

actor jurídico... componentes... especial... derecho civil... aplicabilidad, como...

Al menos en Colombia y en Argentina (Ley de Comercio Interior 410 de 1971), no rigió una distinción... sino que, más que atañe a la teoría del acto jurídico... se remite como principio a lo que dispone el acto... Código Civil... Por fortuna nuestros legisladores... no siempre es forzoso reconocer que, en los casos en que... propios sobre tales áreas, con propósito de... de dar recepción oficial a algunas elaboraciones de la doctrina y de la jurisprudencia, no siempre acertaron.

INEFICACIA E INEXISTENCIA EN EL CODIGO DE COMERCIO

2. Esto último es lo que sucede, por ejemplo, en un campo tan trascendental como el de las sanciones de los actos jurídicos, en donde, a juicio de autorizados comentaristas, que comparto, se resiente pues *PEDRO ESCOBAR TRUJILLO* unido una serie de inexactitudes y equívocos, debido en cierta medida a que se trasplantaron sin mayor análisis crítico y sin preocuparse por la tradición jurídica nacional, concepciones foráneas en buena parte del derecho italiano, que con frecuencia dificultan su entendimiento. Preocupantemente ambiguo es el tratamiento dado a la ineficacia y a la inexistencia, contempladas en sus lineamientos generales en los artículos 897 y 898.

3. La ciencia jurídica de extranjeros y nacionales ha logrado enseñar con certeza que un acto jurídico es eficaz cuando la declaración de voluntad, unilateral o bilateral, en que básicamente consiste cualquier acto de esta índole, cumple todos los requisitos para generar los efectos que de él deben emanar en consonancia con la ley. Al contrario, el acto será ineficaz (algunos también lo adjetivan de irregular) cuando no es apto para dar vida a plenitud a... privación de los efectos del acto, bien principio (*in limine*) porque no nació, o bien porque sólo fue apa-

Abogado de la Universidad de Antioquia
Ex-profesor y ex-decano de la Facultad de Derecho
Universidad de Antioquia
Medellín

1. Aunque sería ocioso negar que en la vida contemporánea se acentúa cada vez más el fenómeno, percibido de tiempo atrás, de la "comercialización del derecho privado", con lo que se quiere significar que la mayoría de los actos jurídicos entre personas privadas están impregnados hoy en día de componentes que los conforman como mercantiles, sujetos por ende a las leyes especiales del derecho de los comerciantes y no a las normas clásicas del derecho civil, no por ello estas últimas han perdido importancia ni aplicabilidad, como a veces se pregona con extrema ligereza.

Al menos en Colombia, el vigente Código de Comercio (Decreto 410 de 1971), no reguló completamente todos los aspectos, sino que, en lo que atañe a la teoría del acto jurídico y de las obligaciones, se remite como principio a lo que dispone el viejo, y no obstante actual, Código Civil. Por fortuna nuestros legisladores mercantiles tuvieron esta previsión, porque es forzoso reconocer que, en los casos en que sí introdujeron preceptos propios sobre tales áreas, con propósito de poner al día ciertas figuras o de dar recepción oficial a algunas elaboraciones de la doctrina y de la jurisprudencia, no siempre acertaron.

2. Esto último es lo que sucede, por ejemplo, en un campo tan trascendental como el de las sanciones de los actos jurídicos, en donde, a juicio de autorizados comentaristas, que comparto, se resiente nuestra codificación mercantil de una serie de inexactitudes y equívocos, debido en cierta medida a que se trasplantaron sin mayor análisis crítico y sin preocuparse por la tradición jurídica nacional, concepciones foráneas, en buena parte del derecho italiano, que con frecuencia dificultan su entendimiento. Preocupantemente ambiguo es el tratamiento dado a la ineficacia y a la inexistencia, contempladas en sus lineamientos generales en los artículos 897 y 898.

3. La ciencia jurídica de extranjeros y nacionales ha logrado enseñar con certeza que un acto jurídico es eficaz cuando la declaración de voluntad, unilateral o bilateral, en que básicamente consiste cualquier acto de esta índole, cumple todos los requisitos para generar los efectos que de él deben emanar en consonancia con la ley. Al contrario, el acto será ineficaz (algunos también lo adjetivan de irregular) cuando no es apto para dar vida a plenitud a tales efectos. Atinadamente afirman Guillermo Ospina Fernández y Eduardo Ospina Acosta que la ineficacia es la privación de los efectos del acto, bien desde el principio (in limine) porque no nació, o bien porque sólo fue apa-

rente y apenas sí produce efectos provisionales que luego se destruyen(1). O, en palabras de Arturo Valencia Zea, negocio ineficaz es el que no produce los efectos que normalmente debiera producir o que está destinado a extinguirse(2).

Un moderno autor italiano, Renato Scognamiglio, muy bien documentado en la doctrina de su país, trata de precisar el concepto de ineficacia. Se acostumbra hablar de ineficacia en sentido lato para designar todas las hipótesis en las cuales los efectos del acto no se producen o están llamados a decaer en un momento posterior; y se distingue de la ineficacia en sentido estricto, que se da cuando los efectos del contrato válidamente celebrado se retardan en su producción o cuando habiéndose producido regularmente, decaen luego(3).

De acuerdo con lo expuesto, la ineficacia en sentido lato, como la concibe Scognamiglio, es una noción genérica, que abarca toda clase de deficiencias de los negocios jurídicos, desde las más graves y protuberantes, hasta las de menor entidad. En otras palabras, las figuras que se conocen usualmente con la denominación de sanciones de los actos jurídicos (inexistencia, nulidad, inoponibilidad, etc.) son especies o modalidades de ineficacia y, por consiguiente, ésta es como una sanción global, dentro de la cual se escalonan, en orden de importancia, las diversas penas específicas. Son, pues, conceptos ciertamente distintos los de ineficacia, inexistencia, nulidad, pero la distinción está en relación de género a especie. Excepto la ineficacia en sentido estricto a que alude Scognamiglio, no puede decirse que la ineficacia esté en nivel de mera diferencia específica frente a las otras sanciones que se divisan en el panorama del derecho civil; ella es el género.

Siguiendo la misma orientación, Valencia Zea anota muy bien que la ineficacia legal da lugar a distinguir cuatro categorías de negocios irregulares: los inexistentes, los nulos o anulables, los inoponibles y los anómalos (engloba en esta última categoría los actos que, siendo válidos, causan perjuicio grave

(1) "Teoría general de los actos o negocios jurídicos", Ed. Temis, Bogotá, 1980, págs. 429 y ss.
(2) "Derecho Civil", Tomo I, Parte General y Personas, Ed. Temis, Bogotá, 1984, págs. 456 y ss.
(3) "Teoría general del contrato", Ed. Francesco Vallardi, Milán, traducción de Fernando Hinestroza, Publicaciones de la U. Externado de Colombia, Bogotá, 1971, págs. 297 y ss.

a una de las partes, tal la compraventa de inmuebles en la que cualquiera de los contratantes haya sufrido lesión enorme)(4).

4. Ahora bien, como se sabe, se ha considerado que dentro de las especies de sanciones enunciadas, la más elevada es la inexistencia, definida como la ausencia de aquellos presupuestos o condiciones indispensables, conforme a la ley, para que el acto nazca realmente como tal a la vida jurídica, de suerte que si no concurren esos requisitos el acto simplemente no es, o como dicen algunos, equivale a la "nada jurídica"; tiene a lo sumo una "vacía apariencia"; como reza la socorrida frase de Betti, mientras que Josserand lo describe dramáticamente como "tentativa de negocio que abortó"(5).

5. Harto divulgada entre los jurisperitos es la ardua controversia que se ha suscitado acerca del origen y la justificación de la teoría de la inexistencia, tanto en el derecho francés, que fue donde se configuró, como en los que en él se inspiran (chileno, colombiano, etc.); pues el paso que unos tratadistas, tras de no hallarle respaldo legal, estiman que es inútil y que la mayor sanción de carácter iusprivatístico es la nulidad absoluta, otros hacen su apología ferviente. Con todo, para los fines acá perseguidos, puede prescindirse de profundizar sobre este debate, ya que en el derecho colombiano, a pesar de preceptos del Código Civil que en opinión de algunos intérpretes son suficientes para impugnarla (como el artículo 60., tal vez el 1526 y el 1502) e incluso de una sentencia de la Corte Suprema de Justicia que la rechazó enérgicamente y que todavía suele ser citada (Casación Civil del 15 de septiembre de 1943, G.J. LIV, 125), hay otros del mismo estatuto que le dan sustento y de hecho cuenta hoy en día con común aceptación doctrinaria y jurisprudencial en la esfera civil; fuera de la explícita adopción legal que, como al comienzo se indicó, ha recibido, bien o mal, en la comercial(6).

(4) Op. cit., págs. 403, 404.
(5) Es digno de glosa agrupar a la inexistencia entre las sanciones de los actos jurídicos, pues en sana lógica, la sanción es una connotación de lo que no debió ser pero que, contra todo, fue; y en la inexistencia, el acto no fue. Es que la misma locución "acto inexistente" envuelve un contradictorio, si al purismo del lenguaje nos atenemos. No obstante lo penetrante de esta acotación, escuchada a prestante abogado de Medellín, se conserva en este escrito el esquema terminológico habitual.
(6) Hay quienes aseveran que la teoría de la inexistencia hunde sus raíces en el derecho francés desde el siglo XVI y que halló su concreción dos siglos después en Pothier, quien deslindó en los negocios jurídicos los elementos de la esencia, de la naturaleza y accidentales (cfr. Ospina Fer-

6. Conviene recordar que en el Código Civil colombiano, la inexistencia encuentra su más firme apoyo en el artículo 1501, el cual, acorde con la doctrina esbozada por Pothier y que por cierto no fue acogida en el Código de Napoleón, se ocupa de los elementos de la esencia, de la naturaleza y accidentales del negocio jurídico e identifica los primeros como aquellos sin los cuales el negocio no produce efectos o degenera (sic) en otro distinto. En otros varios artículos dispersos por el Código, se alude a determinadas manifestaciones de voluntad para decir que no producirán efecto alguno o que se tendrán por no escritas o no celebradas; estos artículos también parecen constituir aplicaciones particulares de la teoría de la inexistencia.

7. Como es obvio, los actos inexistentes y los actos nulos dependen de que no se hayan dado sendos presupuestos, los de existencia y los de validez, palmariamente diferenciados. Así, son presupuestos esenciales genéricos para la existencia de todo negocio: 1) La declaración de voluntad, vale decir, el consentimiento, que ordinariamente tendrá que ser explícito, pero que a veces basta con que sea implícito; y 2) Las formalidades "ad substantiam actus". La falta de uno cualquiera de estos ingredientes entraña inexistencia. Además, esta sanción sobreviene en cada negocio específico por la falta de un elemento esencial a su estructura jurídica intrínseca, siempre que no induzca a la conversión del acto. En cuanto a los actos nulos, reúnen los presupuestos de existencia, mas no los de validez, que son los siguientes: a) capacidad de goce y de ejercicio, b) exención de vicios en el consentimiento, c) posibilidad y licitud del objeto y de la causa, d) sumisión *completa* a una forma o solemnidad cuando se exige "ad substantiam actus"(7).

A juicio de reputados expositores la inexistencia se limita a la omisión total del consentimiento, porque aducen que en los actos solemnes "ad substan-

nández y Ospina Acosta, op. cit., págs. 429 y 430). Otros sostienen que es creación puramente moderna. Ilustrativo sobremanera a este respecto es el prolijo estudio que hace Georges Lutzesco sobre el desenvolvimiento de la teoría de las nulidades a partir del derecho romano y posteriormente en el derecho francés de las Edades Media y Moderna, hasta desembocar en el Código de 1804; este autor, enemigo acérrimo de la inexistencia, concluye que el antiguo derecho francés y desde luego el romano, fueron totalmente ajenos a la misma y atribuye la paternidad de su invención a Zachariae, tan solo a mediados del siglo XIX ("Teoría y práctica de las nulidades", Sirey, París, 1938, traducción de Manuel Romero Sánchez y Julio López de la Cerda para Editorial Porrúa, México, 1978, a lo largo de los títulos primero y segundo de la segunda parte).

(7) Valencia Zea, op. cit., págs. 456 y ss. Ospina Fernández y Ospina Acosta, op. cit., pág. 86.

tiam", aquél se subsume en la formalidad. Por otra parte, se nota una incongruencia en la preceptiva del Código Civil en lo tocante al castigo que merece la falta de solemnidad, pues si bien el artículo 1760 ordena tener como no celebrado (i.e. como inexistente) el acto o contrato que, debiendo constar por mandato legal en instrumento público, se concluye de diferente manera, no dispone idéntica consecuencia para otro tipo de ritualidades, cuya inadvertencia, al tenor del artículo 1741, acarrea nulidad absoluta(8). Como un intento de salvar esta contradicción se argumenta que la pretermisión plena de la forma prescrita (sea que consista en instrumento público o en cualquier otra manifestación de solemnidad) es la que se traduce en inexistencia, tal como lo prevé el artículo 1760, en tanto que su imperfección o inacabamiento hace caer en la nulidad absoluta y que es a esta contingencia a la que se refiere el artículo 1741(9).

No sobra apuntar que, a más de las dos grandes causales mencionadas, o sea la falta de consentimiento y el vacío total de forma en los negocios solemnes, se incurre igualmente en inexistencia, según la mayoría de los juristas partidarios de ella, por falta total de objeto o por falta total de causa. En cambio, se ha discutido fuertemente lo relativo a los llamados "errores-obstáculos" en el consentimiento (error en el negocio y error en el objeto).

8. En todo caso, dos son las características principales que se predicán de la inexistencia, a saber: 1) La no producción de efectos, ni en mínima medida, del acto pretendido, ora se mire al pasado o al futuro. 2) Opera automáticamente, sin necesidad de que ninguna autoridad le declare, como quien dice de pleno derecho, lo que permite a las personas que hayan tomado parte en el acto inexistente olvidarse tranquilamente de él, sin más, en su ulterior comportamiento jurídico. Como consecuencia lógica de lo anterior, el acto inexistente nunca es susceptible de ratificación ni de ser subsanado por prescripción.

(8) Véase sobre lo dicho lo que escribió Ricardo Uribe Holguín en "El Contrato aparente", que integra su libro "Cincuenta breves ensayos sobre obligaciones y contratos", Editorial Temis, Bogotá, 1970, págs. 19 y ss..

(9) Cfr. por ejemplo Eudoro González Gómez, "Las obligaciones en el derecho civil colombiano", edición de la Universidad de Antioquia, Medellín, 1981, pág. 131. Me parece que Uribe Holguín, por el contrario, da prelación al artículo 1760, que es posterior y ya que no ve razón convincente para esta divergencia de sanciones (op. y loc. cit.).

9. Para comprender cabalmente el asunto es bueno insertar también aquí un somero repaso de principios angulares de la nulidad, tema éste que es calificado, con mucho, como el más complejo del derecho civil.

La reglamentación de esta materia en el Código Civil colombiano, artículos 1740 y siguientes, es más detallada y clara que la del francés, en donde se la ha comprimido en un solo artículo, el 1117, que no es modelo de precisión y que se explica porque en ese país se quiso recoger, casi a guisa de compromiso, el pensamiento jurídico resultante de la larguísima evolución iniciada desde la Edad Media, tal como la revela la sesuda investigación de Lutzesco antes citada. El mencionado artículo 1117 del Código Civil francés dice escuetamente que la convención contraída por error, violencia o dolo no es nula de pleno derecho sino que sólo da lugar a una acción en nulidad o en rescisión. La doctrina y la jurisprudencia francesas han explayado el contenido conceptual de la nulidad con base en tal texto y el mismo se ha prestado para alimentar las confusiones planteadas por la teoría de la inexistencia, pues ésta ha sido a veces equiparada a la nulidad de pleno derecho.

10. Entre nosotros, en cambio, son discernibles perfectamente dos clases de nulidad, la absoluta y la relativa. Este léxico es desconocido en la redacción del Código de Francia, el cual reserva la acción de rescisión para el evento de la lesión enorme, en tanto que la acción en nulidad sirve para sancionar los vicios del consentimiento y algunas incapacidades; el Código colombiano, por su parte, hace sinónimos, o mejor correspondientes, los términos nulidad relativa y rescisión (técnicamente, de la nulidad relativa de un acto jurídico se desprende la acción de rescisión); finalmente, la nulidad de pleno derecho del Código francés puede parangonarse con la nulidad absoluta del nuestro(10).

11. Pues bien, en el derecho civil colombiano es punto pacífico, porque expresamente la ley se encargó de dirimirlo, que en ambas nulidades, la absolu-

(10) Lo puntualizó así muy bien el eminente civilista colombiano Lucrecio Jaramillo Vélez, quien era asimismo insigne romanista y profundo conocedor del derecho francés, en su tesis de grado "La nulidad en derecho privado", Ed. Teoría, Medellín, 1943, págs. 46 y 47. Entre otras cosas dice: "No recuerdo haber visto nunca en el Código francés la expresión 'nullité absolue'...". En el mismo orden de ideas, este autor se adhiere a la posición de que nulidad de pleno derecho en el sistema jurídico francés quiere decir fundamentalmente, no que se pueda dejar de lado la intervención del juez, sino que éste puede actuar de oficio (págs. 98 y 99).

ta y la relativa, es inevitable su declaración judicial para que las secuelas inherentes a una u otra se realicen, de suerte que mientras no se dicte sentencia de nulidad, el acto ha de reputarse válido. Repudia el Código Civil las nulidades de pleno derecho, en el significado literal de esta frase; ningún acto es realmente nulo per se, sino simplemente anulable, no importa que el vicio que lo afecta esté erigido en motivo de nulidad absoluta o de nulidad relativa. La distinción tajante entre estas dos sanciones radica en otro factor, cual es el de la titularidad para invocarlas (la absoluta puede ser alegada por cualquier persona que tenga interés en ello y aun debe declarársela por el juez de oficio cuando aparezca de manifiesto en el acto o contrato; la relativa sólo puede ser impetrada por la persona en cuyo beneficio la ha establecido la ley).

12. El acto sobre el que recae una causal de nulidad no deja, pues, de engendrar todos sus efectos desde el momento de su celebración, ni más ni menos que si fuera válido, efectos que cesan únicamente cuando la nulidad es proclamada por la justicia; en este sentido, se ha dicho que tales efectos son provisionales. Pero además, todo acto jurídico marcado con el estigma de la nulidad tiene unos efectos virtuales, lleva consigo una semilla de firmeza, que bien puede germinar tornándolo invulnerable. Porque es posible, de un lado, que antes de que la nulidad sea pronunciada por el juez, las partes por su propia voluntad decidan ratificar el acto, el que se entiende entonces convalidado "ex tunc", retroactivamente a la fecha de celebración (lo que en el derecho colombiano es admisible desde que la nulidad no se deba a objeto o causa ilícitos); o que, independientemente del querer de las partes, vaya pasando el tiempo sin el insustituible proveído judicial hasta que llegue la prescripción, en cuya virtud el acto que era inválido queda redimido definitivamente, inclusive si la invalidez se deriva de objeto o de causa ilícitos (en el derecho colombiano ese lapso está fijado actualmente en veinte años para la nulidad absoluta y cuatro para la relativa)(11). Y en este sentido, por la presencia

(11) Para Ospina Fernández y Ospina Acosta esta prescripción ofrece la peculiaridad de que, vencido el plazo referido, la nulidad se purga automáticamente, sin que de ahí en adelante puedan hacer nada en contra el juez ni las partes, aun tratándose de procesos en curso (op. cit., págs. 466/67 y 474/75). En verdad, esta cualidad hace que no se la pueda asimilar a la prescripción liberatoria de obligaciones, ni a la caducidad para el ejercicio de la acción, a la que, con todo, se aproxima más. Repárese además en que según el artículo 106 del Código de Comercio, la nulidad proveniente de la ilicitud del objeto o de la causa en el contrato de sociedad no podrá sanearse; tan perentoria negativa parece no dejar resquicio ni siquiera para la prescripción (Cfr., fuera de la obra que acaba de citarse, pág. 511, Gabino Pinzón, "Sociedades Comerciales", Ed. Temis, Bo-

eventual de la ratificación o del saneamiento, se ha dicho que de los actos aquejados de nulidad brotan los llamados efectos indirectos, impensables, como ya se observó, en la inexistencia.

13. Resumiendo, no es lo mismo decir que un acto no tiene efectos, que decir que no tiene valor: lo primero nos sitúa en el plano de la inexistencia, lo segundo en el de la nulidad; y una y otra, a su vez, se inscriben dentro del círculo más dilatado de la ineficacia(12).

14. El anterior recuento sobre el alcance de la ineficacia, la inexistencia y la nulidad en el derecho civil, que es la fuente auténtica de dichas instituciones jurídicas, era pertinente para volver a lo que sobre ellas dispone el Código de Comercio colombiano. De acuerdo al artículo 897 de éste, cuando en él se exprese que un acto no produce efectos, es ineficaz de pleno derecho, sin necesidad de declaración judicial. En el artículo siguiente se define el negocio jurídico inexistente como el que se haya celebrado sin las solemnidades sustanciales que la ley exija para su formación, en razón del acto o contrato y también como aquél al que le falte alguno de sus elementos esenciales. El artículo 899 enumera los supuestos de nulidad absoluta y el 900 relaciona las causas que originan lo que el Código llama anulabilidad y que no es otra cosa que un mal nombre, trasunto nuevamente de la tendencia italianizante, para la nulidad relativa.

La ineficacia y la inexistencia son tratadas, pues, en normas separadas, asignándole a cada una regímenes que a primera vista poseen su propia especificidad y esto, como se verá a continuación, ha dado pie a interpretaciones discutibles.

15. Es así como en sentencia del 28 de febrero de 1983 del Tribunal Superior de Medellín, sala de decisión civil del magistrado José Fernando Ramírez, se lee que los fenómenos de la inexistencia y la ineficacia no deben confundirse, toda vez que la primera raya con la nada jurídica y aun con la nada ma-

gotá, 1982, Volumen I, página 266; pero pese al artículo 1o. del Código, no se extiende a otros negocios mercantiles por analogía, en razón del conocido principio de que las normas prohibitivas o desfavorables son de aplicación restrictiva).

(12) Esto no quiere decir que el Código Civil escape a las impropiedades, como cuando el artículo 140 irrumpe: "El matrimonio es nulo y sin efectos...", lo que bien recuerda Valencia Zea (op. cit., pág. 460, nota 18). Desde luego, el matrimonio nulo no excluye algunos efectos jurídicos.

terial, es ausencia de acto, en tanto que la segunda es la carencia de efectos, la esterilidad del acto; éste es pero no produce efectos y por lo mismo la ineficacia es un castigo inferior a la inexistencia, si bien superior a la nulidad absoluta y, claro está, a la nulidad relativa y a la inoponibilidad(13). Como se ve, las nociones no se concretan con la exactitud deseable, sobre todo la ineficacia, pues para ubicarlas el Tribunal echa mano de criterios de delimitación vagos, erráticos, trae a colación presuntos atributos francamente inaprehensibles en el contexto de lo jurídico. Todo ello, a mi modo de ver, porque su esfuerzo de hermenéutica se ha centrado en el acomodamiento a la contextura formal del articulado del Código, más que en utilizar estrictamente el idóneo bagaje de instrumentos que le suministra la ciencia, acuñados y depurados a lo largo de paciente tarea intelectual.

16. También la Superintendencia de Sociedades ha procurado demarcar en esta misma dirección, ineficacia e inexistencia, convocando la autoridad de los redactores del proyecto de Código de Comercio de 1958(14). Conforme a esta oficina, es indefendible la proposición de que en la ineficacia de pleno derecho el acto no ha surgido al mundo jurídico, pues ello sería tanto como la inexistencia; en la ineficacia el acto existe, sólo que no produjo efectos por la violación de alguna norma; en la inexistencia, el acto tampoco produjo efectos, pero por la razón obvia de que ni siquiera llegó a nacer. El objetivo subyacente en esta resolución de la Superintendencia fue rebatir la tesis del memorialista, según la cual hay dos clases de ineficacia, una "de pleno derecho", que tiene lugar cuando la ley dice que un acto no produce efectos y que es la que se condensa en el artículo 898 del Código de Comercio; y otra "simple", ante la cual se estaría cuando alguna norma se reduzca a decir que el acto es ineficaz, lo que implicaría la vitalidad de sus efectos hasta tanto fuera declarado judicialmente ineficaz, así como que sería factible su ratificación (v.gr. el artículo 390 ibídem sobre colocación de acciones de una sociedad vigilada por la Superintendencia sin la previa autorización de este despacho). La Superintendencia está en lo cierto, a lo que me parece, al refutar esta tesis de dos tipos de ineficacia, construida sobre una base notoriamente artificial y puesto que en últimas la presunta ineficacia simple vendría a ser prácticamente lo mismo que la nulidad, sólo que por otras causales que las

(13) Véase el texto completo de la providencia en la Crónica Judicial, número 312, págs. 152 y ss.

(14) Resolución OA/BQ-00633 de enero 29 de 1980, reproducida en "Doctrinas y conceptos vigentes, 1972-1982", tomo IV, págs. 172 a 175.

contempladas en los artículos 899 y 900. Pero la providencia del organismo supervisor de las sociedades, al igual que el fallo del Tribunal de Medellín, poca o ninguna luz arroja para esclarecer debidamente los conceptos en cuestión. Con todo respeto, ni el Tribunal ni la Superintendencia aportaron nada importante en las actuaciones reseñadas.

17. Tampoco los comercialistas denotan mayor seguridad al abordar esta materia. Por lo regular, aceptan la dualidad de ineficacia e inexistencia, pero no consiguen cincelar la primera con un perfil nítido.

Enrique Gaviria Gutiérrez, por ejemplo, expresa que en la ineficacia hay un acto que no produce efectos y en la inexistencia hay ausencia de acto, de modo que la inexistencia es más destructora que la ineficacia y ésta, a su turno, más que la nulidad absoluta. Esta jerarquización da por sentado que las voces acto ausente y acto sin efectos evocan ideas disímiles. Pero sinceramente proceden las mismas reservas formuladas en los párrafos anteriores. Es que un acto jurídico sin efectos no existe, como que precisamente el acto jurídico, por definición, está orientado a la producción de efectos jurídicos, luego si no los produjo, el acto no alcanzó a ser.

Como diferencia adicional establece el doctor Gaviria la de que la ineficacia es una sanción por violación grave de ciertas normas imperativas, mientras que la inexistencia no tiene fuerza punitiva, en lo que, desde el punto de vista semántico, sí cabe acompañarlo(15).

Por su parte, José Gabino Pinzón exterioriza inquietudes, casi rayanas en la perplejidad, acerca de este problema, para el que no halla una solución satisfactoria. Arguye que en el sistema del Código la ineficacia está tratada como inexistencia, pero que estrictamente hablando no son equivalentes, ya que la ineficacia se refiere a los efectos de un acto jurídico sin consideración a su existencia o su validez; y así, puede decirse que ningún acto inexistente produce efectos, pero no que un acto ineficaz sea necesariamente inexistente. Bosqueja como viable una desagregación entre ineficacia absoluta y relativa, con la cual la ineficacia vendría a ser una figura simétrica, que no igual, a la nulidad y que probablemente ayudaría a superar las incoherencias con que

(15) "Derecho Comercial", Colección jurídica Bedout, Medellín, 1981, págs. 31 y 32.

en la actualidad se tropieza. De todos modos, dice este catedrático que está por elaborarse una teoría de la ineficacia en el Código de Comercio(16).

18. A decir verdad, el artículo 898 inciso segundo del Código de Comercio, en donde como que se quiso compendiar la noción de inexistencia, no hace más que copiar las causales tradicionalmente vinculadas a dicha sanción: falta de solemnidades "ad substantiam actus" y falta de algún elemento esencial al negocio de que se trata. Y aunque deja por fuera la falta de consentimiento, la de objeto y la de causa, es evidente que estos tres elementos son esenciales a todo acto jurídico, de donde se deduce que si falla cualquiera de ellos, el acto será inexistente(17).

19. En cuanto a la ineficacia de pleno derecho, el Código no la define directamente, más bien por sus consecuencias, las cuales coinciden ajustadamente con las de la inexistencia. Pudiera pensarse, siguiendo al pie de la letra el Código, que en el cuerpo de éste la ineficacia adquiere los contornos de una sanción especialísima, restringida a casos esporádicos en los que, a semejanza de la inexistencia, han de suprimirse los efectos al acto, pero con la diferencia de que no obedecen a causales preestablecidas con una directriz sistemática. No lo creo. Primero, porque con ello se introduciría una clasificación puramente empírica, que en una legislación moderna, así esté alterada por múltiples incorrecciones, no sería de recibo. Y segundo, porque no puede olvidarse que cuando de un acto se dice que no produce efectos, lo que se está señalando, tácitamente, es que a ese acto le fue cercenado un elemento esencial; tal como acontece también en el Código Civil(18).

20. Me atrevo entonces a sostener que, siempre circunscribiéndonos a la terminología del Código de Comercio, nunca nos hallaremos ante ineficacia de

(16) Op. cit., págs. 220 a 222, especialmente nota 63.
(17) Ospina Fernández y Ospina Acosta (op. cit., pág. 506) ponen de presente que del artículo 898 del Código de Comercio se infiere que tanto la inobservancia total como la inobservancia parcial de la forma hacen inexistente el acto mercantil solemne que se quería celebrar, contrariamente a la distinción que sobre este particular se ha extraído del Código Civil (V. supra, numeral 7). El concepto de elemento esencial no cambia con relación al del Código Civil, artículo 1501; lo que sí se ha de pasar por alto en este estudio es la determinación de los elementos esenciales de cada negocio jurídico nominado, habida cuenta de que supone una casuística que desborda las limitaciones propias de él.
(18) En contra, Enrique Gaviria Gutiérrez, op. y loc. cit.

pleno derecho que no sea inexistencia ni viceversa, puesto que sinceramente no logro captar diferencia genuina entre las dos, ni por las causas que las provocan, ni por sus consecuencias, ni por ningún otro aspecto. En mi sentir, lo que puede vislumbrarse en el intrincado mecanismo sancionatorio del Decreto 410 de 1971, es que la autonomía de la inexistencia con relación a la ineficacia, que algunos descubren en nuestro derecho positivo mercantil, no pasa de ser nuda apariencia. Ineficacia de pleno derecho e inexistencia son, en el prementado ordenamiento normativo, la misma cosa, dos vocablos que, yendo a su verdadero fondo, tienen idéntica proyección jurídica. Los dos artículos son armónicos, pues el 898 inciso segundo trae la noción general de inexistencia, anclada a las causales, no a sus consecuencias y el que lo antecede hace encajar dentro de ella varios casos esparcidos por el Código con el apelativo de ineficaces, pero sin pormenorizar sus causales; es evidente que los dos artículos hubieran quedado mejor colocados a la inversa, pero este descuido de técnica legislativa ni quita ni pone en lo sustancial. De este modo, se desvirtúa el razonamiento de la Superintendencia de Sociedades, en la Resolución arriba citada, según el cual, si ineficacia e inexistencia significaran lo mismo, sería ininteligible que la ley les hubiera destinado dos artículos.

21. Hacia exégesis similar a la aquí expuesta se inclina, aun cuando sin entrar en mayores disquisiciones, Valencia Zea, quien consigna una lista de disposiciones del Código de Comercio, referentes a sociedades, en las que se aprecian desarrollos o aplicaciones de la norma sobre ineficacia de pleno derecho (artículos 150, 198, 200, 296, 297, 318, 419 a 432 en conexión con el 433, 435, 501). Algunas de ellas hablan de declaraciones o cláusulas que "se tendrán por no escritas", expresión que el destacado profesor toma, con rigor, como pareja a la de ser inexistentes(19). Por cierto que Enrique Gaviria complementa el catálogo con artículos extraños al derecho societario, como son el 524 sobre arrendamiento de locales comerciales, el 992 sobre exoneración de responsabilidades del transportador, el 1203 que prohíbe el pacto de comiso en el contrato de prenda(20); hecha la salvedad de que este especialista participa de la interpretación de que en el Código difieren ineficacia e inexistencia.

(19) Op. cit., págs. 460 y 461.

(20) Op. cit., pág. 32.

22. Sea de ello lo que fuere, debe reiterarse que desgraciadamente es ostensible una dudosa originalidad, por no decir escasa sindéresis jurídica, en nuestro legislador mercantil, al hacer caso omiso de que hace ya mucho tiempo los estudiosos del derecho encuadraron la acepción de ineficacia como genérica y la de inexistencia como una de sus divisiones y que no se adivina la utilidad de innovar a este respecto.

23. Una circunstancia legal que ensombrece la temática de la ineficacia-inexistencia es la apertura del Código de Comercio a la ratificación. Como se advirtió, se considera en doctrina general que un acto inexistente o ineficaz no es ratificable o convalidable, justamente porque sus efectos nunca nacieron y que ésta es una de las notas diferenciales con la nulidad.

Ello no fue óbice para que, según el artículo 898 inciso primero, el acto inexistente por falta de solemnidades pueda ser ratificado expresamente por las partes mediante el cumplimiento de tales solemnidades, evento en el cual se perfeccionará desde la fecha de la ratificación. (Entre paréntesis, otro yerro imperdonable de técnica legislativa: solamente en el inciso segundo del artículo 898 va a preceptuar que el acto es inexistente por falta de solemnidad pero ya en el inciso primero está informando el procedimiento para ratificarlo). Además, el artículo 390, al que se hizo ligera alusión en el número 16 precedente, permite la ratificación de uno de los actos clasificados como ineficaces: la colocación de acciones en reserva de una sociedad anónima (también puede ser en comandita por acciones) vigilada por la Superintendencia de Sociedades, sin que medie autorización de ésta; la licencia concedida "a posteriori" faculta a quienes hubieran suscrito las acciones para ratificar expresa o tácitamente los correspondientes contratos de suscripción.

24. Recién expedido el Código, la propia Superintendencia hubo de empeñarse en dilucidar la primera de estas curiosas normas(21). Su conclusión es que está mal empleada la palabra ratificación, pues salta claramente del texto que lo que se exige es una nueva celebración del acto con todas las formalidades y que sólo desde entonces éste se perfecciona, vale decir, se empiezan a producir sus efectos, los que no se retrotraen al momento de la primitiva celebración, como en la típica ratificación. Si esto es así, y parece bien enca-

(21) Resolución 03193 de 11 de julio de 1973 en "Doctrinas y conceptos vigentes...", tomo IV, págs. 718/19.

minada la Superintendencia, la norma que se comenta es inexcusablemente superflua.

25. Por lo que hace al artículo 390, la Superintendencia del ramo encuentra su antecedente histórico en el hecho de que la Comisión Revisora del Proyecto de Código de Comercio propuso que el acto allí prefigurado fuera pasible de nulidad, con lo cual la ratificación se ceñía a las reglas comunes; pero en la versión definitiva se optó por sancionarlo con ineficacia y de allí la inconsecuencia(22). Creo que, teniendo como soporte ese dato, es irremediable acudir al método histórico de interpretación —consultar la historia fidedigna del establecimiento de la norma oscura (Código Civil, artículo 27)— como el único que, por excepción, resulta aquí confiable, para afirmar que una vez más la ley utilizó erradamente la palabra ineficacia y que lo que confrontamos es un verdadero caso de nulidad (absoluta). De lo contrario, la norma cuestionada, que, aparte de Gabino Pinzón (op. y loc. cit.) no ha sido objeto de examen detenido por nuestros tratadistas de derecho de sociedades (Gaviria Gutiérrez, Bernal Gutiérrez, los diversos compiladores, etc.), no obtiene el menor sentido lógico. Debe descartarse la figura de la renovación del acto, con cuyo auxilio se desentrañó el significado del artículo 898 inciso primero, pues indiscutiblemente la ley no obliga a reconstruir toda la operación jurídica sino que, agotado el trámite administrativo ante la Superintendencia, los contratos de suscripción de acciones celebrados en el entretanto pueden ser confirmados por la sola manifestación expresa o tácita de voluntad de los interesados (sociedad y suscriptores), surtiéndose todos sus efectos con retroactividad.

26. Como si lo anterior fuera poco, el Código de Comercio complica irremisiblemente las cosas con la sorprendente prohibición de constituir una sociedad de responsabilidad limitada con más de veinticinco socios so pena de “nulidad de pleno derecho” (Artículo 356).

Se ha aceptado fácilmente por algunos que este artículo consagró una sanción singular, exorbitante frente al Código Civil no menos que frente a la disciplina general del comercial. Tal nulidad, que teóricamente sería absoluta, como fundada que es en la infracción de una norma imperativa, no requeriría sentencia judicial ni toleraría ratificación, ya que al operar por ministerio de

(22) Resolución OA/BQ-00633, ut supra.

la ley, puede decirse que hiere de muerte al acto vedado en el instante mismo de su celebración, impidiendo que se prolonguen en el tiempo los efectos buscados por los contratantes. Así discurre, por ejemplo, Gabino Pinzón, quien aclara que esta nulidad es de las que no daña al contrato social en sí, sino a la forma específica de la sociedad limitada, haciendo que la compañía que los asociados querían organizar, degenera en una sociedad atípica o de hecho(23).

27. Pero habiéndose otorgado espacio legal a la inexistencia, cuyos signos distintivos son iguales a los de la nulidad de pleno derecho, no se ve cómo pueda subsistir ésta, que es mencionada de paso en el Código, pero permanece indefinida, desprotegida, si así puede decirse, en medio de todo el engranaje legal. En estas condiciones, predomina sin duda la figura que sí se asienta en un marco jurídico debidamente diseñado, la inexistencia. En síntesis: donde dice nulidad de pleno derecho, puede (o debe) leerse inexistencia-ineficacia, sin obstáculo alguno para la buena comprensión y aplicación de la norma. Ahora, es conducente trasponer a este caso lo que expone Gabino Pinzón sobre nulidades parciales, en el sentido de que no es inexistente o ineficaz de pleno derecho la asociación en sí de más de veinticinco personas, sino sólo en cuanto éstas pretendan hacerlo bajo la forma de responsabilidad limitada; la sociedad que así constituyan existe o es eficaz como sociedad de otra especie, posiblemente aquella con la que más afinidad normativa y funcional guarde, o como atípica o de hecho si se da crédito a la sugestiva postura doctrinaria del mencionado jurista.

28. En algunas leyes especiales se contempla también la ineficacia, como en la Ley 32 de 1979, artículo 10, concordante con el 12 del Decreto 1169 de 1980, que reprueban, bajo dicha sanción, los actos jurídicos celebrados como consecuencia de una oferta pública de valores que no haya sido autorizada por la Comisión Nacional de Valores. Esas normas están a tono con las generales del Código de Comercio, por lo cual lo expuesto anteriormente compa-

(23) Op. cit., volumen I, pág. 266. Debe tenerse en cuenta que para Pinzón, el concepto de sociedad de hecho es mucho más amplio que el que ensaya el Código en su artículo 498, cifrado exclusivamente en no haberse corrido escritura pública; ésta, replica, es apenas una de las ocurrencias, pero realmente también hay sociedad irregular, atípica o de hecho cuando dejaron de observarse en su constitución todas las prescripciones de los artículos que determinan el proceso de formación regular de una sociedad comercial, entre los que se cuenta, en tratándose de las limitadas, el número máximo de socios (V. el volumen II de la obra referida, págs. 287 y ss., especialmente 290 a 292).

gina con ellas y lo único que vale comentarse, es que en los casos en que la misma ley y las Resoluciones de la Comisión que la desarrollan, ordenan que la colocación y la adquisición de valores deban ser precedidas de oferta pública, tanto en el mercado primario como en el secundario, la aquiescencia oficial para la oferta se convierte en un elemento esencial de aquellos actos jurídicos.

29. Después de terminado este escrito (mayo de 1985), el doctor Fernando Hinestrosa Forero pronunció en Medellín el 11 de julio, como conferencista invitado al Primer Congreso Nacional de Derecho Comercial, una densa disertación con el título "Eficacia e ineficacia del negocio jurídico", de la cual se extractan algunas opiniones, por considerarlas de interés.

En primer lugar, el distinguido profesor y rector del Externado de Colombia está de acuerdo en que la ineficiencia en sentido lato envuelve distintas eventualidades: inexistencia, invalidez, ineficacia en sentido estricto o propiamente dicha; por su parte, esta última, objeto de estudios profundos apenas recientemente, presupone la existencia (que prefiere llamar relevancia) del negocio jurídico y su validez y afecta la producción o firmeza de los efectos finales, los cuales quedan suspendidos o atenuados (actos condicionales, actos susceptibles de impugnación, de revocación, de resolución, etc.). Censura también acremente el concepto de ineficacia de pleno derecho creado por el artículo 897 del Código de Comercio, pero, contrariamente a lo que aquí se ha expuesto, afirma que de los varios actos (en realidad un largo listado) a los que ha de atribuirse la calidad de ineficaces según la correspondiente disposición legal, sólo presentan las notas de inexistencia, si acaso, los descritos en los artículos 433 y 435 (relativos a reuniones y votaciones de asambleas de socios), 712 (expedición de cheques) y 1045 (elementos del contrato de seguro); los demás, incuestionablemente deberían tratarse como actos absolutamente nulos por ser opuestos al "ius cogens" o normas imperativas (artículo 899), sin necesidad de implantar una figura extravagante como es la ineficacia de pleno derecho, que de todos modos da a entender que desaparece la intervención del juez(24).

(24) La conferencia de Hinestrosa Forero y en general las memorias del Primer Congreso Nacional de Derecho Comercial acaban de ser publicadas en libro editado con el patrocinio de la Cámara de Comercio de Medellín.