

**REPETICION
DE LO PAGADO
POR OBJETO
O CAUSA ILICITOS**

POR EL DR.
Eudoro González Gómez

Repetición de lo pagado por objeto o causa ilícitos

Antes de la reforma que en materia de nulidades absolutas introdujo a la legislación colombiana el Art. 2o. de la ley 50 de 1936, el 15 de la ley 95 de 1890 (artículo 1.742 del C. C.), que fue modificado por aquel precepto, decía que la nulidad absoluta podía ser alegada por todo el que tuviera interés en ello, "excepto el que hubiese ejecutado el acto o contrato, sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalidaba". La disposición reformada prohibía, además, la confirmación del acto que adolecía de dicha nulidad.

La ley 50 de 1936, se expresa así: "La nulidad absoluta puede y debe ser declarada por el juez, aún sin petición de parte, cuando aparezca de manifiesto en el acto o contrato; puede alegarse por todo el que tenga interés en ello; puede asimismo pedirse su declaración por el ministerio público en el interés de la moral o de la ley. Cuando no es generada por objeto o causa ilícitos, puede sanearse por la ratificación de las partes y en todo caso por la prescripción extraordinaria".

Como se lee, la enmienda autorizó para alegar la nulidad al mismo que incurrió en ella a sabiendas y también, permitió la convalidación del acto irregular cuando la nulidad no es generada por objeto o causa ilícitos.

Como consecuencia del hecho de haber facultado la disposición transcrita para alegar la nulidad a todo el que tenga interés en su declaratoria, entre los cuales, naturalmente, quedan incluidos los que ejecutaron el acto o celebrado el contrato, "sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalidaba", se ha suscitado, entre los juristas, la duda de si el artículo 1.525 del C. C. y otros que son su consecuencia, fueron o no tácitamente derogados.

El artículo 1.525, reza así: "No podrá repetirse lo que se

haya dado o pagado por un objeto o causa ilícita a sabiendas". De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1.741 *ibidem*, la ilicitud de objeto o de causa, genera la nulidad absoluta del acto, nulidad que antes de la reforma del año 1936, no podía ser alegada por el que lo había ejecutado o celebrado.

El copiado canon 1.525 consagra un principio de alta moralidad jurídica que el código civil colombiano aplica expresamente a la nulidad absoluta, cuando en el 1.746 dispone que la nulidad judicialmente declarada opera con efecto retroactivo y da derecho a las partes para restaurar el estado precontractual mediante las "restituciones mutuas", salvo que la nulidad provenga de "objeto o causa ilícita", pues, en estos casos, por estar prohibida la repetición, no hay restituciones mutuas, y por tanto, las partes no tienen derecho "para ser restituídas al mismo estado en que se hallarían si no hubiere existido el acto o contrato nulo".

De ese mismo honesto principio, hace la ley nueva aplicación en el artículo 2.083, que así dice: "Si se formare de hecho una sociedad que no pueda subsistir legalmente, ni como sociedad, ni como donación, ni como contrato alguno, cada socio tendrá la facultad de pedir que se liquiden las operaciones anteriores, y de sacar lo que hubiera aportado.

Esta disposición no se aplicará a las sociedades que son nulas por lo ilícito de la causa u objeto".

Como se advierte, el segundo inciso prohíbe que se pida la liquidación de la sociedad irregular, impidiendo, así, a los socios, la repetición o recuperación de los bienes aportados al fondo social de la entidad nula por ilicitud de causa o de objeto.

Esos textos legales no hacen más que consagrar la máxima tradicional "**nemo auditur propiam turpitudinem allegans**" y que una jurisprudencia francesa, explica así:

"Sería tan contrario a la moral como a la dignidad de la magistratura que ésta permitiese, en materia civil, que se discutiera en su pretorio sobre el sentido, el alcance y los efectos de pactos vergonzosos que la conciencia pública reprueba y que ella interviniese entre dos personas a las cuales la justicia no debe ninguna protección".

Y así es y debe ser. El acto ilícito es fuente de responsabilidad y no de derechos. Por otra parte, sería, cuando menos, indecoroso para la justicia que diera audiencia y reconociese derechos a quienes exponen como fundamento de ellos su propia ilici-

tud. El que así ha obrado es indigno de la tutela jurídica que se dispensa a los que han sido injustamente agraviados. La protección judicial no puede prestarse a quien en materia grave ha trasgredido el orden jurídico y luego alega la deliberada infracción para deducir derechos.

Es verdad, que en algunas ocasiones al negar la acción de repetición en tales casos, se garantiza la estabilidad de una situación irregularmente adquirida; el contratante en cuyo favor se hizo la prestación y que es tan censurable como el otro, se enriquecerá indebidamente al retener el valor recibido ya que la contraparte carece de acción para recuperarlo.

A este muy fundado reparo contesta, con éxito, la jurisprudencia francesa, de la siguiente manera:

“Al rehusar a cada uno de los que han participado en la convención ilícita el acceso a los tribunales para obtener ejecución, nulidad o repetición, se deja al uno a discreción del otro; se les abandona, sin recurso alguno, a las consecuencias de su deslealtad recíproca; se les priva de toda seguridad y por el temor de pérdidas pecuniarias, se contiene a muchos de los que fueron solicitados para celebrar semejantes contratos”.

Para evitar ese resultado inequitativo de que una de las partes de la convención ilícita venga a enriquecerse con la prestación recibida, lo mejor sería imponer a ésta, como sanción, la pérdida de ella a favor del Estado una vez declarada la nulidad a solicitud del ministerio público.

Es de advertir que en el código francés no existen los aludidos preceptos del código civil colombiano que prohíben la repetición de “lo que se haya dado o pagado por un objeto o causa ilícita a sabiendas”; sin embargo, los tribunales franceses, en repetidos fallos y teniendo en cuenta meras consideraciones de índole moral, han hecho aplicación de la máxima “*nemo auditur....*”

La reforma colombiana del año 1936, en materia de nulidades, autoriza para alegar la absoluta a “todo el que tenga interés en ello”; de aquí han inferido algunos que cuando esta nulidad es generada por ilicitud de objeto o de causa puede solicitarse por las partes; que al ser declarada, adviene fatalmente la oportunidad de las restituciones mutuas; que en consecuencia, el que pagó recupera o repite lo pagado, quedando sin efecto alguno los preceptos que prohíben esa repetición. Por esto, concluyen ellos, tales preceptos fueron tácitamente derogados.

Mas esto no es así. Tienen interés jurídico, frente al derecho positivo colombiano, en que se declare la nulidad proveniente de causa u objeto ilícitos, los que a sabiendas intervinieron en ella? De ninguna manera. Los mencionados ordenamientos les niegan y desconocen ese interés. Esta respuesta negativa la explican y justifican, además de lo dicho, las tres situaciones que a continuación se consignan.

a). **Las respectivas prestaciones no han sido ejecutadas.** En este evento no habría que repetir; si nada se ha dado o pagado con ocasión del contrato, no se presenta la oportunidad de las restituciones mutuas. El artículo 1525 y los conexos no entran, por lo mismo, en juego. La aplicación del principio, "**nemo auditur propiam turpitudinem allegans**", sería suficiente para que el juez desatendiera la acción intentada.

b). **Una de las partes ejecutó la prestación pactada.**—En esta hipótesis sólo al que pagó resultaría provecho de la nulidad para el efecto de rescatar lo pagado. Pero el derecho no es el mero interés sino algo más: "**es el interés jurídicamente protegido**"; y ya quedó dicho, cómo el código civil colombiano, en tres de sus cánones, inspirados en altos motivos de moralidad, niega esa acción de repetición a quien pagó por objeto o causa ilícitos; ese solvens carece, por ende, de derecho, "**de interés jurídicamente protegido**", para incoar la acción de nulidad. El interés, pero no cualquier interés, sino el interés jurídico, el amparado por la ley, es la medida de la acción.

c). **Ambas partes cumplieron sus prestaciones.**—En la letra anterior se explicó cómo y por qué la repetición es legalmente imposible. Siendo así, y parece que no es de otra manera, no se adivina interés en alguna de las partes para aniquilar un contrato consumado, cuyos efectos se cumplieron. Si no es para lograr el resultado económico de las "**restituciones mutuas**", para qué se anula el contrato? No existe objeto práctico en ello; hay absoluta ausencia de interés jurídico para solicitar la nulidad; y sin este interés no hay acción.

Por otra parte, y puede aseverarse sin reservas, que el legislador colombiano del año 1936, no tuvo el más leve propósito de vulnerar, siquiera en parte mínima, los preceptos que en el código civil prohíben la repetición de lo pagado por objeto o causa ilícitos. De los antecedentes de la ley aparece muy destacada y nítida la intención contraria.

En efecto, en el informe de la comisión del Senado, se transcribieron algunos pasajes del estudio titulado "**Examen crítico-Jurídico de la nulidad y rescisión**", obra del jurisconsulto chileno José Clemente Fabres. Esa transcripción se hizo con el objeto de demostrar que la interpretación más racional y acorde con los principios del artículo 1.683 del código civil chileno (1742 del colombiano), es la de que la acción de nulidad sólo debe rehusarse en los casos de ilicitud de causa o de objeto como consecuencia de la prohibición de repetir. Y dicen, los autores del informe, que la finalidad y alcance de la reforma es adoptar en la ley lo que apenas era una atrevida interpretación del expositor chileno.

Al respecto no puede ser más explícito y concluyente el siguiente pasaje de dicho informe:

"Esclarecido y precisado el pensamiento que guió a los autores del código al establecer la prohibición de alegar la nulidad como sanción para quien ejecutó el acto o celebró el contrato nulo, a sabiendas, sólo tenemos que agregar que fundándose esa prohibición en la norma de orden público de que el conocimiento de la ley se presume, es incuestionable que cuando la nulidad ha sido originada por objeto o causa ilícitos, vicios que las partes no pueden ignorar en virtud de la presunción de que se ha hecho referencia, tal sanción viene a constituir, en cierto modo, un obstáculo para la restauración del orden jurídico quebrantado por la nulidad ya que cierra, a todas las partes que intervinieron en el acto o contrato, el camino para restablecer la normalidad jurídica, porque sobre todas ellas recae la sanción como concededoras, por presunción de derecho, del vicio que acarreó la nulidad".

Es claro que el fundamento para rehusar la acción de nulidad en los casos de ilicitud de causa o de objeto no es, como la dice el informe parcialmente transcrito, "**la norma de orden público de que el conocimiento de la ley se presume**", porque si así fuera habría que negar aquella acción en los demás casos de nulidad absoluta y sin embargo, la misma ley 50 de 1936 la concede para estos. No, el fundamento para rehusar en aquellos eventos la acción de repetición, está en el principio de moralidad jurídica que entraña la máxima: **nemo auditur...**"

Lo expresado hasta aquí, autoriza para conceptuar que en la extraña ocurrencia de que el objeto o la causa ilícitos apareciera de manifiesto en el acto o contrato, el juez no podrá declararla oficiosamente sino en la hipótesis de que no se hubiese eje-

cutado ninguna de las prestaciones. De no ser así, al decretarse la nulidad forzosamente vendrían las restituciones mutuas y se violarían los principios de orden público que prohíben la recuperación de lo que se pagó por ilicitud de causa o de objeto.

En cambio, aunque las prestaciones hayan sido ejecutadas, esa nulidad sí puede decretarse a solicitud del agente del ministerio público porque en este evento no es menester que la sentencia produzca efectos de orden patrimonial. Es que para tal caso, la mera salvaguardia del orden jurídico y de la moral constituye, ante la ley, suficiente motivo para solicitar el aniquilamiento del acto viciado. Por eso dice el precepto: **“puede así mismo pedirse su declaración (la de la nulidad) por el ministerio público, en el interés de la moral o de la ley”**.

Medellín, junio 1o. de 1948.
