



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

ARIEL SALAZAR RAMÍREZ
Magistrado Ponente

SC9184-2017

Radicación n° 11001-31-03-021-2009-00244-01
(Aprobado en sesión del diecinueve de abril de dos mil diecisiete)

Bogotá D.C., veintiocho de junio de dos mil diecisiete.

Decide la Corte el recurso extraordinario de casación que interpuso la parte demandante contra la sentencia proferida el doce de julio de dos mil trece, por la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, dentro del proceso ordinario de la referencia.

I. ANTECEDENTES

A. La pretensión

La sociedad Mamounia Limitada presentó demanda ordinaria contra la sociedad Investor S.A. para que se declare la nulidad relativa del contrato de hipoteca que ambas personas jurídicas celebraron mediante escritura pública número 7073 del 30 de septiembre de 2008, y se ordene la cancelación en el respectivo folio de matrícula inmobiliaria.

B. Los hechos

1. Mediante escritura pública número 5520 del 21 de octubre de 2005, suscrita en la Notaría 42 de Bogotá, se constituyó la sociedad comercial denominada Mamounia Ltda.

2. En la Cláusula Quinta de los estatutos se estableció: *«Los socios delegan la administración de la sociedad, su representación legal y el uso de la firma en un Gerente, quien podrá actuar a nombre de ella sin limitación. La representación judicial o extrajudicial de la sociedad lleva en sí la facultad de celebrar operaciones comprendidas dentro del giro de los negocios sociales. Parágrafo: El gerente tendrá un suplente que lo remplazará con las mismas facultades en sus faltas absolutas, temporales o accidentales».*

3. Como gerente de la sociedad Mamounia Ltda. se nombró a la señora Alicia Huertas Escallón y como suplente al señor Luis Felipe Samper Dávila, quienes estaban casados entre sí.

4. El 6 de diciembre de 2005 la sociedad Mamounia Ltda. compró el Lote N° R-5 del Conjunto Recreacional Campestre Mesa de Yeguas.

5. El 3 de mayo de 2006 la sociedad compró el Lote N° R-4 del mismo conjunto recreacional, y en la escritura de compraventa se englobó este inmueble con el Lote N° R-5. Al predio englobado se le asignó el folio de matrícula número 166-76651.

6. Según certificado catastral expedido por el Instituto Agustín Codazzi, el precio del inmueble englobado asciende a la suma de \$992'739.000. [Folio 104, cuaderno 1]

7. El 30 de septiembre de 2008 Luis Felipe Samper, actuando como gerente suplente, constituyó hipoteca abierta de primer grado sin límite de cuantía sobre el lote englobado, a favor de la sociedad Investor S.A., de la cual era socio y representante legal para ese momento.

8. La señora Alicia Huertas Escallón, gerente de Mamounia Ltda., no estaba fuera de la ciudad ni tenía incapacidad o impedimento que pudiese constituir falta absoluta, temporal o accidental que le hubiera impedido celebrar los negocios concernientes al giro ordinario del objeto social de su representada, por lo que el suplente Luis Felipe Samper Dávila no podía ejercer válidamente la representación legal de la sociedad en el acto de constitución de la hipoteca.

9. Con fundamento en esos hechos la demandante solicitó la nulidad del mencionado negocio de constitución de hipoteca.

C. Excepciones formuladas por la demandada.

La sociedad Investor S.A., en su calidad de demandada, propuso las excepciones que denominó: “buena fe e indemnidad de Investor S.A.”, “efectiva ocurrencia de la falta del gerente”, “Mamounia no puede venirse contra sus propios hechos”; y “mala fe de la sociedad demandante”.

D. El fallo de primera instancia

El sentenciador *a quo* accedió a las pretensiones de la demanda y declaró la nulidad de la hipoteca contenida en la escritura pública número 7073 del 30 de septiembre de 2008, porque la persona que actuó como representante legal de la demandante no tenía capacidad legal para celebrar ese contrato.

E. La sentencia impugnada

Al resolver la apelación que interpuso la parte demandada, el Tribunal Superior de Bogotá revocó el fallo de primera instancia porque, a pesar de haberse demostrado en el proceso que el suplente actuó en remplazo de la gerente sin que ésta estuviera impedida o incapacitada en el momento en que se celebró la hipoteca, la acción que rige la controversia jurídica es la inoponibilidad y no la nulidad relativa que se invocó en la demanda; y como el juez no está facultado para interpretar el *petitum*, concluyó que debían negarse las pretensiones.

Concretamente, señaló:

«Así las cosas, como quiera que la declaratoria de nulidad relativa solicitada en la demanda no es procedente, en virtud que no se dan los presupuestos de la misma, tal como antes se explicó, habrá de revocarse la sentencia proferida en primera instancia, para en su lugar denegar las pretensiones de la demanda». [Folio 62, c. Tribunal]

II. LA DEMANDA DE CASACIÓN

La parte actora formuló demanda de casación con invocación de la causal primera del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, la cual fraccionó en dos cargos, uno por violación directa de la ley sustancial, y otro por la vía indirecta, por errores en la valoración de las pruebas.

CARGO PRIMERO

Se sustentó en la violación directa de los artículos 6, 1501, 1502, 1741 y 2432 del Código Civil, los artículos 832, 833, 838, 899 y 900 del Código de Comercio; el artículo 29 de la Constitución Nacional; y el artículo 8° de la Ley 153 de 1887, por falta de aplicación; y por infracción de los artículos 838, 841 y 901 del Código de Comercio; y 1505 y 2186 del Código Civil, por aplicación indebida.

Para demostrar el cargo, indicó que con independencia del entendimiento doctrinal que se tenga sobre si el caso estaba regido o no por el concepto de la inoponibilidad, lo cierto es que la pretensión de la actora, encaminada a destruir los efectos del negocio anómalo, era perfectamente inteligible con un mínimo esfuerzo interpretativo por parte del Tribunal, encaminado a superar tan sutil obstáculo. Pero como un error de tal linaje tiene que ver con la vía indirecta de la causal primera, lo dejó reservado para ser formulado en un cargo aparte. [Folio 24]

Afirmó que de conformidad con lo establecido por el artículo 838 del Código de Comercio, *«el negocio jurídico concluido por el representante en manifiesta contraposición con los intereses del representado, podrá ser rescindido a petición de éste, cuando tal contraposición sea o pueda ser conocida por el tercero con mediana diligencia y cuidado»*.

Según el casacionista, el significado de la anterior disposición era suficiente para que el sentenciador declarara la nulidad del contrato, toda vez que se probó en el proceso el supuesto de hecho que dio origen a la controversia, esto es la actuación del representante en manifiesta contraposición de los intereses de la sociedad representada.

Por ello –continuó– «*si en el campo mercantil cabe la inoponibilidad formal o la material, discusión doctrinal y jurisprudencial existente en nuestro derecho patrio, es una discusión que no tienen por qué padecer quienes ejercitan su derecho de acción frente a la jurisdicción*». [Folio 26]

Para demostrar su argumento, realizó un recuento histórico de la figura de la inoponibilidad en la doctrina y la jurisprudencia, aclarando que en todo caso ese instituto es “*una especie más de ineficacia del negocio jurídico*”.

Agregó que dentro de la discusión doctrinal, es válida la tesis según la cual «*la inoponibilidad no es más que una especie de nulidad caracterizada precisamente por los sujetos que pueden invocarla, que son solamente los terceros. El acto es ineficaz frente a los terceros pero eficaz entre las partes. La nulidad deja el acto sin efectos entre las partes y consecuentemente frente a todo el mundo, mientras la inoponibilidad deja subsistiendo los efectos del acto entre las partes*». [Folio 27]

Con apoyo en la doctrina comparada, explicó que «*de una manera general la inoponibilidad es la ineficacia a la mirada de los terceros, en tanto que la nulidad es la ineficacia a la mirada de las partes*».

La inoponibilidad, por tanto, es un mecanismo jurídico para proteger los intereses de los terceros relativos, es decir aquéllos que no son parte de la relación contractual cuya eficacia se cuestiona, pero resultan afectados por ella en virtud de un negocio jurídico distinto. Por ello, la función de esta figura es salvaguardar los derechos de los terceros relativos cuando el acto no cumple con los requisitos de publicidad establecidos por la ley para que sea oponible a toda persona. De ahí que considerar la existencia de una “*inoponibilidad material o de fondo*” no prevista por la ley no es más que una discusión doctrinal sin arraigo jurídico, que se convierte en una sanción o castigo sin texto legal que la consagre expresamente, lo que violaría el derecho sustancial superior al debido proceso, así como las disposiciones legales que rigen el instituto de las nulidades civiles y mercantiles.

Lo anterior –indicó– está soportado en la jurisprudencia reciente de esta Corte, que en fallo de 15 de agosto de 2006 precisó que la figura de la inoponibilidad requiere de dos

condiciones prácticas: 1) que la validez del contrato entre las partes sea incontrovertible; y 2) que la parte que se beneficia con ella no resulte afectada por el negocio jurídico. [Folio 31]

Para concluir su argumento, manifestó que en el presente caso no se cumple ninguna de esas dos situaciones, porque por un lado, el negocio carece de consentimiento y capacidad, porque el representante de la sociedad no podía actuar sino en faltas temporales o absolutas del gerente, lo que no ocurrió; y, por el otro, la sociedad demandante resultó afectada con el acto, pues se hipotecó su único activo. [Folio 32]

Ninguna solución práctica, entonces, le reportaría a la sociedad demandante una sentencia que se limite a declarar que el negocio le es inoponible, pues lo cierto es que en la realidad no sólo le es oponible sino que el inmueble salió ilegítimamente de su patrimonio, y este efecto práctico no es una ilusión que pueda disiparse con el simple acto de decir que la hipoteca no le afecta, porque sea cual fuere la discusión teórica que tal hecho suscite, la única solución posible para restaurar el derecho lesionado es aniquilar judicialmente los efectos nocivos que el contrato produjo entre las partes, lo cual sólo se consigue con la declaratoria de nulidad. Al respecto sostuvo:

«Existe una escritura contentiva del contrato de hipoteca y un registro del gravamen en su matrícula inmobiliaria que dio lugar al surgimiento de un derecho real de hipoteca, actos jurídicos que deben ser aniquilados; y esto no se consigue con la inoponibilidad así aceptemos en gracia de discusión que ésta cabe en el sistema jurídico patrio». [Folio 33]

Por tales razones –concluyó– el Tribunal Superior de Bogotá se equivocó al aplicar indebidamente el artículo 901 del Código de Comercio (que consagra la inoponibilidad formal) a un caso que no se rige por esa disposición; lo que estimó una razón suficiente para que la Corte case el fallo de segunda instancia y, en su lugar, confirme la sentencia que profirió el juzgador de primer grado.

CARGO SEGUNDO

Acusó la sentencia de violar las mismas normas sustanciales señaladas en el cargo anterior, como consecuencia de errores de hecho en la interpretación de la demanda.

Para demostrar su argumento, recordó que el Tribunal tuvo por demostrado el supuesto de hecho de la proposición normativa que permite rescindir o anular el contrato de hipoteca, pues no se probó la condición consagrada en los estatutos de la sociedad Mamounia Ltda., según los cuales el suplente podía remplazar a la gerente únicamente en sus faltas temporales o absolutas. Como no se probó tal ausencia, ni la ratificación de la actuación irregular del suplente por la representante de la sociedad demandante, no hay ninguna discrepancia respecto de los hechos en que se sustentó la controversia jurídica.

El problema jurídico radica en la calificación de la acción que interpuso la actora al invocar la aniquilación de los efectos jurídicos de la hipoteca que celebró el representante suplente de la sociedad Mamounia sin tener facultades estatutarias para ello.

Según el Tribunal, tal acción corresponde a una “inoponibilidad” y no a la nulidad relativa que solicitó la actora, lo que lo condujo a negar las pretensiones, pues, en su sentir, los jueces no están facultados para alterar el *petitum* bajo la excusa de interpretar su sentido originario.

Frente a tal manera de razonar, el casacionista adujo –sin entrar en una discusión dogmática sobre si lo que debía pedirse era la inoponibilidad o la nulidad– que el Tribunal bien pudo superar la discusión haciendo una interpretación de la demanda, pero no quiso hacerlo bajo un entendimiento equivocado y sesgado de lo que debe ser dicha interpretación. [Folio 37]

«Si en algo se puede y justifica la interpretación de la demanda –razonó el recurrente–, es en casos como el presente, donde no hay discusión sobre la prueba de los hechos; se sabe claramente que lo que se quiere es suprimir los efectos del acto, como se observa en los hechos y en las pretensiones consecuenciales; y se presenta una discusión académica sobre cuál debe ser la fórmula o sanción jurídica que debe pedirse para lograr dicho propósito». [Folio 37]

Agregó que la demanda era perfectamente interpretable a partir de lo expresado en la *causa petendi* y en las pretensiones, de las que se deduce que lo querido por la actora era la destrucción del negocio anómalo de hipoteca y la respectiva

corrección en el registro inmobiliario, independientemente de las fórmulas sacramentales usadas en el *petitum*.

Sobre este preciso tema, citó la jurisprudencia de esta Corte, según la cual «*cuando el lenguaje de la demanda sin ser indescifrable por completo, no se ajusta a la claridad y precisión indispensables en tan delicada materia*» (CLXXXVIII, 139), para «*no sacrificar el derecho material en aras de un culto vano al formalismo procesal*» (CCXXXIV), «*el juzgador está obligado a interpretarla en busca de su sentido genuino sin alterarlo ni sustituirlo, consultando la prevalencia del derecho sustancial, el acceso a la administración de justicia y la solución real de los conflictos, realizando un análisis serio, fundado y razonable de todos sus segmentos*», «*mediante su interpretación racional, lógica, sistemática e integral*» (SC del 27 de agosto de 2008, Ref. 084-2008), «*siempre en conjunto, porque la intención del actor está muchas veces contenida no sólo en la parte petitoria, sino también en los fundamentos de hecho y de derecho*», bastando «*que ella aparezca claramente en el libelo, ya que de una manera directa o expresa, ya por una interpretación lógica basada en todo el conjunto de la demanda*». (XLIV, p. 527; XIV, 488 y 833; LXI, 460; CLXXXII, 241; CLXXVI, 182 y CCXXV, 2ª parte, 185)

El error del Tribunal –concluyó– se concretó en no haber interpretado la demanda, habiendo podido hacerlo.

III. CONSIDERACIONES

1. Ambos cargos se resolverán de manera conjunta porque a partir del análisis de las acusaciones se infiere que la equivocación del Tribunal por falta de aplicación de la ley sustancial que rige el caso, tuvo su origen en un error de interpretación de la demanda en la fase de postulación del tipo de acción que se deduce de las pretensiones.

El error en la interpretación de la demanda puede dar lugar a un vicio de hecho por una desacertada comprensión del significado de las afirmaciones o negaciones expresadas en el libelo, o por alterar el juez el sentido y alcance del *petitum*; pero también puede producir una equivocación en la labor de diagnosis jurídica (como la llama CALAMANDREI),¹ o de postulación del instituto jurídico que rige la controversia, es

¹ Piero CALAMANDREI. La casación civil. t. II. Buenos Aires: Editorial bibliográfica argentina, 1945. pp. 291 – 296.

decir en la identificación de la clase de acción incoada, lo cual tiene lugar en el umbral del razonamiento decisorio, previamente a la aplicación de la ley al caso concreto.

En efecto, al comienzo de la fase de juzgamiento propiamente dicha, el juez toma en cuenta los ‘extremos de la litis’, ‘puntos litigiosos’, ‘cuestión debatida o ‘planteamiento de la controversia’, tal como quedaron precisados en la fijación del litigio. El sentenciador, por tanto, debe interpretar las pretensiones y excepciones (aun las que proceden de oficio si no hay oposición explícita), así como los hechos en que unas y otras se fundan, y la fijación de esos límites le permitirá establecer el asunto que será materia de la decisión, el tema de la prueba y la proposición jurídica que contiene los supuestos de hecho que habrán de demostrarse en el proceso. Por ello, las pretensiones resistidas y los hechos en que ellas se fundan son el contorno que permite identificar la clase de acción incoada o instituto jurídico que rige la relación de carácter sustancial que se debate.

La descripción de los anteriores momentos implica un proceso completo y complejo hacia la obtención de un resultado materializado en el proferimiento de la sentencia de mérito congruente. Es decir que todo este proceso conduce a la correcta identificación de la relación jurídico-sustancial controvertida y a su eficaz resolución, vista como un todo coherente y organizado.

La postulación del tipo de acción que rige el caso y la identificación de la correspondiente norma sustancial que ha de tomarse en cuenta para solucionar la controversia jurídica (que presupone necesariamente la interpretación de la demanda), son actos obligatorios que han de realizar los jueces, pues son de su exclusiva competencia, tal como lo ha explicado la doctrina académica y la jurisprudencia de esta Corte, en igualdad de criterio:

*«Por lo que se refiere a la determinación y declaración de la norma jurídica aplicable, no parece que deba tener límites la actividad del juzgador, por aplicación del principio “**jura novit curia**”, o de este otro: “**da mihi factum dabo tibi jus**”. Por lo tanto, el simple cambio de punto de vista jurídico, respetando, como es natural, los hechos alegados, y sin atender a la causa de pedir, es facultad que, aun en los sistemas más vinculados al principio dispositivo, se atribuye al juzgador. (...) Como ha apuntado CHIOVENDA, la acción se concreta e*

individualiza, no por la norma que se invoca, cuando la cuestión puede ser resuelta por otra, sin cambiar la acción, sino mediante los hechos, que convierten en voluntad concreta la voluntad abstracta de la ley».²

La misma idea ha sido reiterada recientemente por nuestra jurisprudencia, que con relación a la delimitación de la demanda por parte del actor, ha sostenido:

*«Tal limitación, sin embargo, no es irrestricta, porque sólo se refiere a la imposibilidad del juzgador de variar la causa petendi, pero no así el derecho aplicable al juicio, dado que en virtud del principio **iura novit curia** las partes no tienen la carga de probar el derecho, salvo contadas excepciones como cuando se trata de derecho extranjero o consuetudinario. En razón de este postulado, los descuidos, imprecisiones u omisiones en que incurren los litigantes al citar o invocar el derecho aplicable al caso deben ser suplidos o corregidos por el juez, quien no se encuentra vinculado por tales falencias.*

*En razón del postulado “**da mihi factum et dabo tibi ius**” los jueces no quedan sujetos a las alegaciones o fundamentos jurídicos expresados por el actor, porque lo que delimita la acción y constituye la causa petendi no es la fundamentación jurídica señalada en la demanda –la cual puede ser muy sucinta y no tiene que coincidir con lo que el funcionario judicial considere que es el derecho aplicable al caso–, sino la cuestión de hecho que se somete a la consideración del órgano judicial.*

En ese sentido, sólo los hechos sobre los que se fundan las pretensiones constituyen la causa petendi, pero no el nomen iuris o título que se aduzca en el libelo, el cual podrá ser variado por el juzgador sin ninguna restricción». (SC13630-2015. Del 7 de oct. De 2015. Rad.: 73411-31-03-001-2009-00042-01)

La interpretación de la demanda para hacer la labor de *diagnosis jurídica* o identificación del tipo de acción invocada o elección de la proposición normativa sustancial que rige la litis, en suma, no está sujeta a fórmulas sacramentales de ninguna especie, ni es una opción o mera facultad de los jueces, sino una obligación encaminada a comprender el verdadero significado del problema jurídico que se deja a su consideración, sin la cual no habrá manera de que el sentenciador pueda aplicar al caso la norma sustancial que le permita motivar correctamente su decisión a partir de la demostración de los hechos que ella exige.

² Manuel DE LA PLAZA. Derecho procesal civil español. Madrid: Revista de derecho privado, 1942. p. 317.

2. En todo caso, independientemente del *nomen iuris* que quiera darse al instituto jurídico que rige la litis –lo que no deja de ser una importante discusión doctrinal–, lo cierto es que la demandante no tiene por qué padecer las consecuencias de una disputa estrictamente teórica; pues su pretensión se concretó a que se deshagan los efectos jurídicos del acto o negocio viciado que lesionó y sigue afectando sus intereses, sin importar el título que quiera darse a esa acción.

La sociedad demandante, en su condición de propietaria del bien que es objeto del litigio, solicitó la declaratoria de nulidad de la hipoteca que se constituyó sobre el inmueble; afirmó que el gerente suplente celebró el contrato sin facultades estatutarias para ello; y demostró en el proceso que ese negocio jurídico fue manifiestamente contrario a sus intereses. En consecuencia, esperaba –con razón– que el juzgador adecuara al caso el tipo de acción que el legislador consagró para resolver una controversia jurídica cuya *causa petendi* bien pudo corresponder a falta de consentimiento para la celebración de la hipoteca; abuso de la razón social; violación de la buena fe contractual general; por quebrantar el gerente suplente su deber legal de actuar de buena fe en la representación de la sociedad; por haber celebrado el suplente el contrato en manifiesta contraposición de los intereses de la representada; por quebrantar la prohibición que el estatuto mercantil impone a los representantes de fungir como contraparte del representado o contratar consigo mismos, en su propio nombre o como representantes de un tercero; por haberse extralimitado en el ejercicio de sus funciones; o por cualquier otro motivo legal que corresponda a los hechos en que se sustentaron las pretensiones y que se probaron en el proceso.

El *ad quem* no negó las pretensiones por falta de prueba de los hechos previstos en los institutos jurídicos que el legislador consagró para resolver el problema específico que se le presentó a la usuaria del servicio de justicia; ni mucho menos por una indebida formulación de las pretensiones; ni por ningún otro motivo atribuible a la actora; sino, únicamente, porque consideró que la acción encaminada a dirimir la controversia es la inoponibilidad y no la nulidad relativa que se invocó en la demanda; criterio que fue desacertado, como se explicará a continuación.

La nulidad es una acción dirigida a hacer desaparecer el acto viciado, cuya característica es la destrucción del negocio con efecto retroactivo, es decir como si no se hubiera celebrado jamás, por lo que las cosas deben volver al estado en que se encontraban antes de su ejecución.³ La inoponibilidad, en cambio, es la ineptitud frente a terceros de buena fe, de un negocio jurídico válido entre las partes, o de su declaración de invalidez.

Es decir que la inoponibilidad es una garantía que tienen los terceros adquirentes de buena fe para que un negocio del que no hicieron parte no los afecte cuando no se cumplió el requisito de publicidad; de suerte que ni su celebración ni su eventual nulidad pueden perjudicarlos, por lo que la declaración judicial que se haga respecto de la validez de aquel acto no tiene la aptitud de afectar su propio derecho legítimamente conseguido. La inoponibilidad valora la confianza razonable de los terceros de buena fe en aquellos negocios que se presentan objetivamente como válidamente celebrados.

*«En términos generales, terceros son todas aquellas personas extrañas a la convención. Todos aquellos que no han concurrido con su voluntad a su generación. Toda persona que no es parte, es tercero».*⁴ Son terceros relativos quienes no tuvieron ninguna intervención en la celebración del contrato, ni personalmente ni representados, pero con posterioridad entran en relación jurídica con alguna de las partes, de suerte que el acto en el que no participaron podría acarrearles alguna lesión a sus intereses, por lo que les importa establecer su posición jurídica frente al vínculo previo del que son causahabientes, y esa certeza sólo la pueden adquirir mediante una declaración judicial; como por ejemplo el comprador, el acreedor hipotecario, el acreedor quirografario, el legatario, el donatario, el cesionario, etc. Son terceros absolutos (*penitus extranei*) todas las demás personas que no tienen ninguna relación con las partes, por lo que el vínculo jurídico no les concierne ni les afecta de ninguna manera, pues sus consecuencias jurídicas no los alcanzan en virtud del principio de relatividad de los efectos del negocio jurídico; o sea que carecen de todo interés en la causa.

³ Arturo ALESSANDRI BESA. La nulidad y la rescisión en el derecho civil chileno. t. i. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2008. p. 86.

⁴ Raúl DIEZ DUARTE. La simulación de contrato en el Código Civil Chileno. Santiago de Chile, 1957. p. 64.

Para que una persona pueda beneficiarse de la invocación de la inoponibilidad, tiene que ser un tercero relativo al que la celebración del contrato, su nulidad, simulación, o cualquier efecto entre las partes, no puede degradar su posición jurídica por ser un adquirente *in loco domini*, es decir que su derecho deriva legítimamente del *dominus*; de manera que la suerte que corra el acto ajeno (válido o inválido entre las partes) en virtud de una declaración judicial, tendrá que respetar y reafirmar el carácter incuestionable de su propio derecho.

Para que un tercero se beneficie de la inoponibilidad no es necesario que la validez del negocio celebrado entre las partes sea incontrovertible, pues a menudo acontece que un tercero adquirente de buena fe invoca la eficacia del negocio jurídico que fue declarado nulo o simulado, del cual emanó su actual derecho; en cuyo caso no le interesa que no lo alcancen los efectos de un negocio válido e incontrovertible entre las partes, sino todo lo contrario, esto es que se tenga como válido frente a su calidad de tercero un negocio jurídico que carece de eficacia entre los celebrantes, pues “*la creación de una apariencia engañosa resulta de una conducta de la que habrá que responder*”.⁵ En tal evento –se reitera– su interés no radica en la inoponibilidad del acto que es válido entre las partes sino en la inoponibilidad, frente a su calidad de tercero, de la nulidad o simulación del negocio jurídico que es ineficaz entre las partes.

La inoponibilidad de un negocio jurídico no es un dogma, “*sino un beneficio flexible consagrado para favorecer a los terceros de buena fe*”,⁶ según sus concretos intereses jurídicamente protegidos, que bien pueden consistir en que los efectos del negocio jurídico eficaz entre las partes no los irradien, o todo lo contrario: que el negocio jurídico ineficaz entre las partes conserve sus efectos frente a terceros.

En el caso que se dejó a la consideración del tribunal, es evidente que la demandante no es un tercero (ni absoluto ni relativo) respecto de la hipoteca, como quiera que es, ni más ni menos, la persona jurídica dueña del inmueble sobre el cual el suplente constituyó dicho gravamen sin tener facultades estatutarias para ello y en manifiesta violación de una norma imperativa (artículo 838 del Código de Comercio). Por tal motivo,

⁵ Federico DE CASTRO Y BRAVO. Tratado práctico y crítico de derecho civil. t. X (El negocio jurídico). Madrid: Civitas, 1985. p. 363.

⁶ Luis PARRAGUEZ RUIZ. El negocio jurídico simulado. Universidad de Salamanca: 2013. p. 118.

no hay ninguna duda de que no es un tercero relativo que se haya visto afectado con el negocio y que, por tanto, pueda invocar a su favor la inoponibilidad.

Los hechos que constituyeron la *causa petendi* y sobre los cuales se sustentaron las pretensiones –que además quedaron probados en el proceso–, imponían al juzgador la obligación de interpretar la demanda para comprender su verdadero significado, el cual expresa, sin ninguna duda, que las pretensiones deducidas oportunamente se resuelven bajo el supuesto de hecho previsto en el artículo 838 del Código de Comercio, por lo que es incontestable que la acción que rige el caso es exactamente la que persigue la rescisión que esa proposición jurídica consagra como consecuencia o sanción.

Lo anterior guarda perfecta armonía con el artículo 196 del Código de Comercio, según el cual «*la representación de la sociedad y la administración de sus bienes y negocios se ajustarán a las estipulaciones del contrato social, conforme al régimen de cada tipo de sociedad*». A su vez, el inciso tercero señala que las limitaciones o restricciones de las facultades de los representantes y administradores que no consten expresamente en el contrato social inscrito en el registro mercantil no serán oponibles a terceros.

Es decir que según esta disposición la figura de la inoponibilidad de los actos celebrados por los administradores de la sociedad sin facultades estatutarias para ello está circunscrita a los terceros a quienes no puede perjudicar la falta de publicidad de las restricciones del representante.

Luego, la figura de la inoponibilidad no se aplica para resolver las controversias jurídicas suscitadas entre las partes contratantes cuando una de ellas solicita la aniquilación del acto o negocio jurídico que adolece de vicios.

En cualquier caso, atendiendo la realidad del problema jurídico que hay que resolver, es preciso admitir que de nada le serviría a la demandante una sentencia que declare la inoponibilidad del contrato de hipoteca, como quiera que una declaración judicial de tales características no tendría la aptitud de restablecer su interés jurídico conculcado, pues lo cierto es que en el mundo de la vida la hipoteca está surtiendo efectos

adversos a sus intereses, dado que gravó el único bien que conformaba su patrimonio; y tales consecuencias jurídicas no se deshacen con la figura de la inoponibilidad, la cual no dejaría de ser un simple y fútil adorno *in sola scriptura*, pues el gravamen real que pesa sobre el inmueble en nada podría cambiar con la inscripción de semejante decisión en el registro público.

3. Para efectos de aplicar al caso concreto la disposición legal que rige la controversia, resulta completamente irrelevante si el vicio se originó en la capacidad, en el consentimiento, en el objeto o en la causa del contrato de hipoteca, toda vez que la norma sustancial tiene un carácter específico que consagra la rescisión del negocio jurídico concluido por el representante en manifiesta contraposición de los intereses del representado, siendo este último el supuesto de hecho que hay que probar para que se dé la consecuencia jurídica por infracción de la mencionada prohibición legal.

El artículo 838 del estatuto mercantil no exige que el vicio del negocio jurídico se haya originado en uno u otro requisito “*de existencia, de la esencia, de la naturaleza, de la sustancia o de la subsistencia*” del contrato; que son expresiones analíticas cuyo verdadero significado sólo puede comprenderse a partir de la función que desempeñan en el sistema jurídico y del resultado práctico que producen en la realidad social a la que sirven.

No está sujeto a discusión que nuestro sistema de derecho privado consagró dos tipos de nulidad que tienen su origen en la codificación francesa:⁷ la absoluta y la relativa, ambas encaminadas a deshacer o extinguir los efectos de los actos jurídicos celebrados en contra de expresas disposiciones legales invalidantes. Mas, en uno u otro caso, la diferencia de tales conceptos se determina por sus repercusiones prácticas, pues las nulidades absolutas pueden ser invocadas por cualquier persona en defensa del orden público, se subsanan en un término de prescripción más amplio y sólo pueden ser convalidadas o saneadas por las partes mediante actos posteriores cuando no son generadas por objeto o causa ilícitos; mientras que las relativas sólo pueden ser demandadas por quienes tienen interés en su declaración, tienen un término de

⁷ Marcelo PLANIOL y Jorge RIPERT. Tratado práctico de derecho civil francés. t. VI: Las obligaciones. La Habana: Cultural S.A., 1946. p. 402 y s.s.

prescripción más reducido y pueden ser convalidadas en ciertos casos mediante actos posteriores ejercidos por el interesado.

En el caso que conoció el tribunal, se trata de una nulidad relativa, tal como lo solicitó la actora en su demanda, toda vez que el artículo 838 del Código de Comercio faculta expresamente la rescisión del negocio jurídico concluido por el representante en manifiesta contraposición con los intereses del representado.

De conformidad con el artículo 22 de la Ley 222 de 1995, «*son administradores, el representante legal, el liquidador, el factor, los miembros de juntas o consejos directivos y quienes de acuerdo con los Estatutos ejerzan o detenten esas funciones*».

En virtud de la libertad de estipulación contractual, también pueden ser administradores quienes no desempeñan ese cargo de manera permanente, pero están facultados para actuar como suplentes en ausencia temporal o definitiva del principal. Esta falta no tiene que ser necesariamente material, sino que el principal debe estar imposibilitado para desempeñar sus funciones.

Los representantes y administradores de las personas jurídicas (principales y suplentes) son exponentes y defensores del interés del ente representado, por lo que los actos o negocios que celebran en su propio favor y en detrimento de los intereses de su representado son sancionados por la ley comercial con su rescisión o anulabilidad.

El conflicto de intereses entre la sociedad y sus administradores está regulado por el artículo 838 del Código de Comercio: «*El negocio jurídico concluido por el representante en manifiesta contraposición con los intereses del representado, podrá ser rescindido a petición de éste, cuando tal contraposición sea o pueda ser conocida por el tercero con mediana diligencia y cuidado*».

El interés del administrador es contrario al de la sociedad cuando aquél tiene una posición antagonista en la operación, como por ejemplo, la de contraparte contractual, bien sea directamente o actuando en representación de un tercero; o cuando desarrolla una actividad directa en la gestión de otra empresa o representada que lesiona los intereses de la primera.

Cuando se presenta una situación en la que el interés del representante es antagónica o contrapuesta a los intereses de la sociedad en las operaciones directamente concluidas por él, los actos o negocios que dan origen a esa situación son rescindibles a petición del representado (esto es de la sociedad), a menos que haya mediado autorización del órgano facultado para ello, o bien que el contenido del contrato haya tenido en cuenta el modo de excluir la posibilidad del conflicto.⁸

Las anteriores razones conllevan a concluir que el sentenciador *ad quem* se equivocó al no identificar el instituto jurídico que corresponde a los supuestos fácticos en que se sustentó la controversia (artículo 838 del Código de Comercio), y en su lugar aplicó indebidamente una tesis doctrinal que se apoyó en una interpretación extensiva y errónea del artículo 901 del estatuto mercantil, que limita la inoponibilidad frente a terceros del negocio jurídico concluido sin cumplir con los requisitos legales de publicidad; equivocación que se estima suficiente para casar la sentencia recurrida.

Por haber prosperado la demanda de casación, no hay lugar a imponer condena en costas del recurso extraordinario.

IV. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **CASA** la sentencia proferida el 12 de julio de 2013 por la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá; y actuando en sede de instancia dicta la siguiente

SENTENCIA SUSTITUTIVA

1. En lo que respecta a la invalidez o ineficacia de los actos y negocios jurídicos, nuestro sistema de derecho privado instituyó el régimen de las nulidades, de indudable creación moderna,⁹ que estableció una diferencia entre las nulidades absolutas y las relativas.

⁸ Antonio BRUNETTI. Tratado del derecho de las sociedades. t. I. Buenos Aires: Uteha, 1960. p. 338.

⁹ PLANIOL y RIPERT. Op. cit. p. 402 y s.s.

La nulidad absoluta «*puede ser alegada por todo el que tenga algún interés, reconocido por derecho, en hacer tal cosa*».¹⁰ Es producida por un objeto o causa ilícita; por omisión de una formalidad legalmente exigida para el valor de ciertos actos; o por los actos y contratos de las personas absolutamente incapaces (artículo 1741 del Código Civil). Esta nulidad puede y debe ser declarada de oficio por el juez, aun sin petición de parte, cuando aparezca manifiesta en el acto o contrato. De igual modo, puede sanearse por la ratificación de las partes cuando no es generada por objeto o causa ilícitos, y en todo caso es saneable por prescripción extraordinaria (artículo 1742 *ibid*).

La nulidad relativa es producida por cualquier otra especie de vicio y da derecho a la rescisión del acto o contrato (artículo 1741, inciso 3° del Código Civil); sólo puede ser declarada por el juez a pedimento de la parte en cuyo beneficio la han establecido las leyes, o por sus herederos o cesionarios; y puede sanearse por el lapso de tiempo (4 años) o por ratificación de las partes (artículo 1743 *ejusdem*).

El efecto de la declaración de nulidad es el mismo para las absolutas y las relativas: retrotraer la situación jurídica a aquel estado más probable en que se hallaría si el acto o negocio jurídico no hubiera existido, es decir con ineficacia *ex tunc* (desde siempre), o desde el momento mismo en que el acto nulo tuvo su origen: «*La nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada, da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo; sin perjuicio de lo prevenido sobre objeto o causa ilícita*». (Art. 1746 Código Civil)

2. En el caso que se dejó a la consideración de la segunda instancia -como se precisó en la resolución de la demanda de casación-, no puede confundirse la situación fáctica generadora de nulidad que solicitó la demandante con la figura de la inoponibilidad, pues ésta sólo tiene utilidad cuando en virtud del principio de la buena fe, un tercero relativo no puede verse afectado por la declaración de eficacia o ineficacia entre las partes del negocio jurídico con apariencia de validez, del cual derivó su derecho.

¹⁰ *Ibid.* p. 408.

La figura aplicable al caso era, entonces, el artículo 838 del Código de Comercio, a cuyo tenor «*el negocio jurídico concluido por el representante en manifiesta contraposición con los intereses del representado, podrá ser rescindido a petición de éste, cuando tal contraposición sea o pueda ser conocida por el tercero con mediana diligencia y cuidado*».

En el proceso quedó demostrado el supuesto de hecho previsto en la norma sustancial, esto es que el gerente suplente realizó el negocio *en manifiesta contraposición con los intereses de la representada*, dado que hipotecó el único bien que conformaba el patrimonio de ésta a favor de otra sociedad de la que también era representante, lo que evidentemente afectó los intereses económicos de la actora.

De igual modo se probó la existencia de una cláusula en el contrato social que facultaba al suplente para realizar negocios a nombre de su representada únicamente en ausencia parcial o absoluta de la gerente principal, sin que esta última condición lograra acreditarse por ningún medio.

Es decir que además de haber infringido la prohibición del artículo 838 del Código de Comercio, el gerente suplente celebró la hipoteca por fuera de los límites de su mandato (artículo 196 *ejusdem*), por lo que el negocio concluido con abuso de la razón social carece de eficacia, tal como se deduce del segundo inciso del artículo 833 de la ley mercantil; de ahí que deba declararse su nulidad para deshacer los efectos jurídicos que alcanzó a producir entre las partes.

La representante de la sociedad demandante negó en el proceso haber autorizado a su suplente para que gravara con hipoteca el único bien constitutivo de su patrimonio; y también negó haber ratificado ese acto.

Por tanto, como se trata de dos negaciones indefinidas que están exentas de prueba por no ser susceptibles de demostración (artículo 177 del Código de Procedimiento Civil), es el demandado quien soporta la carga de la prueba de la afirmación en que fundó su excepción de “*efectiva ocurrencia de la falta del gerente*”, que se limitó a aseverar que celebró la hipoteca cuando la gerente principal estaba incapacitada para ejercer sus funciones; debiendo padecer la consecuencia jurídica

prevista en la norma sustancial que rige el caso por no haber desvirtuado el supuesto de hecho que ella consagra, el cual quedó demostrado en el proceso.

No hay en el proceso elementos de conocimiento que permitan concluir que el suplente hipotecó el inmueble en ausencia temporal o definitiva de la gerente principal, o con autorización de ésta o del órgano social facultado para ello, como tampoco hay prueba de la ratificación posterior de ese acto; pues el demandado sólo aludió a situaciones generales y ajenas al negocio jurídico del que trata la controversia.

En consecuencia, se debe confirmar la decisión del sentenciador de primera instancia, por estar probados los supuestos de hecho del artículo 838 del estatuto mercantil.

3. Debido al fracaso del recurso de apelación, se condenará en costas de la segunda instancia a la parte demandada, como lo dispone el numeral 3° del artículo 392 del Código de Procedimiento Civil; las cuales se tasarán por Secretaría, incluyendo como agencias en derecho la suma de cuarenta y nueve millones de pesos (\$49'000.000), que corresponden aproximadamente al 5% del monto de las pretensiones reconocidas en la sentencia, tal como lo dispone la tarifa de agencias en derecho (Acuerdo 1887 de 2003 del C.S. de la J.), vigente para la fecha en que se interpuso el recurso de casación.

V. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, actuando en sede de instancia, **CONFIRMA** el fallo dictado por el Juzgado Veinte Civil del Circuito de Descongestión de Bogotá el 25 de febrero de 2013, por las razones expresadas en la sentencia sustitutiva.

Costas de la segunda instancia a cargo de la parte demandada. Líquidense por Secretaría, incluyendo la cantidad de \$49'000.000 por concepto de agencias en derecho.

En su oportunidad, devuélvase el expediente al despacho de origen. Notifíquese.

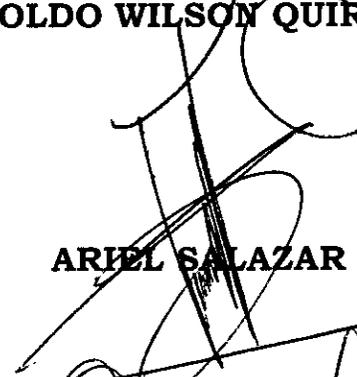


LUIS ALONSO RICO PUERTA
Presidente de Sala

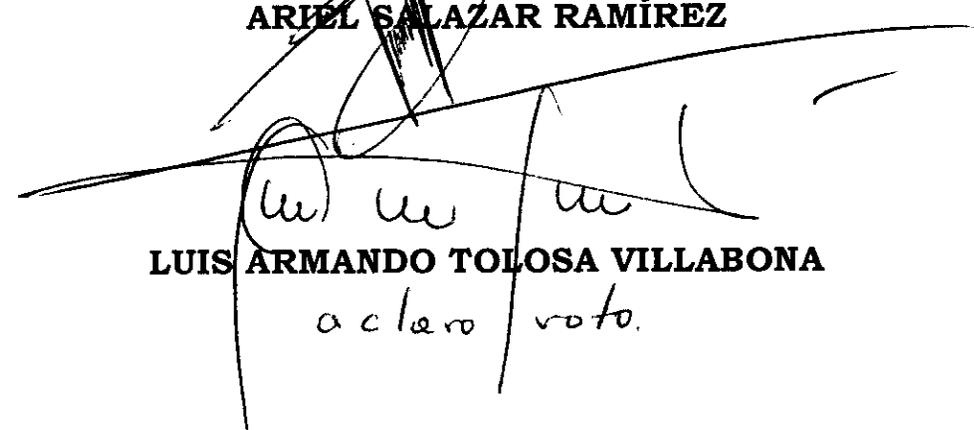
MARGARITA CABELLO BLANCO
(Con excusa justificada)



AROLDO WILSON QUIROZ MONSALVO



ARIEL SALAZAR RAMÍREZ



LUIS ARMANDO TOLOSA VILLABONA

aclaro voto.

