y un ámbito jurídico.<sup>29</sup>

*La disposición material* consiste en la realización de actos materiales que recaigan sobre la entidad física del bien. Como lo afirma Alessandri<sup>30</sup>, esta prerrogativa otorga al dueño el poder para destruir, transformar y degradar la cosa. No obstante, como cualquier poder en cabeza de un particular, no es absoluto. La disposición material del bien puede verse restringida,

26 Esta es de aquellas que se conocen como facultades materiales, pues se concretan con actos que permiten a su titular el aprovechamiento de su derecho y se diferencian de las jurídicas, pues estas son las que se realizan por medio de actos jurídicos. Luis Guillermo Velásquez, *Bienes*, cit., 223.

27 Arturo Alessandri, Manuel Somarriva, Antonio Vodanovic, *Tratado de los derechos reales: bienes (Tomo 1º)*. (Santiago: Jurídica, 2011), 38. Los autores destacan un problema dogmático respecto a la regulación que se le ha dado a la accesión, problema también aplicable al derecho patrio. Para ellos no es cierto que la adquisición de los frutos de una cosa de la que se es dueño se justifique por la accesión como modo de adquirir el dominio. La titularidad sobre los frutos producidos por la cosa se justifica por la misma naturaleza y los beneficios derivados de la facultad de goce derivada del derecho de dominio.

28 Francisco Ternera, *Bienes*, cit., 166-167. Frutos naturales, para el autor, son aquellos que emanan de la cosa con o sin intervención de la industria humana. Los frutos civiles, por su parte, se perciben por medio de la celebración actos o negocios jurídicos relacionados con el bien.

29 En este sentido Arturo Alessandri, Manuel Somarriva y Antonio Vodanovic, *Tratado de los derechos reales: bienes*, cit., 39-41 y Francisco Ternera, *Bienes*, cit., 168-172.

30 Arturo Alessandri, Manuel Somarriva, Antonio Vodanovic. *Ibid.*, 39. "Destruir es inutilizar, aniquilar o dejar en abandono la cosa. Transformar es variar la naturaleza de ella, su forma o su destino; por ejemplo, convertir un terreno de jardín en huerto. Degradar la cosa es realizar obras que traen como consecuencia su desvalorización".

principalmente, por normas administrativas en materia urbanística, v. gr. el Plan de Ordenamiento Territorial.

*La disposición jurídica*, por su parte, hace referencia a dos posibilidades: (i) el titular del derecho de dominio podrá gravar o limitar su derecho de propiedad y (ii) podrá enajenar la cosa. Sobre la primera, se hace la diferencia entre el gravamen y la limitación ya que influyen de manera diferente en el ejercicio del derecho de dominio. Mientras que el gravamen se enmarca en una carga que pesa sobre el derecho de dominio, pero en nada afecta su ejercicio, v. gr., una hipoteca; la limitación es aquella que impide el ejercicio pleno del derecho de dominio, siendo el caso más común el del usufructo, caso en el cual se cede al usufructuario la posibilidad de usar y gozar del bien, dejando en cabeza del nudo propietario únicamente la facultad de transferir el dominio.

La segunda posibilidad es la enajenación en sentido estricto, la cual implica la posibilidad que tiene el propietario de transferir su derecho de dominio, ya sea por acto entre vivos a título gratuito u oneroso o por causa de muerte.

La inclusión de los dos mencionados elementos del derecho de dominio dentro de su núcleo esencial trae consigo una principal consecuencia, consistente en la imposibilidad que tiene el legislador, a través de su libre configuración normativa, para limitar el núcleo esencial del derecho de dominio. Los particulares podrán ejercer libremente sus facultades de goce y disposición sobre los bienes que hagan parte de su patrimonio, sin posibilidad alguna de una eventual restricción legal. Empero, como correctamente lo afirmó la Corte en su decisión C-595/99, si bien el legislador no puede restringir las mencionadas potestades, la propia naturaleza de estas, en concordancia con la función social que le es inherente a la propiedad, podrán verse limitadas con el objetivo de encontrar armonía con los derechos que junto a él coexisten e, incluso, por la misma disposición constitucional que la Carta Magna provea sobre el particular.

### 3.3. DISCUSIÓN EN TORNO A LA LIBRE DISPOSICIÓN DE LOS BIENES

La cláusula general de enajenabilidad consagrada en el artículo 1866 del Código Civil dispone que podrán ser objeto de transferencia de derecho de dominio todas aquellas cosas "*corporales o incorporales cuya enajenación no haya sido prohibida por la ley*". En este sentido, es notoria la potestad que la misma ley pone en cabeza del legislador, la cual, en este caso, consiste en la posibilidad de determinar cuáles no podrán ser objeto de los actos dispositivos de los particulares. Pese a ello, se recuerda que la mencionada libertad de configuración legislativa encuentra restricciones en el mismo núcleo esencial del derecho de dominio.

La Corte Constitucional<sup>31</sup> ha determinado que, si bien el legislador cuenta con libertad de configuración legislativa en materia propiedad privada, ya sea para ampliarlo o limitarlo, esta restricción o limitación deberá hacerse atendiendo al núcleo esencial y a la imposibilidad del órgano parlamentario para obstaculizar su ejercicio de tal manera que devenga irreconocible.<sup>32</sup>

Así las cosas, en concordancia con lo dicho, se podrá limitar o restringir el derecho de propiedad, siempre que, de manera previa, se realice un riguroso test de razonabilidad y proporcionalidad con el objetivo de definir si la imposición de la medida restrictiva es legítima. Ejemplos claros de limitaciones impuestas atendiendo a los citados criterios constitucionales serían aquellas implantadas en el derecho de dominio con el fin de salvaguardar la función ecológica de la propiedad, como la prohibición de enajenar predios que se encuentren en un área de reserva forestal.

Con todo, es clara la tendencia legislativa y jurisprudencial de restringir la facultad de disposición sobre los bienes cuando se ve implícito un interés de mayor entidad. La Corte Constitucional ha creado una correlatividad entre la permisión de imponer restricciones a la disposición de los bienes y la defensa de la función social de la propiedad.

Debe destacarse que a la fecha no existen decisiones en las cuales el tribunal constitucional se haya pronunciado sobre la posibilidad de restringir la disposición de los bienes en virtud de la autonomía privada, lo cual dejaría abierta la discusión sobre su permisión en el derecho colombiano.

En virtud de lo expuesto, se llega a una nueva concepción del derecho de propiedad, según el cual el titular podrá gozar y disponer de una cosa siempre y cuando con su ejercicio "realice las funciones sociales y ecológicas que le son propias"<sup>33</sup> y se abstenga de vulnerar derechos ajenos.

Entonces, es claro que en Colombia se reconoce la libertad de enajenación de los bienes, figura que no puede ser entendida en un sentido exclusivamente positivo, pues el titular del derecho de dominio tendrá tanto la

31 En este sentido C. Const. Sent. C-189 de mar. 15/2006 M.P. Rodrigo Escobar Gil. "Es compatible con el núcleo esencial del derecho a la propiedad privada que el legislador establezca prohibiciones temporales o absolutas de enajenación sobre algunos bienes, siempre y cuando se acredite que las mismas, además de preservar un interés superior que goce de prioridad en aras de salvaguardar los fines del Estado Social de Derecho, mantienen a salvo el ejercicio de los atributos de goce, uso y explotación, los cuales no sólo le confieren a su titular la posibilidad de obtener utilidad económica, sino también le permiten legitimar la existencia de un interés privado en la propiedad"; C. Const. Sent. C-544 de jul. 18/2007 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

32 Concepción, por lo pronto, imprecisa. Mauricio Maldonado, "Límites y contenido esencial de los derechos (un marco conceptual problemático)", *Revista Derecho del Estado*, Universidad Externado de Colombia. 47 (2020): 85. "Así, resulta que hablar de restricciones es, sin más, incorrecto. Si los derechos son vistos desde la teoría de los límites externos hay "restricciones legítimas"; si son vistos desde la teoría de los límites internos hay (a priori) "delimitaciones internas".

33 C. Const., *Ibid.*

libertad de enajenar como la de no hacerlo, ambas posibilidades integrantes de la libertad de enajenación.

Pese a que la libre disposición podrá ser restringida por vía legal bajo la premisa de que se trata de una medida razonable y proporcional, no existe en el derecho vigente prohibición general que impida a los particulares, en virtud del reconocido poder de gestión de sus propios intereses, incluir cláusulas obstruyendo la enajenación de bienes de su cocontratante, siempre que este, a su vez, exprese su anuencia respecto de la inclusión de dicha estipulación al reglamento contractual.

#### 4. LA AUTONOMÍA PRIVADA EN COLOMBIA Y SU DESARROLLO CONSTITUCIONAL

En palabras de Hinestrosa<sup>34</sup>, la autonomía privada es:

El poder reconocido a los particulares para disciplinar por sí mismos sus propias relaciones, atribuyéndoles una esfera de intereses y un poder de iniciativa para la reglamentación de los mismos, autonomía negocial que explica la concurrencia del poder de disposición particular con el poder normativo del ordenamiento y la colaboración entre ellos.

Siguiendo esta idea la Corte Constitucional<sup>35</sup> la ha definido como

La facultad reconocida por el ordenamiento positivo a las personas para disponer de sus intereses con efecto vinculante y, por tanto, para crear derechos y obligaciones, con los límites generales del orden público y las buenas costumbres, para el intercambio de bienes y servicios o el desarrollo de actividades de cooperación.

La autonomía privada, entonces, puede proyectarse de varias maneras: (i) libertad de contratar o no contratar, (ii) libertad de escoger al cocontratante y (iii) libertad de determinar el contenido del negocio<sup>36</sup>, entre otras.

34 Fernando Hinestrosa, "Funciones, Límites y Cargas de la Autonomía Privada". *Revista de Derecho Privado*. 26 (2014): 7. "De todas formas, es evidente que cuando los particulares celebran un negocio jurídico están disponiendo de lo suyo frente a los demás, alguien solo o un grupo de personas como una unidad, o dos o más en concurso o contraposición, lo cual presupone que cada cual tenga intereses propios y poder de disposición de ellos, con reconocimiento social y también jurídico, tanto de los intereses como de su disponibilidad por el titular".

35 C. Const., Sent. C-934 de dic. 11/2013 M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

36 Fernando Hinestrosa, *Funciones, Límites y Cargas de la Autonomía Privada*, cit., 9. El autor plantea que a las proyecciones clásicas de la autonomía privada habría que agregarse otras: "libertad de celebrar el negocio por sí mismo o por medio de representante, apoderado o interpuesta persona; libertad de forma de actuar o, más derechamente, de expresarse, y libertad de prevenir y realizar la terminación del contrato".

Así mismo y reiterando, como sucede con todo derecho reconocido a los particulares en Colombia como Estado Social de Derecho, la autonomía privada no es absoluta, por lo que encuentra límites clásicamente aceptados en el Orden Público y las Buenas Costumbres.

El Orden Público se puede tener como aquellos imperativos que propugnan por la prevalencia del interés social sobre el interés individual y que *"procuran enrumbar la actividad privada del modo que sea más conveniente para la comunidad entera, como se la considere, en el momento y según las circunstancias, más útil socialmente"*.<sup>37</sup>

Las Buenas Costumbres, por su parte, comportan un concepto en mayor medida indeterminado, pues se trataría de una *"regla moral, el sentido ético de la iniciativa particular"*. Por lo anterior, no es fácil dilucidar lo que ha de entenderse por buenas costumbres, teniendo en cuenta el carácter relativo y cambiante de la moral.<sup>38</sup>

En última instancia, la Corte Constitucional<sup>39</sup> ha entendido que, a la autonomía privada, de manera análoga al derecho de propiedad, le es inherente una función social. Esta se manifiesta en la premisa de que el ejercicio la autonomía privada y la libertad contractual no busca exclusivamente la satisfacción del interés particular, pues también debe ser armónico y beneficioso hacia el interés público y el bienestar común.

37 *Ibid.*, 18. Actualmente no se puede hablar de un único concepto de orden público, pues gracias al surgimiento del solidarismo contractual han aparecido nuevas categorías, v. gr., el orden público económico, político, de dirección, textual, virtual, entre otros.

38 *Ibid.*, 24. Pareciera que hoy por hoy el concepto de buenas costumbres se ha expandido a tal punto que se deja ver cada vez más cerca del de orden público. *"De las clasificaciones estereotipadas de los negocios inmorales, con la atención prevalecientemente dirigida hacia la moral sexual, se ha pasado a una concepción más vasta, a la vez que más dinámica de la moral, posiblemente más próxima al orden público"*.

39 C. Const., Sent. C-186 de mar. 16/2011 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto. La función social de la autonomía privada también se observa en *"(i) la existencia de libertad contractual sujeta a especiales restricciones cuando por ejemplo están en juego derechos fundamentales, se trata de servicios públicos, una de las partes ocupe una posición dominante o los acuerdos versen sobre prácticas restrictivas de la competencia, (...) (iii) corresponde al Estado intervenir para controlar la producción de efectos jurídicos o económicos, con el propósito de evitar el abuso de los derechos, (iv) el papel del juez consiste en velar por la efectiva protección de los derechos de las partes, sin atender exclusivamente la intención de los contratantes"*. En el mismo sentido Fernando Hinestrosa, *Funciones, Límites y Cargas de la Autonomía Privada*, cit., 11. *"Mal pudiera imaginarse, por tanto, la posibilidad de que una figura negocial legalmente disciplinada pudiera juzgarse desprovista de función social relevante o sin correspondencia con el "Principio Social" o la utilidad pública, por lo mismo que en tal supuesto la presencia de una función económico-social o práctico-social merecedora de tutela por parte del ordenamiento se encuentra de por sí asegurada por el hecho de su consideración anterior por el ordenamiento"*.

## 5. RAZONABILIDAD Y PROPORCIONALIDAD DE LA PROHIBICIÓN GENERAL<sup>40</sup>

Finalmente, para finiquitar la disertación sobre el ámbito constitucional, es menester estudiar la razonabilidad y proporcionalidad de una eventual prohibición general dirigida a impedir la inclusión de estas cláusulas en todo negocio jurídico. De este estudio podrá decidirse si la restricción general es legítima o, por el contrario, si existe un sistema de prohibiciones específicas, permitiendo a los particulares las restricciones convencionales de la propiedad, siempre que para el caso concreto no se encuentre vedado.

Para efectos de lo anterior se analizará, en primer lugar, la razonabilidad de la mencionada prohibición, entendida esta como la búsqueda del cumplimiento de un fin constitucionalmente legítimo a través de la restricción que se desea imponer.<sup>41</sup> En esta línea se encuentra que la eventual prohibición general buscaría la protección del orden público económico a través de la defensa de la libre disposición de los bienes<sup>42</sup>, mientras que la permisión propendería por el amparo del principio de autonomía privada y la consecuencial satisfacción del legítimo derecho de crédito de los acreedores.<sup>43</sup>

Inicialmente, es posible afirmar que la prohibición encontraría su legitimidad en la misma libertad de configuración normativa que tiene el legislador. No obstante, habrá que tenerse en cuenta que la libertad del legislador encuentra dos limitaciones en este caso concreto: (i) los derechos fundamentales enunciados en la Constitución Política y (ii) la razonabilidad y proporcionalidad de la medida que adoptará.

El test de razonabilidad, al referirse exclusivamente a la finalidad de la restricción, excluyendo el estudio de los efectos jurídicos que su imposición

40 En este apartado se recurrirá a la utilización de los test de razonabilidad y proporcionalidad conforme lo expone en su libro Carlos Bernal, *El derecho de los derechos. Escritos sobre la aplicación de los derechos fundamentales* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005). Capítulo segundo de la primera parte: racionalidad, proporcionalidad y razonabilidad en el control de constitucionalidad de las leyes.

41 C. Const., Sent. T-230 de may. 13/1994 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz". (...) *la Carta de derechos demanda del juez constitucional decisiones en derecho que sean a la vez justas, en las cuales los valores y principios esenciales del ordenamiento encuentren realización*". C. Const., Sent. C-530 de nov. 11/1993 M.P. Alejandro Martínez Caballero. *"No basta con que se persiga una finalidad cualquiera: ha de ser una finalidad constitucionalmente admisible o, dicho con otras palabras, razonable. Ello implica que la diferenciación deba ser determinada no desde la perspectiva de la óptima realización de los valores constitucionales -decisión política de oportunidad-, sino de la perspectiva de lo constitucionalmente legítimo o admisible"*.

42 Estipulado en el Artículo 334 constitucional según el cual *"la dirección general de la economía estará a cargo del Estado (...)"*.

43 Derivado de los Artículos 16 (libre desarrollo de la personalidad), 38 (derecho genérico de asociación) y 333 (libre iniciativa privada y actividad económica) de la Constitución Política. C. Const., Sent. C-934 de dic. 11/2013 M.P. Nilson Pinilla Pinilla.



generaría<sup>44</sup>, se aborda considerando a la libre disposición de los bienes como un interés estatal cuyo resguardo puede verse como una verdadera expresión del poder de dirección económica que recae en cabeza del Estado, deferido a este por expresa disposición constitucional.

Como es fácilmente deducible, la prohibición general de inclusión de las cláusulas de no enajenar en los negocios jurídicos aprobaría esta primera prueba. Mantener la libre disposición de los bienes exenta de obstáculos, siendo esta una de las muchas expresiones que puede tomar el orden público económico<sup>45</sup>, implica que la medida, hablando meramente de su finalidad, viene siendo razonable, por lo que no se estancaría en este escalón.

Realizado el test de razonabilidad, sigue el estudio de los medios para alcanzar el fin perseguido, es decir, las consecuencias jurídicas de la medida.<sup>46</sup> Para lo anterior, es indispensable el análisis del principio de proporcionalidad en sentido amplio; el cual tiene, a su vez, tres subprincipios: (i) idoneidad, (ii) necesidad y (iii) proporcionalidad en sentido estricto.<sup>47</sup>

En materia de idoneidad, la prohibición general resultaría adecuada para alcanzar el mencionado fin constitucionalmente legítimo. Impedir a los sujetos negociales la inclusión de estas cláusulas en cualquier tipo de contrato que deseen celebrar, tendrá como consecuencia lógica la fluidez del tráfico jurídico en relación con la libre circulación de los bienes.

44 Carlos Bernal, *El derecho de los derechos. Escritos sobre la aplicación de los derechos fundamentales*, cit. El estudio de los efectos jurídicos es reservado al test de proporcionalidad. Esto constituye la principal diferencia entre los dos test.

45 Fernando Hinestrosa, *Tratado de las obligaciones II. De las fuentes de las obligaciones: el Negocio Jurídico (Vol. I)* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2015), 359. "El derecho público económico se ha ampliado al punto de que apenas se exagera al decir que para emprender, continuar o concluir una actividad económica relacionada con la comunidad es indispensable contar con el permiso, la autorización, el beneplácito de alguna autoridad pública, cuando no de varias (...)".

46 Carlos Bernal, *El derecho de los derechos. Escritos sobre la aplicación de los derechos fundamentales*, cit.

47 C. Const., Sent. C-022 de ene. 23/1996 M.P. Carlos Gaviria Díaz. "El concepto de proporcionalidad comprende tres conceptos parciales: la adecuación de los medios escogidos para la consecución del fin perseguido, la necesidad de la utilización de esos medios para el logro del fin (esto es, que no exista otro medio que pueda conducir al fin y que sacrifique en menor medida los principios constitucionales afectados por el uso de esos medios), y la proporcionalidad en sentido estricto entre medios y fin, es decir, que el principio satisfecho por el logro de este fin no sacrifique principios constitucionalmente más importantes". C. Const., Sent. C-670 de jul. 13/2004 M.P. Clara Inés Vargas Hernández. "El principio de proporcionalidad, en sentido amplio, está conformado por tres subprincipios: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. El primero se refiere a que la medida conduzca o favorezca la obtención de un fin legítimo perseguido por el Estado, el segundo alude a que la medida no se justifica si la finalidad puede ser alcanzada por otro medio igualmente eficaz, y que a su vez no restrinja el derecho fundamental afectado o lo restrinja con una intensidad menor, en tanto que el último exige llevar a cabo una ponderación de bienes entre la gravedad o la intensidad de la intervención en el derecho fundamental, por una parte, y por otra, el peso de las razones que lo justifican".

Sobre la necesidad de la medida, no se observa el cumplimiento de este subprincipio, ya que el legislador podría consagrar prohibiciones especiales y taxativas, vía que resultaría menos lesiva de la autonomía privada en comparación con una prohibición general. Adicionalmente, de la misma ley y los criterios de interpretación puede determinarse en qué casos la inclusión de estas disposiciones resultaría en un ejercicio abusivo de la autonomía privada, pues no siempre de la inclusión de estas cláusulas puede colegirse un ejercicio ilegítimo de la prerrogativa.

Al no ser necesaria la medida, este hecho bastaría por sí mismo para predicar la ilegitimidad de esta. No obstante, con intenciones meramente académicas, se estudiará su proporcionalidad en sentido estricto.

De esta forma, no permitir a los interesados la inclusión de estas cláusulas, implica que el legislador está imponiendo cargas injustificadamente onerosas en cabeza de aquel acreedor que, con anuencia de su deudor, desea garantizar su derecho de crédito acudiendo a figuras alternativas a las ya conocidas, como serían las garantías mobiliarias y la hipoteca. Por lo anterior, el beneficio que una eventual prohibición general reportaría en relación con el fin que pretende alcanzar no supera el sacrificio resultante de la intervención que sobre la autonomía privada se realiza. En este caso, lo aconsejable sería el estudio del negocio en concreto, su naturaleza, finalidad, cuantía, la posición que tengan los sujetos en él, entre otras circunstancias a considerar, con el fin de definir la legitimidad de la disposición contractual. En otras palabras, si bien la inclusión de la mencionada estipulación en los diferentes contratos debería permitirse, debe haber seguridad de que en el caso concreto la cláusula de inalienabilidad no vaya en contravía de los intereses del Estado Social de Derecho y el ejercicio legítimo de la autonomía privada.

## 6. LAS NORMAS QUE PROHÍBEN LAS CLÁUSULAS DE INALIENABILIDAD DE LOS BIENES SON OBJETO DE INTERPRETACIÓN RESTRICTIVA

El artículo 1602 del Código Civil, sobre el principio *pacta sunt servanda*, consagra que “*todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales*” (subraya fuera de texto original). Así, la citada disposición legal presenta dos caminos para la invalidación de un negocio jurídico: (i) por voluntad de las partes y/o (ii) por causas legales. Artículo cuyo texto encuentra consonancia con el contenido de la Constitución Política, la cual reconoce al hombre como una persona libre y autónoma, capaz de decidir sobre sus propios asuntos. Por lo anterior, es claro que no son admisibles las injerencias indebidas del Estado, máxime cuando el Artículo 333 de la Carta Política estatuye la libertad económica y su protección a través de la prohibición de imponer obstáculos y restricciones que no se encuentren previamente estipulados en la ley. Con fundamento

en lo anterior, la Corte Suprema de Justicia<sup>48</sup> ha llegado a afirmar que los contratos no pueden ser sancionados, impugnados o eclipsados, parcial o totalmente, más que por causas legales que serán restrictas y limitadas. Con base en lo anterior, concluye la Alta Corte:

(...) la invalidación o supresión de efectos del negocio jurídico, en general, es cuestión puramente excepcional y, por ende, que corresponde únicamente a la ley, por una parte, concebir los mecanismos que conduzcan a ese resultado, por otra, determinar los requisitos para que cada uno de ellos opere y, finalmente, consagrar los efectos que su reconocimiento produce, sin que, por fuera de esos supuestos normativos, pueda lograrse que un determinado acto pierda la fuerza vinculante de que lo reviste el propio ordenamiento jurídico.

Las prohibiciones especiales de inclusión de estas cláusulas, teniendo como efecto la limitación del ejercicio de la autonomía privada, expresión del derecho al libre desarrollo de la personalidad, serán objeto de interpretación restrictiva.<sup>49</sup> El hecho de que existan supuestos legales especiales que invaliden o priven de la producción de efectos a las disposiciones negociales de los particulares, excluye la posibilidad de extender aquellas hipótesis normativas a situaciones no expresamente contempladas allí.

48 CSJ, Cas. Civil, Sent. dic. 1/2008, Rad. 41298-3103-001-2002-00015-01. M.P. Arturo Solarte Rodríguez. *"De lo que se sigue que los contratos no se puedan sancionar, impugnar o eclipsar más que por causas legales, las cuales, como es sabido, son restrictas y limitadas, en la medida que el legislador reconoce que toda intervención en los procesos de contratación traduce, en mayor o menor grado, la reducción de la libertad económica y, por su puesto, negocial, con la incidencia que ello tiene en el campo de la iniciativa privada, que se podría ver seriamente afectada, así como el desarrollo económico individual y colectivo, según fuere el caso"*. En el mismo sentido C. Const., Sent. T-240 de jun. 23/1993 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. *"La libertad de contratación deriva de la Constitución una doble garantía: su propia condición exige que sus limitaciones generales tengan base legal y que se justifiquen socialmente en cuando se enderecen a garantizar relaciones justas y libres"*; y Cámara de Comercio de Bogotá. Laudo Arbitral del 31 de mayo de 2018. María Victoria Solarte Daza vs C.S.S. Constructores S.A. y Carlos Alberto Solarte Solarte. Árbitros: Marco Gerardo Monroy Cabra, Olympo morales Benítez y Edgar A. Ramírez Baquero. p. 41. *"Axiomática en el régimen de la invalidez negocial es la regla que predica que sin texto legal que las consagren como tal, no existen motivos o causales de invalidación de los negocios jurídicos y los contratos principio que la ciencia francesa ha acuñado bajo el brocárdico "pas de nullité sans texte" y que cumple el trascendental rol de impedir que operadores jurídicos distintos al legislador priven de efectividad a las entidades negociales, so pretexto de consideraciones ajenas a las de cuño legislativo, pues es esta autoridad, en respeto al principio de la autonomía privada, la única autorizada para evaluar en qué situaciones dichas manifestaciones de la voluntad del sujeto de derecho pueden ser privadas de efectos jurídicos"*.

49 C.E., S. de Consulta, Conc. 2166, jul. 24/2013. M.P. Álvaro Namén Vargas. *"En consecuencia, la interpretación y aplicación restrictiva es una regla que rige tratándose de normas prohibitivas, dado que consagran limitaciones al ejercicio de un derecho o de competencias señaladas en la ley, criterio hermenéutico que responde al principio de taxatividad, de acuerdo con el cual solo operan las prohibiciones que en forma precisa establece el legislador"*.

Sobre la imposibilidad de aplicar analógicamente prohibiciones legales especiales, resulta acertado recurrir a la posición del doctrinante Valencia Zea<sup>50</sup>, acogida por la Corte Suprema de Justicia en la sentencia precedente. Para el mencionado académico, además de los ya conocidos requisitos<sup>51</sup>, para acudir a la aplicación analógica de la ley se debe verificar que esta no se trate de una sanción, entendida esta como *"todo perjuicio o menoscabo que, independientemente de su querer de voluntad, deba sufrir una de las partes contratantes"*. De esta manera, el autor ejemplifica como sigue: *"Así, la nulidad de un contrato constituye una sanción, pues al ser anulado la parte beneficiada se ve privada de los resultados pretendidos (...)"*. En consecuencia, atendiendo al concepto de sanción, es claro que las disposiciones legales que vician de ineficacia las cláusulas de inalienabilidad de los bienes constituyen sanciones, pues no permiten al interesado alcanzar los efectos deseados, en este caso la no enajenación o el resarcimiento de perjuicios, a través de ese medio en específico, en ese negocio en particular. Lo anterior trae como resultado la imposibilidad de extensión de esas prohibiciones a los actos de autonomía privada no previstos expresamente en las hipótesis de hecho de esas normas.

## 7. LAS CLÁUSULAS DE NO ENAJENAR EN EL DERECHO COMPARADO

### 7.1. ARGENTINA

En primera instancia, se encuentra en el Derecho argentino la unificación de los regímenes comercial y civil en un único cuerpo normativo, contenido en la Ley 26.994 promulgada el 7 de octubre de 2014, conocido como el "Código Civil y Comercial de la Nación".

Las cláusulas de no enajenar están ubicadas en los artículos 234 y 1972 del estatuto civil y comercial argentino. El primero, ubicado en el Título III denominado "Bienes", al establecer cuándo un bien se encuentra fuera del comercio, reza: *"Están fuera del comercio los bienes cuya transmisión está expresamente prohibida: (...) b) Por actos jurídicos, en cuando este Código permita tales prohibiciones"*. Por su parte, el artículo 1972 sanciona con nulidad la inclusión de las

50 Arturo Valencia Zea, *Derecho Civil Tomo 1: Parte General y Personas* (Bogotá: Temis S.A., 2011), 215. *"Nuestro orden jurídico ha aceptado como regla fundamental el postulado que enseña que sin texto legal, claro y preciso no puede existir sanción. Postulado que tiene vigencia no solo en el derecho penal (nulla poena sine lege) sino también en el derecho civil"*.

51 CSJ, Cas. Civil, Sent., ene. 30/1962. M.P. Gustavo Fajardo Pinzón. GJ: Tomo XCVIII n.º 2251-2252, p. 23. *"El principio de la analogía o argumento a simili consagrado en el artículo 89 de la Ley 153 de 1887, supone estas condiciones ineludibles: a) Que no haya ley exactamente aplicable al caso controvertido; b) que la especie legislada sea semejante a la especie carente de norma; y c) Que exista la misma razón para aplicar a la última el precepto estatuido respecto de la primera: Ubi eadem legis ratio ibi eadem legis dispositio"*.

cláusulas de inenajenabilidad cuando se trate de un acto jurídico oneroso, y no sea individualizado el tercero a favor de quien el cocontratante no podrá transmitir el derecho de dominio o constituir otros derechos reales sobre el bien afectado con la restricción. Así, será inválida la prohibición de enajenar a persona indeterminada en tratándose de actos jurídicos onerosos. Posteriormente, el segundo inciso del citado artículo permite la restricción convencional de enajenar, sin importar que sea genérica o esté dirigida a personas determinadas, bajo dos condiciones: (i) que se trate de actos jurídicos a título gratuito y (ii) sus efectos se limiten en el tiempo, siempre que ese término no exceda los diez años.<sup>52</sup>

Si bien del artículo es deducible que estas cláusulas, cuando cumplen todos los requisitos legales, tienen la vocación de anular negocios jurídicos posteriores celebrados sobre los bienes afectados por ellas, por cuanto estos se entienden fuera del comercio, la jurisprudencia de ese país ha sido insistente en que el reconocimiento de efectos reales o personales a la cláusula dependerá del caso concreto.

En sentencia del 23 de agosto del 2001, la Sala Civil y Comercial del Tribunal Superior de Justicia de Córdoba<sup>53</sup> estableció que es determinante la forma en como quede redactada la cláusula. En este caso, un deudor hipotecario enajenó un bien afectado por una cláusula de inenajenabilidad, lo que generó que el acreedor hipotecario acudiera a la jurisdicción para hacer la disposición contractual. El tribunal resolvió manteniendo los efectos del negocio celebrado por el deudor hipotecario, teniendo en cuenta que la cláusula de no enajenar había sido pactada como absoluta, lo cual iba en contra del art. 2612<sup>54</sup> del Código Civil del momento, por lo que concluyó que los pactos de inenajenabilidad absolutos no pueden modificar los efectos de transmisión del derecho de dominio. No obstante, se deja abierta la posibilidad de solicitar indemnización de perjuicios por la vulneración de la cláusula, atribuyéndole eficacia meramente obligacional a la disposición.

52 Artículo 1972.- Cláusulas de inenajenabilidad. *En los actos a título oneroso es nula la cláusula de no transmitir a persona alguna el dominio de una cosa determinada o de no constituir sobre ella otros derechos reales. Estas cláusulas son válidas si se refieren a persona o personas determinadas. En los actos a título gratuito todas las cláusulas señaladas en el primer párrafo son válidas si su plazo no excede de diez años.*

*Si la convención no fija plazo, o establece un plazo incierto o superior a diez años, se considera celebrada por ese tiempo. Es renovable de manera expresa por un lapso que no exceda de diez años contados desde que se estableció. En los actos por causa de muerte son nulas las cláusulas que afectan las porciones legítimas, o implican una sustitución fideicomisaria.*

53 Tribunal Superior de Justicia de Córdoba. Sala Civil y Comercial. 2ª Nom. Córdoba, 23/08/2001, LLC, 200288.

54 Código Civil de la Nación. Ley 340 de 1869. Artículo 2612. *El propietario de un inmueble no puede obligarse a no enajenarlo, y si lo hiciera la enajenación será válida, sin perjuicio de las acciones personales que el acto puede constituir contra él.*

En sentido contrario, el Tribunal Superior de Justicia de La Rioja en sentencia del 11 de marzo de 2008<sup>55</sup>, otorgó validez y eficacia a la cláusula de no enajenar impuesta en un contrato de hipoteca en favor del acreedor. El juez colegiado se fundamentó en que la cláusula fue redactada como una condición, ya que en el reglamento contractual se establecía que el deudor hipotecario no podrá enajenar hasta tanto cuente con el consentimiento de su acreedor. Para el Tribunal esto sólo establece "*las condiciones o el modo de ejercicio del derecho de propiedad, esto es, la manera en que tal enajenación será válida*", sin hacer un estudio general sobre las cláusulas de no enajenar.

Por lo demás, no se encuentran decisiones judiciales actuales que interpreten las normas sobre pactos de no enajenar incluidas en el Código Civil y Comercial argentino de 2014.

## 7.2. CHILE

De manera muy similar al caso colombiano, el Código Civil chileno regula tanto prohibiciones como permisiones específicas en casos especiales, sin llegar a una norma general prohibitiva. Así, según el art. 1126, se tendrá por no escrito el pacto de no enajenar cuando así se estipule en un legado, siempre que no se afecten derechos de terceros; el art. 1964, sobre la cláusula de inalienabilidad estipulada en favor del arrendatario, afirma que sólo le dará derecho para permanecer en el arriendo hasta su terminación natural; regulando el contrato de censo, el art. 2031, no vale en la constitución del censo el pacto de no enajenar la finca acensuada; el art. 2415 establece que el dueño de los bienes gravados con hipoteca puede siempre enajenarlos o hipotecarlos no obstante cualquiera estipulación en contrario.

Los casos en los que la normativa chilena las permite son los siguientes: el art. 751 establece que el constituyente de la propiedad fiduciaria puede prohibir su enajenación por acto entre vivos; sobre el usufructo, el inciso tercero del art. 793 permite al constituyente prohibir su arriendo o cesión; según el canon 1432, el donante podrá prohibir al donatario la enajenación del bien donado.

Alessandri<sup>56</sup> aboga por la validez de las cláusulas en el ordenamiento jurídico chileno aduciendo las siguientes razones: (i) en el Derecho Privado

55 Tribunal Superior de Justicia de La Rioja. Sentencia del 11 de marzo de 2008, LL Gran Cuyo, 2008-552.

56 Arturo Alessandri, Manuel Somarriva, Antonio Vodanovic, *Tratado de los derechos reales: bienes*, cit., 43. En este mismo sentido se encuentra a Ruperto Pinochet. "Sobre la validez de las cláusulas de no enajenar: Un enfoque actual", en *Fundamento de Derechos Reales en el Derecho Chileno* ed. por Rodrigo Barcia. (Thomson Reuters, 2013), 5. "(...) La doctrina nacional asentada en las últimas décadas parece inclinarse por la admisión de la validez relativa de tales prohibiciones, ya que al no encontrarse prohibidas —en términos generales— el hecho de pactar la no enajenación constituye una manifestación del principio de autonomía de la voluntad". Por otro lado, para

puede hacerse todo lo que la ley no prohíbe, por lo que se necesita una ley que impida al contratante, de manera expresa, incluir el pacto de no enajenar en sus actos dispositivos; (ii) si el legislador prohíbe en casos expresos la cláusula de no enajenar, significa que la regla general es la posibilidad de estipularla; (iii) si se recuerda la máxima "quien puede lo más, puede lo menos", lógicamente el dueño, al poder renunciar a todas las facultades del derecho de dominio en los casos de enajenación, también podría renunciar al ejercicio de una sola facultad, en este caso la de disponer; (iv) para el autor, la legislación chilena les reconoce validez de manera implícita, ya que el "Reglamento del Registro Conservatorio de bienes Raíces" establece la posibilidad de inscribir "todo impedimento o prohibición referente a inmuebles, sea convencional, legal o judicial (...)".

Sobre sus efectos, para la doctrina chilena lo primordial será verificar que no haya una norma legal que prohíba la cláusula en el acto de disposición a realizar.<sup>57</sup> Posteriormente, y como lo afirman la mayoría de los autores<sup>58</sup>, es necesario que en su redacción se encuentren el interés legítimo del acreedor y su delimitación en el tiempo, requisito este que será estudiado por el juez con el fin de prevenir determinaciones temporales abusivas. Entonces, es claro que el ordenamiento jurídico chileno adopta lo dispuesto por la doctrina y jurisprudencia francesas, en el sentido de ser esenciales tanto el término de duración de la cláusula como la existencia de un interés legítimo.<sup>59</sup>

Marco Antonio Sepúlveda, "La cláusula de no enajenar". En *"Derechos Reales, Principios, Elementos y Tendencias"* coord. por Gabriel Tartiere (Buenos Aires: Editorial Heliasta S.R.L., 2008), 5. "en la estipulación de la cláusula deberán concurrir los siguientes elementos: (i) existencia de un interés legítimo del enajenante, del adquirente o de un tercero en prohibir la enajenación y la (ii) temporalidad de la prohibición, pues la cláusula no podrá ser perpetua ni de muy largo tiempo, lo que será una cuestión que el juez tendrá que apreciar en cada caso (...) En Resumen, somos de la opinión de que la cláusula de no enajenar, por regla general, adolece de objeto ilícito por contravenir el orden público, siendo su sanción la nulidad absoluta (...) Excepcionalmente, será lícita cuando reúna los dos requisitos precedentemente señalados y no exista una norma jurídica que impida su estipulación. Por lo tanto, en estricto rigor, más que de "validez relativa" parece más correcto hablar de "validez excepcional".

57 Ejemplo claro es la prohibición de incluir esta cláusula en los contratos de hipoteca. Sobre el particular Sebastián Campos, "La cláusula de no enajenar en los contratos de mutuo hipotecario". *Ars Boni Et Aequi*, 12 (1), (2016): 93-94. "la cláusula de no enajenar no genera obligación alguna en los contratos de mutuo hipotecario (...) pues no sirve para tutelar legítimamente ningún interés, los intereses del acreedor están suficientemente amparados por el derecho de persecución contemplado en el art. 2478 del Código Civil, por lo que la cláusula no cumple con una de sus exigencias básicas para su validez".

58 Hernán Corral, "Cláusulas de no enajenar: su régimen jurídico a partir de la distinción entre prohibiciones de disponer y obligaciones de no disponer", en *"Estudios de derecho privado. Homenaje al profesor Ramón Domínguez Águila"*, (Santiago: Thomson Reuters, 2015), 294-297.

59 Arturo Alessandri, Manuel Somarriva, Antonio Vodanovic, *Tratado de los derechos reales: bienes*, cit., 44 y Ruperto Pinochet, *Sobre la validez de las cláusulas de no enajenar. Un enfoque actual*, cit., 7-8.

Así las cosas, en Chile no es pacífica la discusión atinente a los efectos que el derecho debe reconocer a esta especie de estipulaciones contractuales. A fin de cuentas, la doctrina<sup>60</sup> acepta que:

el acto realizado por el infractor de la cláusula con el tercero queda perfectamente válido, porque esa cláusula es una obligación personal que no influye sino en las relaciones entre las partes que la estipularon y no sobre el acto; por la misma razón que es inoponible a los terceros. Claro que el tercer adquirente de mala fe, que conocía la cláusula, puede verse obligado a devolver la cosa; pero no porque sea nulo el acto celebrado por el infractor de la cláusula, sino en virtud de la resolución del contrato que imponía la prohibición de enajenar, y la consiguiente reivindicación.

### 7.3. PERÚ

De manera muy diferente a los dos casos anteriores, el Código Civil peruano adopta una orientación expresamente prohibicionista. En su artículo 926 dispone que *"las restricciones de la propiedad establecidas por pacto para que surtan efecto respecto a terceros deben inscribirse en el registro respectivo"*. Von Humboldt<sup>61</sup>, comentando la norma, manifiesta que esta tiene como finalidad *"resolver el problema de la oponibilidad a terceros de las restricciones a la propiedad acordadas por las partes"*. Es claro que la norma implícitamente les atribuye validez a las restricciones al derecho de propiedad y les reconoce efectos reales frente a terceros siempre que el acto esté inscrito en el respectivo registro para efectos de oponibilidad del negocio. Pese a ello, en materia de restricciones a la facultad de disposición, el art. 882 del estatuto civil peruano determina que no se puede establecer, convencionalmente, cláusulas dirigidas a prohibir la enajenación o el gravamen de bienes, salvo que la ley lo permita; artículo tajante en cuanto a la proscripción de las cláusulas de inalienabilidad en el derecho peruano.<sup>62</sup>

A pesar de lo expuesto, el ordenamiento peruano ha creado determinadas excepciones con el fin de responder a las necesidades del tráfico jurídico. La Ley General de Sociedades en su artículo 101 permite las limitaciones a la

60 *Ibid.*, 44.

61 Lucrecia Von Humboldt en Luis Felipe Sotil, "Las restricciones convencionales al derecho de propiedad y su oponibilidad a terceros". *THEMIS: Revista de Derecho*, 60 (2011): 128.

62 *Ibid.*, 132. Sobre el alcance del art. 882, el autor destaca que *"el impedimento legal previsto en el artículo 882 del Código Civil alcanza tanto a las prohibiciones absolutas como a las relativas. Y es que la disposición no hace diferencia entre ambos tipos de prohibiciones, por lo que según los cánones de la interpretación normativa, no es posible establecer excepciones a la aplicación de la ley cuando ésta no lo ha hecho de manera expresa (...) la experiencia ha demostrado que el carácter rígido y radical de la regla descrita ha sido adverso al tráfico económico, valor que la norma paradójicamente procuraba conservar con la prohibición de las cláusulas de inalienabilidad"*.



transferencia, al gravamen, o a la afectación de acciones, sin significar estos pactos una prohibición absoluta de transferir, gravar o afectar. Así, dispone la norma que estas limitaciones a la circulación de las acciones podrán tener fuente estatutaria, por acuerdo de accionistas e incluso por negocio entre accionistas y terceros que haya sido debidamente notificado a la sociedad. La inenajenabilidad de acciones tendrá que estar limitada por un plazo determinado o determinable que no puede exceder los diez años prorrogables y de ella debe quedar registro en el libro de accionistas de la compañía.

De conformidad con la prohibición general del canon 882 del estatuto civil, el estatuto societario peruano presenta una permisión expresa de inclusión de las cláusulas de no enajenar siempre que no sean por un término indefinido y se ostente un interés legítimo por parte del acreedor, reconociendo efectos meramente personales.

Con todo, valga decir que el legislador peruano ha intentado modificar la regulación sobre la materia. El Proyecto de Ley No. 582/2011 que propuso, entre otros asuntos, la modificación del art. 882 del Código Civil peruano, se encaminó a permitir de manera general la restricción convencional de disponer o gravar, hasta por diez años, "*reduciéndose cualquier exceso al plazo indicado*". Si bien la doctrina mayoritaria apoyó la reforma dirigida a otorgar plena libertad de pactar la no enajenación<sup>63</sup>, se han gestado posiciones detractoras de la permisión, sustentadas en que, paradójicamente, el volumen de bienes fuera del mercado aumentará, aunado a que "*los mayores interesados en tener a su favor una normatividad de libertad contractual que permita prohibir, vender y gravar sus bienes a los clientes son las empresas del sistema financiero, cuyo poder e intereses son mayores a los de aquellos*".<sup>64</sup>

#### 7.4. COMMON FRAME OF REFERENCE (MARCO COMÚN EUROPEO DE REFERENCIA)

El Marco Común Europeo de Referencia, en tanto ordenamiento de armonización, dispone de reglas generalmente aceptadas por los ordenamientos europeos, que pueden utilizar como base para su implementación en el derecho doméstico.

El Artículo III.5:108 regula la hipótesis en la que un acreedor cede su crédito a pesar de encontrarse incorporada al reglamento contractual una cláusula prohibitiva de la cesión.

63 Ibid., 133.

64 Iván Bocanegra, "Restricción a la facultad de disposición en el derecho de propiedad. A propósito de un precedente de observancia obligatoria en materia registral". *Derecho y Cambio Social*, 41 (2015): 12-13, <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5456851>.

El numeral primero establece que *"una prohibición o una restricción contractual de la cesión de un derecho no afecta a la posibilidad de ceder el derecho"*. De esta forma, la disposición no le reconoce efectos reales a la cláusula, dejando incólume la cesión del derecho sin atender a la existencia de un pacto que dicte en contrario.

Empero, el numeral segundo modula los efectos de la cláusula de incesibilidad, permitiendo al deudor cedido (i) cumplir en favor del acreedor cedente con efectos liberatorios y (ii) *"conservar todos los derechos de compensación contra el cedente como si el derecho no se hubiera cedido"*.

El numeral tercero de la norma exceptúa la aplicación del numeral segundo si (i) el deudor cedido consintió en la cesión; (ii) el deudor cedido ha hecho creer al cesionario del acreedor, *"con base en fundamentos razonables"*, que no existía una cláusula que restringiera la cesión; (iii) *"el derecho cedido es un derecho al pago por la provisión de bienes o servicios"*.

Finalmente, el numeral cuarto cataloga la vulneración de la cláusula como un incumplimiento contractual, ergo, generador de un derecho a ser indemnizado. Por lo anterior, *"el hecho de que un derecho se haya cedido a pesar de una prohibición o restricción contractual no afecta a la responsabilidad del cedente para con el deudor por cualquier incumplimiento de la prohibición o restricción"*.<sup>65</sup>

El comentario B. a la normativa afirma que en el artículo se adoptan dos técnicas para equilibrar intereses: (i) permitir que el derecho sea susceptible de transmisión, protegiendo la libertad de enajenación y (ii) defender al deudor cedido para que este pueda quedar liberado contra el cedente no obstante la cesión del crédito, darle la oportunidad de alegar la compensación contra el cedente como si el derecho no se hubiera cedido y reclamar indemnización de perjuicios por violación del pacto de incesibilidad.

65 Maria Elisa Camacho, "La cesión de créditos en los proyectos de armonización y unificación del derecho de los contratos". *Revist@ E-Mercatoria*. 16 (2), (2017): 19-20. La doctrinante recuerda que el Marco Común Europeo de Referencia sólo acoge una de las varias posiciones posibles -oponibilidad de la cesión al deudor-. En los PECL (art. 11:301) se adopta la regla de inoponibilidad de la cesión al deudor cedido, cuando la cesión hubiera vulnerado una cláusula de incesibilidad, otorgándole efectos reales a esta. La posición encontrada en los principios Unidroit (art. 9.1.9) varía los efectos según la naturaleza del crédito: *"(i) si se trata de un crédito consistente en pagar una suma de dinero, la cesión sobre el mismo será válida a pesar de que en el contrato del cual se origina el crédito exista un pacto de incesibilidad; (ii) tratándose de la cesión de otro tipo de créditos, es decir no monetarios, la cesión no será eficaz a menos que el cesionario no haya conocido o no haya debido conocer sobre la existencia de ese pacto de incesibilidad, caso en el cual sí surtirá efectos"*.

## 8. EL CASO COLOMBIANO

### 8.1. EFECTOS DEL PACTO DE NO ENAJENAR EN COLOMBIA

La Corte Suprema de Justicia<sup>66</sup>, en sentencia del 15 de diciembre de 1936, estudió la validez y los efectos de una cláusula de no enajenar incorporada en un contrato de compraventa entre un vendedor y dos cónyuges compradores, la cual establecía que *"ninguno de ellos -los cónyuges- puede disponer de su parte mientras no muera uno de los esposos (...)"*. Con el fin de estudiar la admisibilidad de la citada disposición contractual, la Alta Corte hace un recuento sobre las dos excepciones clásicas que tiene el principio de libre circulación de los bienes: *"(i) cuando la ley prescribe la no enajenación y (ii) cuando la no enajenación se establece por los particulares, pero por aplicación de un texto legal permisivo, en función de una institución regular"*. Si bien al inicio de la parte considerativa de la sentencia el tribunal de casación colombiano pareciera haber adoptado una posición restrictiva, en el sentido de que los pactos de no enajenar serán permisibles exclusivamente cuando la ley dicte en este sentido, posteriormente acogió la admisibilidad de estas cláusulas bajo los ya mencionados criterios aplicables en el derecho privado francés y chileno:

(i) que la cláusula de no enajenar sea temporal, (ii) que pertenezca a un acto de enajenación y haya sido acordada con ocasión de una transferencia, pues no podría depender de un propietario el decretar, por un acto de voluntad unilateral, que su cosa será en adelante inenajenable en sus manos y (iii) que se fundamente en un interés legítimo.

Decidido el tema de la validez, la Corte Suprema indaga sobre los efectos que puede producir la violación de un pacto de inenajenabilidad, llegando a la conclusión de que el ordenamiento positivo colombiano no resuelve ese problema, por lo que, de conformidad con normas extranjeras, plantea que se debe conciliar la protección del orden público, expresado en la libre circulación de los bienes, con la autonomía privada, otorgando efectos meramente personales al pacto de no enajenar:

Se le reconoce validez a la obligación de no enajenación al propio tiempo que se le reconoce validez a la enajenación hecha en violación de esa obligación. El derecho de disposición de un derecho cesible no puede ser excluido ni limitado

66 CSJ, Cas. Civil, Sent., dic. 15/1936. M.P. Eduardo Zuleta Angel. GJ: Tomo XLIV n.º 1920-1921, pp. 688-689. Sobre el interés legítimo: *"como sucede frecuentemente, el acto escapa de la nulidad que lo amenazaba, gracias al móvil salvador que lo ha inspirado y que lo explica: es el móvil-fin, que es decisivo, y que llena una función justificativa"*.

por un acto jurídico, (...), pero se reconoce la validez de la obligación de no disponer<sup>67</sup>.

En derecho vigente, se tiene el Decreto 2669 de 2012, regulador del contrato de *factoring*<sup>68</sup>, norma que le resta eficacia al pacto de incesibilidad, pues en su artículo 6° establece que "el endoso de la factura de venta o la cesión de un crédito por el proveedor, surtirá efectos no obstante cualquier acuerdo entre el proveedor y el deudor que prohíba tal endoso o cesión".

En el mismo sentido, el artículo 26 de la Ley de Garantías Mobiliarias adopta una posición homóloga a la expuesta en el Marco Común Europeo de Referencia sobre la materia. Si un deudor cede un crédito suyo a su acreedor en garantía de su deuda, esta cesión surtirá efecto entre ellos, así como frente al deudor cedido, "independientemente de la existencia de cualquier acuerdo mediante el cual se limite el derecho del garante o cedente a ceder, gravar o transferir el crédito".

El segundo inciso, por otro lado, precisa que el hecho de mantener incólume la cesión no exime de responsabilidad al cedente frente al deudor cedido por los perjuicios derivados del incumplimiento del pacto de incesibilidad, eximiendo de responsabilidad al acreedor cesionario, quien no responderá por el sólo hecho de haber conocido del pacto de incesibilidad.

Por lo anterior, es claro que en Colombia tanto la Corte Suprema de Justicia como el legislador han adoptado una posición ecléctica frente a los efectos que han de reconocérseles a estas cláusulas. Por un lado, opta por la protección de la libre circulación de los bienes, manteniendo incólume la cesión hecha con desconocimiento de la prohibición de ceder; por el otro, permite al deudor cedido solicitar la indemnización de los perjuicios que la violación del pacto de incesibilidad le hubieres podido generar.

A pesar de lo anterior, cabe traer a colación una decisión de la Corte Suprema de Justicia<sup>69</sup> en la que pareciera, indirectamente, adoptar una posición contraria a la expuesta por la legislación nacional en materia de restricciones a la cesibilidad de los créditos, pues no contempla la posibilidad de limitaciones convencionales a la cesión de créditos, haciendo referencia exclusivamente

67 *Ibid.*

68 Artículo 2. Definiciones. Para los efectos de este decreto se adoptan las siguientes definiciones:

2. *Operación de factoring*: Aquella mediante la cual un factor adquiere, a título oneroso, derechos patrimoniales ciertos, de contenido crediticio, independientemente del título que los contenga o de su causa, tales como y sin limitarse a ellos: facturas de venta, pagarés, letras de cambio, bonos de prenda, sentencias ejecutoriadas y actas de conciliación, cuya transferencia se hará según la naturaleza de los derechos, por endoso, si se trata de títulos valores o mediante cesión en los demás casos.

69 CSJ, Cas. Civil, Sent. dic. 1/2011, Rad. 11001-3103-035-2004-00428-01. M.P. Ruth Marina Díaz Rueda.

a las legales. En sentencia del primero de diciembre de 2011, dentro de un razonamiento constitutivo de *obiter dicta*, afirma el tribunal de cierre:

Interesa resaltar que la cesión debe recaer o tener por objeto elementos del activo patrimonial del cedente, concretamente de créditos nominativos, respecto de los cuales no haya prohibición legal para esa especie de enajenación (...)" (subrayas fuera de texto).

Finalmente, para abordar la problemática referente a los efectos de estas cláusulas, autores como Corral Talciani<sup>70</sup> traen la novedosa distinción entre prohibiciones de disponer y obligaciones de no disponer, siendo ambas expresiones de las cláusulas de no enajenar.

Sobre las prohibiciones se dice:

(...) asimilamos completamente la estipulación convencional o voluntaria a la prohibición de enajenar legal o judicial, de modo que en virtud de ellas el titular se ve privado de la facultad dispositiva y carece en delante de ella.

Mientras que la cláusula de inalienabilidad redactada como una obligación de no disponer tiene como efecto que el obligado "*asuma un puro deber consistente en una prescripción negativa o de no hacer, de manera que poseyendo facultades suficientes para realizar el acto dispositivo queda obligado a no ejecutarlo*".

Los efectos prácticos de la distinción implican que, si se trata de una prohibición de disponer, la enajenación realizada sobre un bien afectado con el pacto será ineficaz. La violación de la obligación de no disponer, por su parte, se entiende como un incumplimiento contractual, teniendo efectos relativos, no pudiendo extenderse a terceros, por lo que la parte interesada tendrá que limitarse a exigir el resarcimiento de perjuicios, manteniéndose intacta la enajenación realizada.

Aplicando esta tesis al derecho colombiano, si se desea armonizar el principio de libre circulación de los bienes junto con el de autonomía privada, es claro que únicamente resultarían admisibles las cláusulas de inalienabilidad entendidas como obligaciones de no disponer. Si se encuentra una cláusula prohibitiva de la disposición de bienes, al ser contrarias al orden público económico, serían sancionables con nulidad absoluta e incluso ineficacia de pleno derecho.<sup>71</sup>

La obligación de no disponer será válida y entendida como un *non facere*, para lo cual tendrá que cumplir con los requisitos generales de todo negocio jurídico -objeto y causa lícitos, consentimiento libre de vicios y

70 Hernán Corral, *Cláusulas de no enajenar: su régimen jurídico a partir de la distinción entre prohibiciones de disponer y obligaciones de no disponer*, cit., 284-285.

71 *Ibid.*, 291.

capacidad- junto a aquellos que la doctrina y la misma Corte Suprema de Justicia han impuesto: (i) la temporalidad de la obligación y (ii) la existencia de un interés legítimo.

El término al que estará sometido la cláusula debe ser razonable y proporcional. Corresponderá al administrador de justicia determinar, con todas las circunstancias del caso concreto, si se cumple con esta exigencia.

Tendrá que acreditarse la existencia un interés legítimo por parte del autor de la cláusula, del enajenante, del adquirente o, en general, de cualquier tercero en prohibir la enajenación.<sup>72</sup> Así, las obligaciones de no disponer siempre tienen que favorecer a alguien, no siendo válidas las que se imponen caprichosamente.<sup>73</sup> Lo dicho sustenta la existencia del artículo 2440 del Código Civil patrio, pues la cláusula de no enajenar impuesta en un contrato de hipoteca será inválida e ineficaz debido a que no se está protegiendo un interés legítimo. El acreedor hipotecario cuenta con el derecho de persecución que tiene sobre el bien hipotecado, por lo cual podrá hacer efectiva su garantía sin importar quién sea su titular, debido a lo cual es observable que la enajenación no disminuye la posibilidad del acreedor hipotecario de satisfacer su crédito<sup>74</sup>, por lo que no cuenta con un interés legítimo para estipular una cláusula de no enajenar en su favor.

Sobre la inscripción en el registro, es claro que esta no podrá tener algún tipo de efecto frente a terceros, considerando que la única forma en que estas cláusulas son admisibles en Colombia con eficacia meramente relativa y obligacional. El asiento registral no podría tener como efecto la oponibilidad con fines de supresión de negocios jurídicos posteriores.

Podría encontrarse una única excepción a este postulado, la cual se daría en el caso en que la cláusula de no enajenar es dispuesta en un contrato como parte de las obligaciones principales bilaterales y recíprocas. Si se transgrede el pacto de no enajenar, la parte afectada podría pedir la resolución del contrato e indemnización de perjuicios de acuerdo con el artículo 1546 del Código Civil. En estos casos, las restituciones mutuas que se producen como consecuencia de la resolución podrán ser oponibles a aquellos terceros adquirentes de mala fe que, conociendo de la existencia de la obligación de

72 Marco Antonio Sepúlveda, *La cláusula de no enajenar*, cit., 5. "no parece razonable limitar el dominio por limitarlo, afectándose sin motivo justificado la libre circulación de los bienes".

73 Ruperto Pinochet, *Sobre la validez de las cláusulas de no enajenar. Un enfoque actual*, cit., 9.

74 Sebastián Campos, *La cláusula de no enajenar en los contratos de mutuo hipotecario*, cit., 115-116.

no enajenar en el título precedente<sup>75</sup>, igualmente colaboraron para efectos de llevar a cabo la conducta desleal.<sup>76</sup>

Si fueron otorgadas cauciones con el fin de garantizar la obligación de no enajenar, serán exigibles y ejecutables, así como el cobro de una eventual cláusula penal incluida para el efecto.

Finalmente, a modo de conclusión, es preciso establecer que no es posible adoptar en el derecho colombiano la consecuencia dispuesta por la Corte de Casación Francesa, en el sentido de permitir la nulidad relativa de la enajenación hecha en violación del pacto de no enajenar, por varias consideraciones: el legislador, a través de normas especiales, y la Corte Suprema de Justicia ya cuentan con una tesis definida, consistente en mantener la validez de la transferencia hecha, pero otorgando al autor de la cláusula la posibilidad de obtener el resarcimiento de los daños que por ella haya sufrido. Debe recordarse que, inicialmente, la Corte Francesa dispuso que la cláusula de inalienabilidad podía ser causal de nulidad relativa exclusivamente cuando hubiese sido incorporada en actos a título gratuito, para posteriormente extender, varios años después, sin mayor justificación o razonamiento, este mismo efecto a las cláusulas de inenajenabilidad incluidas en actos a título oneroso; posición que, como arriba se mencionó, ha sido receptora de duras críticas.

Es por virtud de lo anterior que, además de no haber hecho distinción alguna de los efectos cuando de actos a título gratuito u onerosos se trate, la posición adoptada por el legislador y el tribunal de casación colombianos se encuentra prudente, razonable y mesurada, ya que, evitando sacrificar por completo el fundamental principio de la libre disposición de los bienes, otorga una solución que de igual forma no desemboca en el total desamparo de aquel interesado en que la enajenación no sea llevada a cabo, conciliando de esta manera dos intereses que merecen atención por parte del ordenamiento jurídico.

75 Efecto que deberá ir en concordancia con los artículos 1547 y 1548 del Código Civil, en el sentido de que la obligación de no enajenar deberá ser un acto ostensible y conocido para el tercero adquirente. Las citadas disposiciones determinan la posibilidad de restitución de bienes de parte de terceros adquirentes dependiendo de si se trata de muebles o inmuebles. En el caso de los primeros, considerando la época en que fue concebido el código, es claro que no existía un sistema registral para los bienes muebles, por lo que era virtualmente imposible contradecir la presunción de buena fe contra el tercero adquirente, impidiendo de manera absoluta la restitución. Actualmente la discusión se encuentra saldada gracias al registro introducido por la ley de garantías mobiliarias, en el cual se podría permitir, eventualmente, cualquier tipo de anotación en relación con el dominio de determinado bien mueble, para efectos de asegurar su publicidad y consecuencial oponibilidad frente a terceros.

76 Hernán Corral, *Cláusulas de no enajenar: su régimen jurídico a partir de la distinción entre prohibiciones de disponer y obligaciones de no disponer*, cit., 302-303.

## 8.2. DE LA INCESIBILIDAD DE LAS ACCIONES

La titularidad sobre las acciones societarias confiere a su propietario, entre otros derechos, la facultad de “*negociar libremente las acciones, a menos que se estipule el derecho de preferencia en favor de la sociedad o de los accionistas*” como bien lo dice el numeral tercero del artículo 379 del Código de Comercio. Siguiendo esta línea, el artículo 403 del estatuto comercial consagra, como regla general, la libre negociabilidad de las acciones, estableciendo de manera taxativa<sup>77</sup> las excepciones<sup>78</sup> a este principio, dentro de las cuales no se observa la posibilidad de que, estatutariamente, se pacte la no enajenación de estos títulos.

En concordancia con lo anterior, la Superintendencia de Sociedades, en Concepto No. 220-002294 del 13 de enero de 2014<sup>79</sup>, fundamentada en la taxatividad del artículo 403 del Código de Comercio, consideró inviable que “*estatutariamente puedan preverse situaciones adicionales a las preconcebidas en la ley con las cuales se disponga en forma general de la libertad contractual de los accionistas respecto de la negociabilidad de sus acciones*”, libre negociabilidad que para la entidad comprende un aspecto positivo, consistente en la voluntad de venderlas: y uno negativo, que contiene posibilidad del propietario para negarse a transferirlas.<sup>80</sup>

En el mismo escrito, el ente administrativo abre la posibilidad para que los socios, por medio de pactos privados, diferentes a los acuerdos entre accionistas propios de la Ley 222 de 1995, fijen condiciones en la negociabilidad

77 C. E., Sec. Tercera, Auto 21845, feb. 7/2002. M. P. Alier Hernández Enríquez. Citando un concepto de la Superintendencia de Sociedades: “(...) el artículo 403 prevé la libre negociabilidad de las acciones, frente a lo cual consagra unas claras y precisas excepciones, que por su carácter de tales sólo operan en los supuestos a los cuales se contraen. Así las cosas, tenemos que por disposición expresa del legislador (...) las acciones son libremente negociables, lo cual implica que no es posible condicionar, ni siquiera en el tiempo, el ejercicio de tal derecho”.

78 Artículo 403. <Excepciones a la libre negociación de acciones>. Las acciones serán libremente negociables, con las excepciones siguientes: 1) Las privilegiadas, respecto de las cuales se estará a lo dispuesto sobre el particular; 2) Las acciones comunes respecto de las cuales se haya pactado expresamente el derecho de preferencia; 3) Las acciones de industria no liberadas, que no serán negociables sino con autorización de la junta directiva o de la asamblea general, y 4) Las acciones gravadas con prenda\*, respecto de las cuales se requerirá la autorización del acreedor.

79 Por su parte, tenemos que la enajenación de acciones es el resultado del ejercicio de la libre facultad de disposición de un bien propio como atributo del derecho real de dominio amparado en los términos del Art 69 del Código Civil y, como tal, faculta al dueño para disponer de sus cosas, derecho que no puede ser restringido sino en los casos que específicamente resulte legalmente factible hacerlo.

80 Se encuentra una posición opuesta en la obra de Francisco Reyes, *Derecho Societario* (4ª ed.) (Bogotá: Temis, 2020), 459. “Es de la naturaleza de la sociedad de capitales que las acciones en que se divide su capital suscrito sean libremente negociables. Así, a falta de estipulación estatutaria expresa que restrinja su libre transferencia, se entenderá que sus titulares pueden negociarlas en cualquier tiempo en operaciones celebradas con otros accionistas o con terceros”.



de sus acciones, los cuales surtirían efectos exclusivamente entre los socios que hicieron parte del negocio, no vinculando a la compañía ni a los asociados no suscriptores del acuerdo.

A pesar de lo anterior, la Ley 1258 de 2008, creadora y reguladora de la Sociedad por Acciones Simplificada -en adelante SAS-, cambia la posición general aplicable a las tipologías societarias propias del Código de Comercio en materia de negociabilidad de acciones.

El artículo 13 de la normativa citada permite expresamente la estipulación estatutaria en el sentido de restringir la negociabilidad de sus acciones, siempre que la prohibición no exceda el término de diez años, contados a partir de la emisión. El artículo 14, por su parte, permite imponer estatutariamente, como requisito previo a la negociabilidad de las acciones, la aprobación por parte de la asamblea general de accionistas. Finalmente, el artículo 15 determina los efectos que una eventual vulneración a estas restricciones generaría, consagrando que *"toda negociación o transferencia de acciones efectuada en contravención a lo previsto en los estatutos será ineficaz de pleno derecho"*.

Reyes Villamizar<sup>81</sup>, sobre estos artículos, comenta:

Estas normas, claramente dispositivas tienden a dotar de seguridad las relaciones intrasocietarias, en especial, en lo que respecta a la claridad y estabilidad de las situaciones de control o a la voluntad de las partes para mantener cerrada su estructura.

### 8.2.1. Cláusulas de incesibilidad de acciones en acuerdos entre accionistas

Los acuerdos entre accionistas, como lo señala Mejía<sup>82</sup>:

Se denominan aquellos acuerdos bilaterales o plurilaterales entre accionistas, que tienen por objeto regular -al margen de los estatutos sociales- el ejercicio de sus derechos, relaciones e intereses, mediante reglas relacionadas, entre otras, con el control y la administración de la sociedad.

Se debe resaltar, con fundamento en el citado autor<sup>83</sup>, que estos acuerdos pueden ser celebrados tanto por socios mayoritarios como minoritarios, por

81 *Ibid.*, 470.

82 Darío Mejía, "Los acuerdos de accionistas. Evolución y aplicación en Colombia". *Revista de Derecho Privado, Universidad de los Andes*. 52 (2014): 4. "Teniendo en consideración que los acuerdos de accionistas solo nacen a la vida jurídica en caso de existir una sociedad, hay una relación íntima y directa entre los estatutos sociales y dichos acuerdos, en la que los últimos son accesorios a los primeros".

83 *Ibid.*, 5.

lo que su producción de efectos no se encuentra supeditada a esta o aquella calidad.

En el derecho comercial colombiano se encuentra una dualidad de regímenes en materia de acuerdos de accionistas que restringe el objeto sobre el cual pueden versar. Los acuerdos de accionistas celebrados entre los socios de las compañías del Código de Comercio, con fundamento en el art. 70 de la ley 222 de 1995, podrán tratar exclusivamente temas relacionados con el sentido en que se emitirá el voto en las asambleas generales de accionistas, teniendo esta norma un carácter taxativo, siendo este ratificado por la Superintendencia de Sociedades en oficio 220-009238 del 11 de marzo de 2004.

La novedad en la materia llegó con la expedición de la ley 1258 de 2008, ya que acabó con la taxatividad expuesta en el párrafo precedente, cuando de las SAS se trata. En efecto, el art. 24 de la ley permite la celebración de acuerdos de accionistas que podrán versar sobre *“la compra o venta de acciones, la preferencia para adquirirlas, las restricciones para transferirlas, el ejercicio del derecho al voto, la persona que habrá de representar las acciones en la asamblea y cualquier otro asunto lícito”*, abriendo así un horizonte de posibilidades en este asunto.

Los acuerdos parasociales pueden clasificarse<sup>84</sup>, para efectos del presente trabajo, en (i) pactos de relación y (ii) pactos de sindicación de acciones. Los primeros, como los presenta el autor, son aquellos que se encargan de regular las relaciones entre los socios, de manera directa y sin intervención de la sociedad. *“Su elemento esencial consiste en no incidir sustancialmente sobre la esfera social; esto es, su regulación es netamente interna”*. Para el autor<sup>85</sup>, ejemplos comunes de estos pactos, entre otros, son:

- (i) Aquellos dirigidos a establecer, a favor de todos o algunos de los socios, derechos de adquisición preferente sobre las participaciones sociales; (ii) obligaciones de no incrementar la participación del capital por encima de un determinado porcentaje.

Los segundos, a su vez se dividen en (i) sindicatos de bloqueo; (ii) sindicatos de voto; (iii) sindicato con retención de títulos y; (iv) sindicato con transmisión de títulos. Por razones de pertinencia, únicamente se abordarán los primeros, entendidos como aquellos que *“tienen por objeto impedir o limitar la libre transferencia de acciones a terceros que no forman parte de la sociedad, mediante compromisos de no transferencia o condicionamiento a la transferencia de acciones”*.<sup>86</sup>

Como es fácilmente deducible por el lector, las cláusulas de incesibilidad de las acciones pueden ser incluidas en ambos tipos de pactos. En los de

84 Clasificación extraída de Darío Mejía, *Ibid.*, 6-8. Sin descartar la existencia de los pactos de atribución y organización.

85 *Ibid.*, 7.

86 *Ibid.*

relación, teniendo en cuenta su vocación de regular relaciones de tipo estrictamente interno entre los accionistas, se estipularían con el objeto de evitar la enajenación de acciones entre los mismos accionistas de la sociedad. En otras palabras, un accionista le impone la obligación a otro de no enajenarle total o parcialmente sus acciones a determinado consocio en la misma compañía. Por otro lado, los pactos de sindicación de acciones, específicamente los de bloqueo, permiten que un accionista le impida a otro la enajenación de su participación social a terceros que deseen adquirir acciones de la sociedad.

Es menester decir, en primer lugar, que la validez de estas cláusulas cuando se incluyen en estos negocios está condicionada al cumplimiento de los requisitos generales ya mencionados en líneas arriba.

Finalmente, atendiendo a la naturaleza de los pactos de relación y de sindicación de bloqueo, esta propende por la no influencia en la esfera de desarrollo de la sociedad. Por lo anterior, pese a que la Ley 1258 de 2008 permita la vinculación de la sociedad a estos pactos previo cumplimiento de determinados requisitos, estos tipos de acuerdos en específico se rigen por el principio de relatividad de los contratos consagrado en las normas generales del Código Civil. De esta forma, únicamente producen efectos *inter partes*, por lo cual solo les competen a los socios que los suscriben. En razón de ello, los legitimados para solicitar la ejecución judicial son los firmantes del acuerdo, no la sociedad.

Sobre la realización forzada del acuerdo entre accionistas, no hay verdaderas luces sobre el alcance que debería dársele. Inicialmente, puede pensarse que la ejecución de estos pactos se circunscribirá a la de una obligación de no hacer que, como se explicó arriba, sólo tendrá como posible resultado la condena a la indemnización de perjuicios a aquel socio que haya cedido las acciones en violación del acuerdo, mas no la resolución de la cesión. No obstante, la Superintendencia de Sociedades<sup>87</sup> no ha sentado una posición clara al respecto. Inclusive, es difuso el panorama respecto de la competencia de este ente administrativo cuando los acuerdos entre accionistas no vinculan a la compañía.

87 Superintendencia de Sociedades. Delegatura para Procedimientos Mercantiles. Sentencia del 23 de abril de 2013. Proedinsa Calle & Cía S. en C. contra Inversiones Vermont Uno S. en C., Inversiones Vermont Dos S. en C., Inversiones Vermont Tres S. en C. y Colegio Gimnasio Vermont Medellín S.A. *Los acuerdos de accionistas en las SAS cuentan también con mecanismos orientados a asegurar su efectividad, incluida la obligación que se le impone al presidente de la asamblea de no computar el voto proferido en contravención a un acuerdo de accionistas debidamente depositado y la posibilidad de promover ante la Superintendencia de Sociedades, mediante el trámite del proceso verbal sumario, el cumplimiento de lo pactado.*

### 8.3. ADMISIBILIDAD DE LAS CLÁUSULAS DE NO ENAJENAR EN RELACIONES DE CONSUMO

La óptica de las relaciones contractuales asimétricas permite dar un análisis especial a los pactos de no enajenar cuando estos son incluidos en un contrato de consumo.

El contrato de consumo debe entenderse como aquel en el cual concurren: (i) un sujeto, conocido como consumidor, quien es el destinatario final de bienes o servicios; (ii) el profesional, cuya función es la producción o distribución de bienes y servicios y; (iii) un objeto contractual delimitado por la transferencia de bienes o la prestación de servicios por parte del profesional en favor del consumidor.

Desde la perspectiva del derecho del consumo colombiano, la inalienabilidad convencional debe ser estudiada a la luz del régimen nacional de las cláusulas abusivas. Así, el artículo 42 del Estatuto del Consumidor consagra las define como *"aquellas que producen un desequilibrio injustificado en perjuicio del consumidor y las que, en las mismas condiciones, afectan el tiempo, modo o lugar en que el consumidor puede ejercer sus derechos"*, recogiendo una concepción amplia de las cláusulas abusivas, pues acude un criterio cognoscitivo que se verifica con la existencia de un desequilibrio injustificado.<sup>88</sup>

Las cláusulas abusivas, como bien lo plantea Stiglitz<sup>89</sup>, no adolecen de dicha condición exclusivamente en aquellos casos en que han sido predispuestas en el reglamento contractual, ya que no se excluye que producto de una negociación pueda ser incluida una disposición de tal carácter. Otra cosa es que sea en las condiciones generales de contratación donde, en mayor medida, puedan encontrarse estas estipulaciones patológicas.

Como lo destaca la doctrina, el juez tendrá que estudiar sistemáticamente el contrato junto con la cláusula de no enajenar incluida en él, para luego analizar el contenido del pacto de manera individual.<sup>90</sup> Así mismo, si se trata de contratos de adhesión, el operador jurídico tendrá en cuenta las características generales de las cláusulas abusivas en este tipo de reglamentos: (i) que sea predispuesta, (ii) que la cláusula genere un desequilibrio jurídico en el contrato, (iii) que el desequilibrio sea injustificado y (iv) que la cláusula

88 Rubén Stiglitz, "Contrato de consumo y cláusulas abusivas". *Con-texto*. 4 (1999): 40. Apartándose de una clásica concepción restrictiva, la cual tiende a confundir las cláusulas abusivas con los contratos de adhesión.

89 *Ibid.*, 34.

90 Gustavo Valbuena, "Reflexiones sobre el tratamiento de las cláusulas abusivas en Colombia", en *Perspectivas del Derecho del Consumo*. Dir. por Carmen Ligia Valderrama (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2013), 418. *"Lo que examina -el juez- es que aquellas prerrogativas que pueda ejercer unilateralmente la parte en posición de dominio hayan sido efectivamente ejercidas de acuerdo con su función social y económica (...)".*

sea contraria al principio de la buena fe.<sup>91</sup> En los demás tipos de contratos, estudiará que su estipulación se haya hecho en contra del principio de buena fe y que el desequilibrio resultante sea relevante o significativo.

Ahora bien, es claro que la imposición de una obligación de no enajenar en cabeza del consumidor y en favor del profesional constituye una conducta contractual, la mayoría de las veces, abusiva. Si se parte de la base de que de las relaciones de consumo no es predicable una posición paritaria, ya sea en términos financieros, técnicos y administrativos, entre los cocontratantes, no se observa razón alguna que justifique la validez y eficacia de las cláusulas de inalienabilidad en este tipo de régimen. Si se entiende que el desequilibrio injustificado presupone "la ampliación de las ventajas o provechos del profesional (...) y, consecuentemente agravamiento, de las cargas y obligaciones del consumidor sin que de la correlación (...) surja una contrapartida en beneficio del consumidor", la obligación de no enajenar se erige como exclusivamente beneficiosa para el empresario que no para el consumidor ni algún otro tercero.

No se desconoce que un profesional podría acudir a este tipo de pactos con el fin de garantizar la contraprestación en cabeza del consumidor, empero este interés no es suficiente para permitir su validez, en tanto no se reporta beneficio de alguna índole para el consumidor.

Se hace la salvedad en los casos de consumo financiero, ya que la entidad vigilada cuenta con el interés legítimo de garantizar su crédito, considerando que la cláusula de no enajenar, en estos casos, se asemejaría al sistema de garantías que normalmente se pactan en esas relaciones en específico. No obstante, no se espera que su uso sea frecuente, pues no puede concurrir con alguna otra garantía sobre un mismo bien, v. gr., prenda e hipoteca, so pena de incumplir con la necesidad de acreditar un interés legítimo en la no enajenación, debe estar delimitada temporalmente y no otorga posibilidad alguna de persecución del bien inalienable, pues sus efectos se limitan al resarcimiento de perjuicios, la cual seguirá dependiendo del estado de liquidez del deudor, por lo cual no puede predicarse una verdadera seguridad en el cumplimiento del crédito de la entidad financiera.

Finalmente, dado el caso en el que se incluya un pacto de inenajenabilidad en un contrato de consumo, no producirá efectos en momento alguno, pues al ser una cláusula abusiva, se sanciona con ineficacia de pleno derecho, conforme lo establece el artículo 42 del Estatuto del Consumidor.

91 Camilo Posada, "Las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión en el derecho colombiano". *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, 29 (2015): 156-164. "En todo los casos en que no existe ninguna razón legítima que le permita al predisponente justificar la inclusión de alguna o algunas cláusulas que implican una alteración del equilibrio jurídico del contrato, apartándose de las normas dispositivas que establecían un contenido equilibrado, se presenta un desequilibrio relevante del mismo"

## 9. CONCLUSIONES

Para concluir, se observa que los problemas subyacentes a los pactos de no enajenar vienen siendo considerados desde finales del siglo XIX. Se trata de una discusión que no ha sido saldada, por lo que el debate queda abierto.

Así las cosas, destaca que las cláusulas de inalienabilidad han sido estudiadas desde los tiempos del Derecho Romano, no teniendo su mayor estudio sino hasta la jurisprudencia de la Corte de Casación Francesa de la segunda mitad del siglo XIX, la cual varió su posición prohibicionista en un corto intervalo de tiempo, admitiendo este tipo de estipulaciones al punto de reconocerles efectos reales cuando son incorporadas en actos a título gratuito, siendo esta una excepción a la libre disposición de los bienes, que no una expresión de prevalencia de la autonomía privada.

Más de un siglo después, la Corte de Casación Francesa nuevamente da un giro en la materia otorgando efectos reales a los pactos de no enajenar incluidos en negocios a título oneroso, contradiciendo las razones iniciales por las cuales habría permitido esta consecuencia exclusivamente en negocios a título gratuito.

Aterrizando al derecho patrio, se recuerda que a la propiedad en Colombia le es inherente una función social, según la cual su titular podrá disfrutar de su derecho siempre que no abuse de él, no dañe a terceros, y reporte un beneficio a la sociedad. El legislador podrá limitar el goce y la disposición con el fin de asegurar el interés general.

La autonomía privada, por su parte, no continúa atendiendo exclusivamente a los intereses de los particulares, pues su ejercicio, como lo ha planteado la jurisprudencia constitucional, tiene efectos directos en el interés general, especialmente desde una perspectiva económica, por lo que no puede ser arbitrario ni abusivo.

Así, no sería razonable ni proporcional en Colombia la existencia de una prohibición absoluta de inclusión de las cláusulas de no enajenar en los negocios jurídicos, pues implicaría la imposición de una carga extremadamente gravosa en cabeza del interesado, al limitar de manera general su autonomía privada, existiendo la posibilidad de reconocer otras medidas igualmente conducentes para proteger la libre disposición de los bienes.

Así mismo, no es admisible que, en un régimen de prohibiciones especiales como lo es Colombia, estas sean extendidas analógicamente a supuestos no previstos en ella, pues como se explicó a profundidad en el cuerpo de este documento, las sanciones deben ser objeto de interpretación restrictiva.

Con lo concluido hasta acá, es claro que la discusión sobre estas cláusulas debe ser circunscrita al grado de eficacia que debe reconocerles el derecho colombiano, pues al no existir norma que las proscriba de manera absoluta, no se pone en duda su validez.

En derecho comparado se encuentran posiciones variadas. Mientras que en Argentina se permiten en contratos onerosos siempre que se determine la persona a quien no se le puede transmitir el dominio y esté limitada temporalmente hasta por 10 años, el derecho chileno adopta la teoría según la cual tendrán una eficacia relativa en todo acto siempre que se cumpla con la existencia de un interés legítimo del autor de la cláusula, adquirente, enajenante o un tercero en que no se disponga de la cosa. Por otro lado, en Perú existe norma que las prohíbe de manera íntegra

Las normas europeas de armonización, en materia de cesión de créditos, adoptan tres posibles posiciones, cuya aplicación dependerá del supuesto fáctico al que se enfrente el juez, en relación con el pacto de incesibilidad: (i) será oponible al deudor cedido, (ii) será inoponible al deudor cedido; (iii) será oponible al cesionario de manera relativa.

En Colombia, la CSJ les ha reconocido validez de una manera casi homóloga a la chilena. Entonces, las cláusulas de inalienabilidad serán válidas siempre que estén determinadas en el tiempo y sean producto de la existencia de un interés legítimo.

Sobre sus efectos, se hace la distinción entre prohibiciones voluntarias de no enajenar y obligaciones de no disponer. Mientras aquellas son absolutamente nulas por tratarse de la renuncia absoluta e indefinida a la posibilidad de disponer sobre un bien, estas son eficaces en cuanto su transgresión constituiría un incumplimiento contractual de una obligación de no hacer y su consecuencia se reduciría a la posibilidad de solicitar el resarcimiento de perjuicios, sin posibilidad de revocar los negocios celebrados de manera posterior a la estipulación de la cláusula, siguiendo la tendencia histórica del derecho privado chileno.

En materia societaria, las cláusulas de incesibilidad de acciones que son estipuladas estatutariamente no producirán efecto alguno, no obstante lo dispuesto por la Ley 1258 de 2008, cuya naturaleza dispositiva permite a los fundadores de una SAS incluir este tipo de normas estatutarias restrictivas de la libre negociabilidad de las acciones en las escrituras de constitución de la compañía.

Los acuerdos entre accionistas permiten la restricción a la negociabilidad de las acciones, pero estos producirán los mismos efectos de un contrato y su cumplimiento estará delimitado por el principio de relatividad obligacional, siendo los socios signatarios los únicos legitimados para solicitar la ejecución judicial de estas cláusulas. No existe verdadera certeza sobre el alcance de la ejecución de los acuerdos de accionistas que restringen la cesibilidad de acciones. La Superintendencia de Sociedades no ha dado veras al respeto.

Finalmente, se recuerda que las cláusulas de inalienabilidad no serían admisibles, en la mayoría de los casos, en relaciones de consumo, teniendo en cuenta que se constituirían en abusivas al defender exclusivamente el interés del empresario sin reportar beneficio alguno para la parte débil del contrato.

En el caso de consumo financiero, se encuentra que las prácticas usuales es la garantía del crédito en favor de la entidad vigilada, la cual bien puede ser cumplida por un pacto de no enajenar. No obstante, no se ve cómo este tipo de cláusulas puedan representar una mayor seguridad en este tipo de relaciones, por encima de las garantías clásicas.

## BIBLIOGRAFÍA

### LIBROS

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

Alessandri, Arturo, Manuel Somarriva y Antonio Vodanovic. *Tratado de los derechos reales: bienes* (Tomo 1º). Santiago: Jurídica, 2011.

Arévalo, Ismael. *Bienes, Constitucionalización del Derecho Civil* (2ª ed.). Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2017.

Bernal, Carlos. *El derecho de los derechos. Escritos sobre la aplicación de los derechos fundamentales*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005.

Corral, Hernán. Cláusulas de no enajenar: su régimen jurídico a partir de la distinción entre prohibiciones de disponer y obligaciones de no disponer. En *Estudios de derecho privado. Homenaje al profesor Ramón Domínguez Águila*. Santiago: Thomson Reuters, 2015.

Hinestrosa, Fernando. *Tratado de las Obligaciones, Concepto, Estructura y Vicisitudes* (3ª ed.). Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007.

Hinestrosa, Fernando. *Tratado de las obligaciones II. De las fuentes de las obligaciones: el Negocio Jurídico* (Vol. I). Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2015.

Kaser, Max, Rolf Knütel y Sebastian Lohsse. *Derecho Privado Romano*. Traducido por Patricio Lazo, y Francisco Santos. Madrid: Boletín Oficial del Estado, 2022.

Massimo Bianca, Cesare. *Derecho Civil 3, el contrato*. Traducido por Fernando Hinestrosa y Edgar Cortés. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007.

Pinochet, Ruperto. "Sobre la validez de las cláusulas de no enajenar. Un enfoque actual", en *Fundamento de Derechos Reales en el Derecho Chileno*. Editado por Rodrigo Barcia. Thomson Reuters, 2013.

Reyes, Francisco. *Derecho Societario* (4ª ed.). Bogotá: Temis, 2020.



Rico, Luis Alonso. *El Derecho de Propiedad de los Particulares*. Bogotá: tirant lo blanch, 2022.

Sepúlveda, Marco Antonio. "La cláusula de no enajenar", en "*Derechos Reales, Principios, Elementos y Tendencias*". Editado por Gabriel Tartiere. Buenos Aires: Editorial Heliasta S.R.L, 2008.

Ternerera, Francisco. *Bienes*. Bogotá: Universidad del Rosario, 2011.

Valbuena, Gustavo. "Reflexiones sobre el tratamiento de las cláusulas abusivas en Colombia", en "*Perspectivas del Derecho del Consumo*" Dirigido por Carmen Ligia Valderrama. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2013.

Valencia Zea, Arturo. *Derecho Civil Tomo 1: Parte General y Personas*. Bogotá: Temis, 2011.

Velásquez, Luis Guillermo. *Bienes (14ª ed.)*. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez, 2019.

#### ARTÍCULOS DE REVISTAS ACADÉMICAS

Bocanegra, Iván. "Restricción a la facultad de disposición en el derecho de propiedad. A propósito de un precedente de observancia obligatoria en materia registral". *Derecho y Cambio Social* 41 (2015). <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5456851>

Camacho, María Elisa. (2017) "La cesión de créditos en los proyectos de armonización y unificación del derecho de los contratos". *Revist@ E-Mercatoria*, 16 (2), (2017), <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/emerca/article/view/5814/7320>.

Campos, Sebastián. "La cláusula de no enajenar en los contratos de mutuo hipotecario". *Ars Boni Et Aequi*. 12 (1), (2016), <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5853796>.

Hinestrosa, Fernando. "Funciones, Límites y Cargas de la Autonomía Privada". *Revista de Derecho Privado, Universidad Externado de Colombia*. 26 (2014), <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/3794>.

Kämper, Lukas. « L'incessibilité conventionnelle de la créance et la réforme de 2016 ». *Revue internationale de droit comparé*. 70 (4), (2018), [https://www.persee.fr/doc/ridc\\_0035-3337\\_2018\\_num\\_70\\_4\\_21001](https://www.persee.fr/doc/ridc_0035-3337_2018_num_70_4_21001).

Maldonado Muñoz, Mauricio. "Límites y contenido esencial de los derechos (un marco conceptual problemático)". *Revista Derecho del Estado, Universidad Externado de Colombia*. 47 (2020), <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derest/article/view/6761>.

Mejía, Darío. "Los acuerdos de accionistas. Evolución y aplicación en Colombia". *Revista de Derecho Privado, Universidad de los Andes*. 52 (2014), <https://repositorio.uniandes.edu.co/handle/1992/47673>.

Posada, Camilo. (2015). "Las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión en el derecho colombiano". *Revista de Derecho Privado, Universidad Externado de Colombia*. 29 (2015), <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/4328>.

Sotil, Luis Felipe. "Las restricciones convencionales al derecho de propiedad y su oponibilidad a terceros". *THEMIS: Revista de Derecho*. 60 (2011), <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/9061/9472>.

Stiglitz, Rubén. "Contrato de consumo y cláusulas abusivas". *Con-texto*. 4 (1999), <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/contexto/article/view/1712/1539>.

## DECISIONES JUDICIALES

### Corte Constitucional

Sent. T-406 de jun. 5/1992 M.P. Ciro Angarita Barón.

Sent. T-240 de jun. 23/1993 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Sent. C-530 de nov. 11/1993 M.P. Alejandro Martínez Caballero.

Sent. T-230 de may. 13/1994 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz

Sent. C-022 de ene. 23/1996 M.P. Carlos Gaviria Díaz.

Sent. C-595 de ago. 18/1999 M.P. Carlos Gaviria Díaz.

Sent. C-670 de jul. 13/2004 M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

Sent. C-189 de mar. 15/2006 M.P. Rodrigo Escobar Gil.

Sent. C-544 de jul. 18/2007 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra

Sent. C-756 de jul. 30/2008 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

Sent. C-186 de mar. 16/2011 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

Sent. C-934 de dic. 11/2013 M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

## **Corte Suprema de Justicia**

Cas. Civil, Sent., dic. 15/1936. M. P. Eduardo Zuleta Angel. GJ: Tomo XLIV n.º 1920-1921.

Cas. Civil, Sent., ene. 30/1962. M. P. Gustavo Fajardo Pinzón. GJ: Tomo XCVIII n.º 2251-2252.

Sala Constitucional, Sent., ago. 11/1988, n.º 86. M. P. Jairo Duque Pérez.

Cas. Civil, Sent., dic. 1/2008, Rad. 41298-3103-001-2002-00015-01. M.P. Arturo Solarte Rodríguez.

Cas. Civil, Sent., dic. 1/2011, Rad. 11001-3103-035-2004-00428-01. M. P. Ruth Marina Díaz Rueda.

## **Consejo de Estado**

Sec. Tercera, Auto 21845, feb. 7/2002. M. P. Alier Hernández Enríquez.

S. de Consulta, Conc. 2166, jul. 24/2013. M. P. Álvaro Namén Vargas.

## **Delegatura para procedimientos mercantiles de la Superintendencia de Sociedades**

Delegatura para Procedimientos Mercantiles. Sentencia del 23 de abril de 2013. Proedinsa Calle & Cía S. en C. contra Inversiones Vermont Uno S. en C. y otros.

## **Laudos arbitrales**

Cámara de Comercio de Bogotá. Laudo Arbitral del 31 de mayo de 2018. María Victoria Solarte Daza vs C.S.S. Constructores S.A. y Carlos Alberto Solarte Solarte. Árbitros: Marco Gerardo Monroy Cabra, Olympo morales Benítez y Edgar A. Ramírez Baquero.

