

**APROXIMACIONES AL PRINCIPIO DE OponIBILIDAD DE LOS
NEGOCIOS JURÍDICOS EN EL DERECHO COLOMBIANO**

TRABAJO DE GRADO

Para optar al título de Abogado

Autor

Eduardo Moreno Giraldo

Asesor

Juan Carlos Gaviria Gómez

(Abogado)

ESCUELA DE DERECHO

UNIVERSIDAD EAFIT

MEDELLÍN

2020

APROXIMACIONES AL PRINCIPIO DE OPONIBILIDAD DE LOS NEGOCIOS JURÍDICOS EN EL DERECHO COLOMBIANO

Eduardo Moreno Giraldo

I. RESUMEN

La oponibilidad comercial ha sido entendida por la doctrina y la jurisprudencia colombianas como el fundamento de los efectos indirectos que el negocio jurídico produce para los terceros. La legislación colombiana no regula sistemáticamente esta figura, sino que contempla casos dispersos en que un negocio jurídico -se dice- afecta la situación jurídica de quien no intervino en su celebración (v.gr. la simulación, el fraude pauliano, la venta del bien ajeno).

La teoría de la oponibilidad enfrenta grandes dificultades en la delimitación de su ámbito de aplicación. En general, a ella se le atribuyen fenómenos jurídicos que la misma no puede explicar adecuadamente, y, en sentido contrario, no se le atribuyen fenómenos que sí se rigen bajo sus postulados. Esta dificultad se debe al poco rigor en la definición de los conceptos fundantes de dicha teoría, a saber, la “oponibilidad” y la “inoponibilidad”.

En un intento de dar claridad al concepto, la presente monografía propone entender la oponibilidad como la aptitud de un hecho jurídico cualquiera (p.e. el hecho contractual) para satisfacer las normas del ordenamiento jurídico que le asignan consecuencias jurídicas desventajosas a un sujeto, quien a su vez es incompetente para sustraerse de esta realidad, es decir, del acaecimiento del hecho jurídico y de la producción de sus consecuencias. Entendida así, se depura el ámbito de aplicación de la teoría de la oponibilidad, y se le armoniza con las demás instituciones del derecho privado colombiano.

Acoger la presente propuesta lleva a concluir que (i) todo hecho jurídico -y no solo el negocio jurídico- es un hecho susceptible de ser calificado como oponible o inoponible; (ii) las partes pueden oponer el negocio jurídico a terceros, pero también los terceros pueden oponerlo a las partes, e incluso las partes pueden oponérselo entre sí; (iii) la oponibilidad por sí sola no es fundamento suficiente para deducir un “deber de respeto por el negocio jurídico” a cargo de los terceros; y (iv) ni los supuestos de ausencia de hecho oponible, ni los supuestos en que la medida de protección del sujeto aniquila erga omnes el hecho oponible son supuestos de verdadera inoponibilidad.

II. INTRODUCCIÓN

2.1 Planteamiento del problema

La oponibilidad es una figura jurídica que no está regulada sistemáticamente en la legislación colombiana. Debido a ello, la jurisprudencia y la doctrina nacionales

han intentado formular una “teoría general de la oponibilidad” a partir de los supuestos legales dispersos en que ésta es aplicable¹.

Sin embargo, dichos supuestos legales son muy disímiles en sus presupuestos y en su tratamiento jurídico, tanto así que la doctrina y la jurisprudencia coinciden en que lo único que tienen en común es la presencia de un tercero afectado por un negocio jurídico que no celebró. Esta gran disimilitud ha dificultado la adecuada delimitación del ámbito de aplicación de esta teoría, la formulación de sus conceptos y reglas generales, y su armonización con las demás instituciones y principios del derecho privado colombiano.

2.2 Objetivo

Este trabajo plantea nuevas aproximaciones a la teoría general de la oponibilidad, partiendo de una postura crítica frente a los desarrollos de la doctrina y la jurisprudencia colombianas, con el fin de establecer si esta figura puede ser reconocida como un principio rector de los negocios jurídicos y, en caso afirmativo, precisar su ámbito de aplicación, así como su influencia en la situación jurídica de las partes del negocio jurídico y de los terceros.

2.3 Metodología

¹ “Si bien es verdad la inoponibilidad no se encuentra debidamente sistematizada en el derecho positivo patrio, como sí lo está, por ejemplo, la nulidad de los negocios jurídicos, respecto de la cual el Código Civil en particular dedica toda una estructura normativa a regularla en su doble faceta, (...) ninguna duda existe acerca de su consagración legal, pues, así sea de manera diseminada, existen en el concierto jurídico colombiano diversas disposiciones a través de las cuales emerge su regulación legal (...), en las cuales se prevén algunos de los eventos en que el acto o contrato deviene inoponible haciendo que el mismo se torne ineficaz frente a quien en un momento dado ostentare la condición de tercero”: Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 30 de noviembre de 1994. Exp. 4025. M.P. Dr. Héctor Marín Naranjo.

Para lograr el cometido anterior, (i) se hará un recuento de los desarrollos legales, doctrinales y jurisprudenciales en Colombia sobre la teoría de la oponibilidad; (ii) se planteará una posición crítica frente a dichos desarrollos, y se formulará una nueva propuesta; y (iii) se expondrán las conclusiones.

III. DESARROLLOS LEGALES, DOCTRINALES Y JURISPRUDENCIALES EN COLOMBIA SOBRE LA TEORÍA DE LA OponIBILIDAD

3.1 Breve recuento histórico del principio de la oponibilidad en el derecho colombiano

“Todo ordenamiento positivo, por primitivo y rudimentario que sea el medio social al que se dirija, tiene siempre que reconocer en alguna medida eficacia jurídica a la *iniciativa privada*”² (cursivas propias). Este postulado (más conocido como “autonomía privada”) permite a los particulares disponer de sus intereses mediante la celebración de negocios jurídicos *eficaces*, es decir, aptos para producir efectos jurídicos (v.gr. crear derechos personales, transferir derechos reales, crear personas jurídicas, modificar su estado civil, entre otros).

Si bien la iniciativa o autonomía privada confiere un poder normativo, ello no quiere decir que tal poder sea absoluto. La ley contempla diversos límites a la eficacia del negocio jurídico, los cuales tienen como propósito la protección de

² OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo y OSPINA ACOSTA, Eduardo. Teoría General del Contrato y del Negocio Jurídico. 7 ed. Bogotá: Editorial Temis S.A., 2018. p. 6.

alguna de las partes, de terceros individualmente considerados o del interés general³.

El Código Napoleónico de 1804 trazó uno de dichos límites al contemplar expresamente el principio de relatividad de los negocios jurídicos⁴ (*res inter alios acta aliis neque nocere neque prodesse potest*), el cual impide a las partes extender los efectos del negocio jurídico a los terceros. En efecto, el artículo 1165 del *Code* previno tajantemente que los terceros no pueden resultar afectados (*nocere*) ni beneficiados (*prodesse*) por el contrato ajeno, salvo excepciones legales (v.gr. la estipulación para otro)⁵.

A pesar de la claridad del artículo citado, la doctrina francesa de inicios del siglo XX⁶ advirtió que el contrato podía producir *ciertos* efectos para los terceros. Así, por ejemplo, los actos de enajenación del deudor podían afectar el derecho de crédito del acreedor⁷, del mismo modo que la condición resolutoria acordada por las partes, de verificarse, podía aparejar la extinción del derecho real del tercero

³ *Ibíd.*, p. 13.

⁴ Se afirma que el principio de relatividad no está consagrado en el ordenamiento jurídico colombiano, como sí en el francés (art. 1165 del Código Napoleónico de 1804). Sin embargo, dicho principio se deduce fácilmente del art. 1602 C.C., según el cual “todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes...” (subrayas añadidas); y del art. 1507 C.C., según el cual “siempre que uno de los contratantes se compromete a que por una tercera persona, de quien no es legítimo representante, ha de darse, hacerse o no hacerse alguna cosa, esta tercera persona no contraerá obligación alguna, sino en virtud de su ratificación...” (subrayas añadidas).

⁵ Art. 1165 del Código Napoleónico de 1804: “las convenciones no surten efectos sino entre las partes contratantes; ellas no perjudican a terceros, y solo los benefician en el caso previsto en el artículo 1121”.

⁶ Entre los primeros autores que reconocieron la oponibilidad como un concepto relevante en el derecho contractual se encuentran René Demogue, en el tomo VII de su *Traité des obligations*; y Daniel Bastian en su obra *Essais d'une théorie générale de l'inopposabilité*.

⁷ Como dice el profesor Gaviria, el reconocimiento legal de la acción pauliana (y otras) es evidencia de que el contrato puede incidir en la esfera de terceros, dado que esa acción solo se concede cuando el contrato efectivamente lesiona el derecho del acreedor, que es un tercero: GAVIRIA GÓMEZ, Juan Carlos. El principio de oponibilidad del negocio jurídico y su incidencia en el ámbito de la responsabilidad civil (pendiente de publicación).

adquirente. Esta realidad innegable llevó a que la doctrina francesa acogiera una nueva interpretación -esta vez no literal- del mencionado artículo 1165: el principio de relatividad no impide la producción de *todo efecto* para los terceros, sino que solo impide la producción de los efectos derivados de la “fuerza obligatoria” del contrato. Pueden, sin embargo, producirse efectos “indirectos” para los terceros, dado que el contrato, si bien no les vincula, les es *oponible* ⁸.

El Código Civil colombiano de 1887 heredó buena parte del texto del Código Napoleónico de 1804. Aquel, a pesar de ser posterior, no resolvió las importantes discusiones acerca de los efectos que el contrato puede producir para los terceros. En efecto, el Código Civil colombiano no consagró expresamente el principio de relatividad de los negocios jurídicos (como sí lo hizo su antecesor); no contempló tampoco un criterio para distinguir entre las “partes” y los “terceros”, limitándose a decir que una parte puede estar integrada por una o varias personas (art. 1495 C.C.); y tampoco predicó “oponibilidad” o “inoponibilidad” del contrato, sino que se limitó a utilizar expresiones aproximativas en los supuestos en que un tercero resulta afectado por el negocio jurídico ajeno (p.e. “ni valdrán contra terceros...”) ⁹.

Esto llevó a que la doctrina y la jurisprudencia colombianas retomaran las discusiones iniciadas en Francia acerca de la distinción entre las nociones de “parte” y “tercero”, así como el papel que juegan los postulados de relatividad y oponibilidad en la situación jurídica de una y otro ¹⁰. La primera de estas discusiones es algo más pacífica en el derecho colombiano, pues se ha entendido que el

⁸ EL RAJAB, Dima. *L'opposabilité des droits contractuels. Étude de droit comparé français et libanais*. París, 2013, 478 p. Tesis doctoral (Doctor en derecho privado). *Université Panthéon-Assas. École doctorale de droit privé*.

⁹ Art. 1799 del Código Civil colombiano.

¹⁰ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 9 de agosto de 2018. SC 3201-2018. M.P. Dr. Ariel Salazar Ramírez.

“tercero” es todo aquel que no es parte en el negocio jurídico, y la “parte” es quien manifiesta en él su voluntad y es además titular del interés reglamentado, comprendiendo a sus causahabientes a título universal (p.e. los herederos o los cesionarios del contrato, también llamados *partes sobrevivientes*). La segunda discusión no ha llegado al mismo consenso.

Fue el Código de Comercio de 1971 el que predicó por primera vez “oponibilidad” e “inoponibilidad” del negocio jurídico en varias normas dispersas (v.gr. arts. 112, 190 y 1149 C.Co.), e instituyó la inoponibilidad como una modalidad de ineficacia *latu sensu* (art. 901 C.Co.). A pesar de estos avances, el Código de Comercio no consagró un régimen general y sistemático de la inoponibilidad (como sí hizo el Código Civil con la nulidad), y contempló tan solo una causal general de inoponibilidad de los negocios jurídicos: la omisión de requisitos legales de publicidad. Se desperdició así la oportunidad para establecer un régimen sistemático de la inoponibilidad.

3.2 Estado actual

A continuación se revisarán algunos de los desarrollos más significativos que se han hecho sobre la teoría de la oponibilidad en el derecho colombiano, trayendo a colación algunas referencias importantes del derecho foráneo (sobre todo el francés, donde se originó esta teoría). Los ejes temáticos sobre los cuales ha girado la teoría de la oponibilidad son (i) los conceptos de oponibilidad e inoponibilidad; (ii) los supuestos legales que se atribuyen al fenómeno de la oponibilidad; (iii) los efectos jurídicos derivados de la oponibilidad del negocio jurídico; (iv) la posibilidad de reconocer un principio rector de oponibilidad de los negocios

jurídicos; (v) los requisitos de oponibilidad del negocio jurídico; y (vi) la inoponibilidad como modalidad especial de ineficacia negocial.

3.2.1 Los conceptos de oponibilidad e inoponibilidad

La oponibilidad ha sido definida básicamente en tres ámbitos: **(i)** en el de la teoría del negocio jurídico; **(ii)** en otros ámbitos distintos al del negocio jurídico; y **(iii)** en el campo de la teoría general del derecho.

(i) La oponibilidad como atributo del negocio jurídico ha sido entendida, a su vez, de tres formas diferentes.

El primer concepto de oponibilidad es aquel que asimila la oponibilidad del negocio jurídico a su fuerza vinculante. Así entendida, la oponibilidad es el fundamento de todos los efectos jurídicos que el negocio jurídico produce para las partes (en principio) y para los terceros (por excepción).

Esta es la noción defendida por Baena Upegui, quien afirma que “...el *pacta sunt servanda* es la fórmula general de la *oponibilidad* o vinculación obligatoria; a *contrariu sensu*, el *res inter alios acta* es la fórmula general de la inoponibilidad”¹¹. Ramírez Baquero también defiende este concepto de oponibilidad al sostener que “lo (...) natural, por lo demás en plena consistencia con el citado postulado de la relatividad del acto jurídico, es que el negocio y sus consecuencias sean relacionamente

¹¹ BAENA UPEGUI, Mario. De las Obligaciones en Derecho Civil y Comercial. 3 ed. Bogotá: Legis Editores S.A., 2000. p. 671.

inoponibles ante los terceros, resultando así excepcional (...) que aquellos sean relacionalmente oponibles”¹².

Un segundo concepto de oponibilidad consiste en la posibilidad de un sujeto (casi siempre la parte contractual) de invocar el contrato a un tercero para la obtención de determinado efecto jurídico, bajo el entendido que el contrato es un hecho jurídico que se puede invocar como cualquiera otro. La inoponibilidad, en este sentido, sería “...la inhabilidad de los otorgantes para esgrimir su disposición frente a personas extrañas a ellos”¹³.

Esta segunda noción sugiere que el contrato es oponible en la medida que es un *hecho social*¹⁴, es decir, un hecho relevante tanto para los contratantes como para los demás, pues a menudo su celebración y ejecución repercute en ámbitos por fuera

¹² RAMÍREZ BAQUERO, Édgar. La ineficacia en el negocio jurídico. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2008. p. 427.

¹³ HINESTROSA, Fernando. Tratado de las obligaciones II. De las fuentes de las obligaciones: el negocio jurídico. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2015. Vol. 2, p. 835.

¹⁴ En el derecho foráneo también se ha acogido esta segunda noción de oponibilidad. Terré, Simler y Lequette definen la oponibilidad como “...la facultad de las partes o de los terceros de prevalerse de la situación jurídica engendrada [por el contrato]” (corchetes añadidos): TERRÉ, François, SIMLER, Philippe y LEQUETTE, Yves. *Droit civil. Les obligations*. 10 ed. París: Éditions Dalloz, 2009. p. 506.

En el mismo sentido, Diez-Picazo la define como la “posibilidad de que las partes funden eficazmente en su propio negocio una pretensión dirigida contra el tercero...”: DIEZ-PICAZO, Luis. Fundamentos del derecho civil patrimonial. Introducción a la teoría del contrato. 5 ed. Madrid: Editorial Civitas, 1996. Vol. 1, p. 428-429.

También Ghestin y Billiau la definen como “...fenómeno general que tiende a hacer reconocer la existencia del contrato a los terceros, porque si se les permitiera ignorarlo, difícilmente podría esperarse su eficiencia, incluso entre las partes”: GHESTIN, Jacques y BILLIAU, Marc. *Traité de Droit Civil. Les Obligations - Les effets du contrat*. París: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1992. p. 579.

Por último, Abeliuk sostiene que “...la oponibilidad (...) consiste en que los terceros no pueden negarle [al contrato] su existencia y la de sus efectos”: ABELIUK MANASEVICH, René. Las obligaciones. 4 ed. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile y Editorial Temis S.A., 2001. Vol. 1, p. 154.

de la esfera jurídica de los celebrantes. Esta repercusión se ve nítidamente, por ejemplo, en los negocios jurídicos que tienen por objeto transferir un derecho real.

En defensa de esta segunda noción de oponibilidad, Tamayo Lombana afirma que

“El contrato no está llamado a producir efectos directos frente a terceros; no se convierten en acreedores ni deudores de aquello que estipularon las partes. Pero en forma general sí les es oponible el contrato legalmente celebrado. Este es oponible *erga omnes* [frente a todo el mundo] en razón de que es un hecho social. Los terceros no pueden desconocerlo; a ellos se les impone la situación jurídica que creó el contrato, como situación jurídica que es, como simple hecho (...). Y, de la misma manera, los terceros pueden acogerse a esa situación jurídica creada por el contrato. Los acreedores de B pueden invocar el contrato de compraventa a fin de que el bien vendido se considere formando parte del patrimonio del comprador”¹⁵.

Hinestrosa también acoge esta segunda noción de oponibilidad, al definirla como la “...presencia e invocabilidad del hecho, en el pleno entendido de que aquellos efectos no están llamados a traspasar la esfera jurídica de los celebrantes”¹⁶.

A pesar de entenderse aquí la oponibilidad como la simple invocabilidad del negocio jurídico -como hecho jurídico- para la obtención de un efecto cualquiera, quienes acogen esta concepción en el derecho colombiano no parecen admitir la

¹⁵ TAMAYO LOMBANA, Alberto. Manual de Obligaciones. Teoría del acto jurídico y otras fuentes. 6 ed. Bogotá: Editorial Temis S.A., 2004. p. 272.

¹⁶ HINESTROSA, Fernando. Tratado de las obligaciones II. De las fuentes de las obligaciones: el negocio jurídico. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2015. Vol. 1, p. 517.

posibilidad de que los terceros opongan el contrato a las partes, ni que las partes se opongan el contrato entre sí. Según la doctrina y la jurisprudencia colombianas mayoritarias, el negocio jurídico se opone siempre al tercero, a diferencia de lo que se ha sostenido en otros países¹⁷.

Un tercer concepto de oponibilidad propone distinguir entre los efectos “directos” del negocio jurídico, que son los derivados de su fuerza vinculante, y los efectos “indirectos”¹⁸ que el mismo proyecta a terceros. De acuerdo con esta tercera noción, la oponibilidad es el fundamento de estos últimos efectos, dentro de los cuales se destaca un “deber de respeto” a cargo de los terceros que les impide interferir en la ejecución del negocio jurídico ajeno. En este entendido, la *inoponibilidad* consiste en la ineptitud del contrato para proyectar a los terceros sus efectos indirectos, quedando a salvo sus efectos *inter-partes*.

Esta tercera concepción de oponibilidad, defendida también por varios autores foráneos¹⁹, ha tenido gran acogida en la doctrina y la jurisprudencia colombianas.

¹⁷ En Francia, la teoría del “incumplimiento contractual como culpa aquiliana de cara a terceros”, de creación de la Corte de casación de ese país, se construyó sobre la base de que los terceros pueden oponer el contrato a la parte incumplida a efectos de hacerla extracontractualmente responsable de sus perjuicios: EL RAJAB, Op. cit., p. 55-56.

¹⁸ Scognamiglio señala que “el contrato puede producir importantes efectos reflejos para los terceros, que faltarían en la hipótesis de la inoponibilidad, a la postre con indudables repercusiones sobre la propia funcionalidad *inter-partes*” (subrayas propias): SCOGNAMIGLIO, Renato. Teoría general del contrato. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1996. p. 254.

¹⁹ Este concepto de oponibilidad lo plantea Lacruz Berdejo, quien entiende la oponibilidad como “...el deber de los terceros de respetar las relaciones que la convención ha establecido entre las partes”: LACRUZ BERDEJO, José Luis, *et al.* Derecho de obligaciones: Parte General. Teoría General del Contrato. Madrid: Editorial Dykinson, 2000. Vol. 1, p. 522. Citado por: GAVIRIA GÓMEZ, Op. cit., p. 4.

También lo sostiene De Lorenzo, al definir la oponibilidad como el “...deber de no dañar a (sic) los intereses que derivan del contrato”: DE LORENZO, Miguel Federico. Contrato que daña a terceros, terceros que dañan al contrato. Líneas de una evolución histórica y jurisprudencial. En: Revista de Responsabilidad Civil y Seguros. Noviembre, 2007, vol. 9, no. 11, p. 20.

En el mismo sentido, Malaurie y Aynès sostienen que “la inoponibilidad es la ineficacia de un acto o de un derecho frente a un tercero. (...) La imperfección del acto inoponible no afecta las relaciones entre las partes; sólo los terceros

Entre los doctrinantes colombianos que defienden esta concepción está Ospina Fernández, quien define la oponibilidad como “...el deber de respetar esos actos ajenos, o sea, el de no desconocerlos arbitrariamente”²⁰.

También acoge esta concepción Paredes Hernández, al afirmar que

“...en ciertas circunstancias el acto debe tener una forma de eficacia frente a terceros, porque ciertos terceros deben estar llamados a respetar los efectos del acto. Este deber legal de respetar los *efectos exteriores* del acto no los vincula con la fortaleza de las partes, ya que en su mayoría los *efectos íntimos* del acto se reservan exclusivamente a los contratantes. (...) Los efectos frente a terceros relativos se derivan del concepto de *oponibilidad* del acto...”²¹.

Asimismo, Hinestroza reconoce esta tercera acepción de la oponibilidad bajo la siguiente fórmula: “la eficacia ampliada hacia terceros, del negocio jurídico, no solo positiva o favorablemente, sino también perjudicial”²².

La Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia ha plasmado esta tercera noción en múltiples pronunciamientos. En el año 1994, la Corporación sostuvo que

o ciertos terceros pueden ignorarlo”: MALAURIE, Philippe y AYNÈS, Laurent. *Contrats, quasi-contrats*. p. 166. Citado por HINESTROSA, Fernando. Tratado de las obligaciones II, Op. cit., Vol. 2, p. 835.

También Bastian sostiene que la inoponibilidad es “la ineficacia, respecto de terceros, de un derecho nacido de la celebración o de la nulidad de un acto jurídico”: BASTIAN, Daniel. *Essais d’une théorie générale de l’opposabilité*. Citado por BAENA UPEGUI, Op. cit., p. 670.

²⁰ OSPINA FERNÁNDEZ y OSPINA ACOSTA, Op. cit., p. 388.

²¹ CASTRO DE CIFUENTES, Marcela. Derecho de las obligaciones: tomo I. Bogotá: Editorial Temis S.A., 2009. Vol. 1, p. 590.

²² HINESTROSA, Op. cit., Vol. 1, p. 517. Este autor sostiene que hay dos posibles formas de concebir la oponibilidad en el derecho colombiano, razón por la cual aparece como defensor tanto de la segunda como de la tercera noción de oponibilidad en el presente trabajo.

“La oponibilidad del acto atañe a la amplitud o extensión de los efectos, que son consustanciales a su estructura, en frente de otros sujetos (...). La inoponibilidad no conduce a la desaparición del negocio, sino que neutraliza la producción de los efectos del mismo en frente de alguien, todo bajo el entendido de que su validez entre las partes es incontrovertible. En este caso, el negocio es, en sí mismo, válido, pero es la expansión de sus efectos propios la que se ve disminuida ante quienes de otro modo, serían sus destinatarios naturales (...). No es que la inoponibilidad sea asimilable a la inexistencia, puesto que la última no es una sanción que se impone al negocio, o sea, que este, en sí mismo existe o no existe, tanto frente a las partes, como frente a terceros, mientras que en aquella el negocio existe, solo que no produce efectos respecto de otros”²³ (subrayas añadidas).

En un pronunciamiento posterior, la Corte Suprema de Justicia volvió a acoger esta noción al entender la inoponibilidad como aquel supuesto en que “los efectos del negocio jurídico son plenos entre las partes y no respecto de terceros, cuyos intereses escapan a la esfera dispositiva de las partes, careciendo de eficacia”²⁴.

También la Corte Constitucional se ha referido a la inoponibilidad como la figura que “comprende aquellas hipótesis en las que el acto o contrato es existente y válido entre quienes intervinieron en su celebración, pero no tiene la aptitud de producir sus efectos frente a terceros dado que, por ejemplo, no se agotaron determinados requisitos de publicidad previstos en la ley”²⁵.

²³ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 30 de noviembre de 1994. Exp. 4025. M.P. Dr. Héctor Marín Naranjo.

²⁴ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 1 de julio de 2008. Exp. 2001-00803-01. M.P. Dr. William Namén Vargas.

²⁵ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-345 de 2017. Exp. D-11758. M.P. Alejandro Linares Cantillo.

(ii) En segundo lugar, la oponibilidad ha sido entendida como atributo, no solo del negocio jurídico, sino también de **otras figuras sin carácter negocial**²⁶. Se identifican los siguientes casos:

a) **Los derechos subjetivos patrimoniales:** suele afirmarse que los derechos reales gozan de *oponibilidad absoluta*, dado que tienen un sujeto pasivo universal, y que los personales gozan de *oponibilidad relativa*, en cuanto solo el deudor se encuentra en el extremo pasivo de la relación jurídica²⁷.

Sin embargo, a comienzos del siglo XVIII algunos autores alemanes de corte iusnaturalista afirmaron que del derecho personal también se debe predicar oponibilidad absoluta, dado que los terceros deben abstenerse de interferir en su desarrollo. Al respecto, Díez Picazo afirma que “la existencia de un deber de respeto general frente al derecho no es una característica peculiar del derecho real, sino que se da también en el derecho de crédito, como en general en todos los derechos subjetivos. En todos aquellos casos en que el derecho de crédito puede ser violado por un tercero distinto del deudor (...) el acreedor puede dirigirse contra el tercero para reclamar que su derecho sea satisfecho”²⁸.

b) **Los actos no-negociales:** los *fallos judiciales*, llamados a producir efectos de cosa juzgada entre las partes procesales, suscitan el problema de si pueden

²⁶ OSPINA FERNÁNDEZ y OSPINA ACOSTA, Op. cit., p. 387

²⁷ VELASQUEZ GÓMEZ, Hernán Darío. Estudio sobre obligaciones. Bogotá: Editorial Temis S.A., 2010. p. 45.

²⁸ DIEZ-PICAZO, Op. cit., p. 63.

oponerse a quienes no participaron en el proceso, es decir, los terceros²⁹. De la misma manera, los *actos administrativos* existen y son válidos desde su expedición, pero sólo son oponibles a otros una vez surtido el trámite de publicidad³⁰.

c) Los hechos ocultos tras una apariencia: la teoría de la apariencia, de aplicación general en el derecho colombiano, contempla como consecuencia que la situación oculta (y real) se considere inoponible a quien adquiere un derecho con base en la apariencia, siempre que se reúnan ciertos requisitos³¹.

²⁹ “[La oponibilidad] no concurre de modo exclusivo en el terreno de los actos jurídicos, sino que también se da en campos distintos, como el de los fallos judiciales ejecutoriados”: OSPINA FERNÁNDEZ y OSPINA ACOSTA, Op. cit., p. 387.

Sobre el particular, Prieto y Quintero indican que “Las relaciones jurídicas se entrelazan y la sentencia puede ser también indirectamente relevante para los terceros, máxime si se concibe el caso juzgado como derecho concreto”. Luego afirman que “...se aventuraron CARNELUTTI, ALLORIO, FABRINI y BUSNELL con su teoría de la *eficacia refleja de la cosa juzgada*, según la cual ésta alcanza a toda relación conexas con la deducida en el proceso, en todos los hechos que no puedan ser de una manera y serlo al mismo tiempo de otra”: QUINTERO, Beatriz y PRIETO, Eugenio. *Teoría General del Derecho Procesal*. 4 ed. Bogotá: Editorial Temis S.A., 2008. p. 597.

³⁰ Los destinatarios del acto administrativo serían terceros del mismo, dado que no participan en su otorgamiento. Sobre la oponibilidad del acto administrativo, la Corte Constitucional indica que “la decisión administrativa contenida en el acto de carácter general o particular es válida desde el momento en que se expide (desde que ha sido firmado, aún sin haber sido publicado (...)); sin embargo, su fuerza vinculante comienza desde que se ha producido la publicación o notificación del acto; por lo tanto, la publicación no constituye un requisito de validez del acto administrativo; se trata simplemente de una condición para que pueda ser oponible a los particulares, es decir, de obligatoriedad. En este evento, se está ante un problema de eficacia de la norma, no de validez; es un aspecto extrínseco del acto y posterior al mismo. Adicionalmente, la jurisprudencia contencioso-administrativa sostiene que, si el acto administrativo concede un derecho al particular, éste puede reclamarlo de la administración, aunque el acto no haya sido publicado. Si por el contrario, el acto impone una obligación, ésta no puede exigirse hasta tanto dicho acto sea publicado, aunque haya una instrucción en el mismo en sentido contrario”: Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-957 de 1999. Exp. D-2413. M.P. Dr. Álvaro Tafur Galvis.

³¹ SUESCÚN MELO, Jorge. *Derecho privado: Estudios de derecho civil y comercial contemporáneo*, tomo I. 2 ed. Bogotá: Legis Editores S.A., 2003. p. 91-137. En general, para la aplicación de la teoría de la apariencia se exige (i) un error generalizado en el medio social (“error común”); y (ii) que quien alega haber incurrido en el error haya estado de buena fe exenta de culpa.

d) La ineficacia de un negocio jurídico: la oponibilidad o inoponibilidad puede predicarse también de la *ineficacia* de un negocio jurídico respecto del cual un tercero derivó un derecho, trátase de una nulidad, una inexistencia, u otra sanción diferente. Así lo ha dicho BASTIAN, quien entendió la inoponibilidad como “la ineficacia respecto de terceros de un derecho nacido de la celebración o de la nulidad de un acto jurídico” (subrayas propias)³².

También la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia sostuvo recientemente que todo tipo de ineficacia puede considerarse inoponible a terceros de buena fe, al sostener que

“El principio de la relatividad de los negocios jurídicos no es absoluto, tal como lo ha explicado de manera reiterada la jurisprudencia de esta Corte, porque si bien es cierto que la eficacia de los actos jurídicos se restringe al interés de las partes, es posible –y a menudo ocurre– que sus efectos incidan en intereses de personas ajenas al convenio, quienes tendrán por ello la calidad de terceros relativos y no de completos extraños; lo cual les otorga la facultad de invocar judicialmente la inoponibilidad de la eficacia jurídica de los actos celebrados entre las partes, o de su invalidez, según las particularidades de cada relación jurídico-sustancial y su legitimación para formular la pretensión correspondiente u oponerse a ella”³³ (subrayas propias).

³² BAENA UPEGUI, Op. cit., p. 670.

³³ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia SC3201-2018 del 9 de agosto de 2018. Radicación n° 05001-31-03-010-2011-00338-01. M.P. Dr. Ariel Salazar Ramírez.

También, véase Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia SC9184-2017 del 28 de junio de 2017. Radicación 11001-31-03-021-2009-00244-01. M.P. Dr. Ariel Salazar Ramírez.

(iii) Por último, la oponibilidad ha sido entendida como una **institución de la teoría general del derecho**. La doctrina francesa ha estudiado con mayor profundidad esta noción general de oponibilidad. En efecto, los autores franceses, al observar los múltiples escenarios en los cuales la oponibilidad se manifiesta, propusieron ubicar dicha figura en la teoría general del derecho, atribuyéndole una única fórmula para explicar la totalidad de sus manifestaciones. DUCLOS, por ejemplo, planteó una definición general de oponibilidad, como “la cualidad reconocida a un elemento del orden jurídico en virtud de la cual incide indirectamente por fuera de su círculo de actividad directa. Por lo tanto, es una técnica cuyo propósito es conectar el elemento oponible con el entorno legal...”³⁴.

Asimismo, CORNU propuso su propia definición general de la oponibilidad como “la capacidad de un derecho, un acto (...), una situación jurídica o fáctica para proyectar sus efectos en los terceros (...) no sometidos a las obligaciones originadas directamente de estos elementos (...), pero sí forzándolos a reconocer la existencia de esos hechos, derechos y actos oponibles, a respetarlos como elementos del ordenamiento jurídico y a sufrir sus efectos, salvo los casos en que la ley les otorga el derecho a oponerse a ello”³⁵.

3.2.2 Los supuestos legales incluidos dentro del ámbito de aplicación de la teoría de la oponibilidad

³⁴ DUCLOS, José. *L'opposabilité. Essai d'une théorie générale*. [s.l.] : L.G.D.J., 1984. p. 22. Citado por : EL RAJAB, Op. cit., p. 261.

³⁵ CORNU, Gérard. *Vocabulaire juridique. Association Henri Capitant*. 9 ed. Paris: Quadriga, 2002. Citado por: WINGTEN, Robert. *Étude Critique de la Notion D'Opposabilité. Les effets du contrat à l'égard des tiers en droit français et allemand*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 2004. p. 1.

Antes de enlistar los casos legales típicamente atribuidos a la teoría de la oponibilidad, debe anotarse que tanto en Colombia como en Francia la mayoría de los supuestos contemplados en la ley son de *inoponibilidad*. Ello explica que casi todos los postulados de dicha teoría se hayan formulado alrededor de la inoponibilidad (y no de la oponibilidad)³⁶.

Estos supuestos legales son:

- 1. La simulación (arts. 1766 y 1618 C.C.):** se afirma que la declaración privada de las partes es inoponible a terceros de buena fe que resultan beneficiados con el acto simulado; mientras que la declaración pública es inoponible a terceros perjudicados³⁷.
- 2. El fraude pauliano (art. 2491 C.C.):** algunos autores³⁸ sostienen que el negocio fraudulento es inoponible al acreedor defraudado. Esta norma contempla un segundo supuesto de interés para la teoría de la oponibilidad, dado que puede entenderse también que el derecho de crédito del acreedor defraudado es oponible al tercero que celebró el negocio fraudulento con el deudor.
- 3. La cesión del crédito y del contrato (art. 1960 C.C.; arts. 887 y 894 C.Co):** estos negocios deben ser notificados al deudor o al contratante cedido, respectivamente, para que les sean oponibles a ellos y a los terceros.

³⁶ DIEZ-PICAZO, Op. cit., p. 428.

³⁷ HINESTROSA, Op. cit., Vol. 2, p. 837.

³⁸ BAENA UPEGUI, Op. cit., p. 678; HINESTROSA, Op. cit., vol. 2 p. 836; y CASTRO DE CIFUENTES, Op. cit. vol 1 p. 509.

4. **La venta del bien ajeno (art. 1871 C.C.):** se afirma que es inoponible al tercero propietario del bien objeto de la venta.

5. **El pacto de reserva de dominio (art. 1931 C.C. y 953 C.Co.):** se considera inoponible a terceros de buena fe a cuyo favor se hayan constituido o transferido derechos sobre el bien antes de cumplirse la condición suspensiva de la tradición.

6. **Los negocios jurídicos cuyo objeto sea crear, transferir, modificar o extinguir un derecho real sobre un bien inmueble (Art. 756 C.C.; art. 4 de la Ley 1579 de 2012):** algunos autores³⁹, consideran que el registro del contrato mediante el cual se busca la transferencia, constitución o extinción de derechos reales sobre bienes inmuebles es un “requisito general de oponibilidad” del mismo.

7. **En general, los negocios jurídicos sometidos a formalidades de publicidad (art. 901 C.Co):** su oponibilidad a terceros se supedita al cumplimiento de dicha formalidad.

8. **El contrato de sociedad (art. 112 C.Co.):** debe registrarse para que sea oponible a terceros, quienes a partir de tal momento no podrán desconocer la creación de la persona jurídica.

³⁹ BAENA UPEGUI, Op. cit., p. 670; OSPINA FERNÁNDEZ y OSPINA ACOSTA, Op. cit., p. 390. En el derecho italiano (donde rige una norma análoga a la citada en el presente trabajo), ver BIANCA, Cesare Massimo. Derecho civil. El contrato. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007. p. 598-599.

- 9. La reforma del contrato de sociedad (art. 158 C.Co.):** salvo que se trate de una escisión societaria, la reforma deberá reducirse a escritura pública y registrarse para ser oponible a terceros. Si solo se hace constar en escritura pública, produce plenos efectos solo entre los asociados (siempre que la reforma respete lo dispuesto en los estatutos).
- 10. La declaratoria de nulidad del contrato de sociedad (art. 105 C.Co.):** es inoponible a terceros de buena fe que pretendan hacer valer sus derechos contra la sociedad.
- 11. Las decisiones de la asamblea general de la sociedad (art. 190 C.Co.):** si no son de carácter general, son inoponibles a los asociados ausentes o disidentes.
- 12. La cesación del cargo de representantes legales y revisores fiscales (arts. 164 y 442 C.Co., declarados condicionalmente exequibles por la Sentencia C-621 de 2003):** al respecto afirma la Corte Constitucional que “la falta de publicidad de la causa que da origen a la terminación de la representación legal o de la revisoría fiscal, hace inoponible el acto o hecho frente a terceros, ante quienes el representante legal o revisor fiscal que figure registrado como tal continuará respondiendo para todos los efectos legales”⁴⁰.
- 13. El negocio jurídico celebrado a nombre de otro sin poder o excediendo los límites de éste (arts. 640 y 2180 C.C.; y arts. 196, 841 y 1335 C.Co.):** el contrato celebrado entre el tercero y el que contrató en

⁴⁰ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-621 de 2003. Exp. D-4450. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

nombre de otro se considera inoponible a la persona en cuyo nombre se contrató⁴¹.

- 14. La modificación y la revocación del poder (art. 843 C.Co.):** ambos negocios jurídicos son oponibles a terceros si fueron puestos en conocimiento de éstos por medios idóneos, o fueron efectivamente conocidos por ellos.

- 15. La cesión de derechos patrimoniales de autor (art. 30 de la ley 1450 de 2011) y derechos derivados de la propiedad industrial (arts. 56, 105, 161 de la Decisión 486 del 2000):** su oponibilidad a terceros queda supeditada al registro del acto de cesión.

- 16. Las garantías mobiliarias (arts. 21 y 22 de la Ley 1676 de 2013):** la oponibilidad de la garantía real a terceros depende de su registro.

- 17. La celebración y la revocación del contrato de preposición (art. 1333 C.Co.):** ambos actos son inoponibles a terceros hasta tanto se inscriban en el registro mercantil.

- 18. La venta del mismo bien a dos personas (art. 1873 C.C.):** el título del primer comprador puede oponerse al segundo comprador, en tanto no se haya ejecutado ninguna de las dos ventas.

- 19. El arrendamiento celebrado por el enajenante (art. 2020 C.C.):** el contrato de arrendamiento se considera oponible al adquirente del bien

⁴¹ HINESTROSA, Op. cit., Vol. 1, p. 609.

arrendado. No obstante, si éste adquirió el bien a título oneroso, el arrendamiento deberá constar por escritura pública para que se produzca este efecto.

3.2.3 Los efectos derivados de la oponibilidad del negocio jurídico, en especial el deber de respeto

Según se concluyó en el numeral (3.2.1), la oponibilidad del negocio jurídico ha sido entendida en Colombia como la aptitud del mismo para producir “efectos indirectos” para los terceros. En el presente numeral se hará un estudio de cuáles son dichos efectos.

Es evidente que no pueden enlistarse todos los efectos que el negocio jurídico puede producir para los terceros, dado que varían según el tipo de negocio celebrado. Algunos ejemplos, en el entendimiento de nuestra doctrina y jurisprudencia, serían la disminución de la prenda general del acreedor como consecuencia de las enajenaciones del deudor; la extinción del débito del patrimonio del fiador por el pago efectuado por el deudor principal; o la atribución del derecho de retracto a la contraparte procesal de quien cedió su derecho litigioso a título oneroso. Nótese que en los anteriores ejemplos los efectos derivados de la oponibilidad son tanto positivos como negativos para el tercero, dado que en el derecho colombiano no se hace una distinción sobre el particular: es todo “efecto indirecto”.

A pesar de no poder enlistarse taxativamente los efectos indirectos fundamentados en la oponibilidad, dentro de estos se destaca uno que parece común a todos los

negocios jurídicos. La jurisprudencia y la doctrina -nacional y foránea⁴²- lo llaman el **deber de respeto por el contrato ajeno** a cargo de los terceros. Este punto es de particular importancia, por lo que a continuación se hará un detenido análisis de lo dicho acerca de este deber en la legislación, la doctrina y la jurisprudencia colombianas.

(i) La legislación colombiana no consagró el deber de respeto. Se cuenta apenas con normas dispersas que podrían ayudar a su reconocimiento, así como a la delimitación de su contenido (¿qué es lo que se prohíbe al tercero?) y la consecuencia que se sigue de su incumplimiento. Entre estas normas se encuentran los arts. 1547 y 1548 C.C., que regulan la enajenación a terceros de los bienes debidos mientras se encuentra pendiente un plazo o una condición suspensivos; el art. 2491 C.C., que impone a los terceros el deber de abstenerse de contratar con el deudor cuando conocen que ello lleva a su insolvencia⁴³; el art. 1873 C.C., que regula la venta de un mismo bien a dos personas diferentes, dando prevalencia a una sobre la otra; el art. 2020 C.C., que impone al adquirente del bien arrendado el “respeto” por el contrato de arrendamiento celebrado sobre el bien; el art. 2343 C.C., que faculta al acreedor para lograr la devolución del provecho que el tercero reportó del incumplimiento doloso del deudor; y el art. 17 de la ley 256 de 1996 sobre competencia desleal, que sanciona la inducción a la ruptura contractual

⁴² En palabras de Terré, Simler y Lequette, todo tercero tiene a su cargo “una obligación de no hacer, que consiste en respetar los derechos originados en el contrato”: TERRÉ, SIMLER y LEQUETTE, Op. cit., p. 507.

⁴³ Puede afirmarse que los arts. 1547, 1548 y 2491 C.C. buscan, más precisamente, la protección del derecho de crédito (y no del contrato). Pese a que esto es cierto, estas tres disposiciones permiten reconocer el deber de respeto *por el contrato*: primero, porque el Código Civil concibe que el objeto del contrato es, en su integridad, los derechos de crédito y obligaciones que el mismo crea (arts. 1494, 1495 y 1517 C.C.); segundo, porque la lógica detrás de estas tres normas es que los terceros no deben interferir en ninguna situación jurídica, ni siquiera en la situación de eficacia *relativa* (en la cual se encuentran tanto el acreedor como la parte contractual).

perpetrada por terceros en el marco de la competencia mercantil, reunidos ciertos requisitos especiales⁴⁴.

(ii) La doctrina ha tenido un papel protagónico en la construcción del deber de respeto como una consecuencia directa de la oponibilidad del negocio jurídico. Varios autores sostienen, en síntesis, que el negocio jurídico oponible es aquel meritorio de respeto por parte de los terceros. Algunos, incluso, extienden la protección del deber de respeto a la etapa precontractual (!)⁴⁵.

Gaviria, haciendo un análisis acerca de los terceros que logran frustrar la ejecución del contrato oponible, sostiene que “la conducta del tercero sería constitutiva de una culpa, dado que sobre él pesaba el deber jurídico de respetar el contrato ajeno, sin que su interés personal pueda anteponerse al del respeto de la situación jurídica ajena”⁴⁶. En la misma línea, Hinestrosa considera que “siendo elemental el aserto de que el contrato produce efectos circunscritos a las partes (...), los terceros tampoco pueden ignorar el hecho social del contrato y, por lo mismo, deben respetarlo”⁴⁷. Para ilustrar esta afirmación, Hinestrosa⁴⁸ enuncia como supuestos en que se quebranta el deber de respeto, entre otros, los casos en que determinado

⁴⁴ La última de estas normas lleva a preguntarse si el deber de respeto debería tener el mismo alcance en el derecho de la competencia mercantil. Ello bajo el entendido que la libre competencia, derecho colectivo de los consumidores, bien podría aconsejar el “irrespeto” por parte de un competidor al contrato celebrado por otros competidores, siempre que aquel allegue una mejor oferta y aumente las eficiencias del competidor contratante (lo que en últimas beneficia a los consumidores). Sobre esto se volverá más adelante.

⁴⁵ *Ibíd.*, vol. 1 p. 412.

⁴⁶ GAVIRIA, *Op. cit.*, p. 15.

⁴⁷ HINESTROSA, *Op. cit.*, vol. 2 p. 838.

⁴⁸ *Ibíd.*, vol. 2 p. 496-497.

tercero adquiere para sí el bien prometido en venta; o sonsaca al trabajador del empleador; o induce al deudor a la violación de un acuerdo de exclusividad.

La doctrina colombiana acoge una importante distinción entre las formas de quebrantar el deber de respeto. Dicho deber, dice Hinestrosa⁴⁹, puede violarse por *vía de hecho*, es decir, mediante una conducta material del tercero que imposibilita la cabal ejecución del negocio jurídico (p.e. el tercero destruye el bien debido); y por *vía de derecho*, mediante la celebración de un negocio jurídico entre el tercero - llamado “tercero cómplice del incumplimiento contractual”⁵⁰- y el deudor contractual, negocio cuya ejecución imposibilitaría el cabal desarrollo del negocio jurídico primigenio (p.e. el tercero logró que el deudor le transfiriera el bien debido). Esta distinción es relevante por dos razones.

La primera razón es que la *sanción por el incumplimiento del deber* podría variar en uno y otro escenario. Si bien es pacífico que ambos conducen a la responsabilidad aquiliana del tercero⁵¹, surge la pregunta de si el quebranto del deber por vía de derecho podría llevar, además, a la ineficacia del negocio celebrado entre el tercero y el deudor. A falta de norma expresa sobre el particular, la doctrina propone la atribución a la víctima de una pretensión de nulidad absoluta por causa ilícita⁵² e incluso de una acción revocatoria, como sugiere Hinestrosa:

"Cuando el incumplimiento se produce por un deudor instigado por un tercero que obtiene para sí la prestación debida con frustración del acreedor, este tiene

⁴⁹ *Ibíd.*, vol. 2 p. 499-500.

⁵⁰ TERRÉ, SIMLER y LEQUETTE, *Op. cit.*, p. 878.

⁵¹ GAVIRIA GÓMEZ, *Op. cit.*, p. 17; y también HINESTROSA, *Op. cit.*, vol. 2 p. 1020.

⁵² DIEZ-PICAZO, *Op. cit.*, p. 447; y también GAVIRIA, *Op. cit.*, p. 17.

abierto el camino para vincular la responsabilidad de aquel, adicional a la del deudor: la de este contractual, la del tercero, extracontractual. Ahora bien, lo que aquí interesa establecer es la posibilidad de la satisfacción específica del acreedor, o sea la de obtener la revocación del negocio jurídico de enajenación, mediante demanda a deudor y tercero, de modo que el bien vuelva al patrimonio de aquel (...). En mi sentir, sea por *analogia legis* con la normatividad propia de la acción revocatoria por fraude a los acreedores (...), sea invocando los principios generales del derecho (...), es del todo viable la impugnación de la transmisión negocial del derecho real a favor del tercero, siempre que éste haya obrado a sabiendas de la obligación que su vendedor-tradente tenía para con un comprador anterior”⁵³.

Estas dos sanciones (nulidad absoluta y revocatoria) enfrentan un obstáculo legal, dado que el art. 1873 C.C., sobre la venta del mismo bien a dos personas, no refleja ninguna de dichas soluciones al admitir la licitud de ambas ventas. Es más: la norma da prevalencia al comprador al que primero se le entregue el bien; no al que primero lo haya comprado.

La segunda razón por la que interesa distinguir las formas de infringir el deber de respeto es que *solo el tercero cómplice del incumplimiento debe conocer el negocio jurídico primigenio para que se le pueda sancionar*, a diferencia del tercero que imposibilita materialmente la ejecución del negocio jurídico, pues basta su culpa para hacerlo responsable de los perjuicios (art. 1736 C.C.). Queda la duda: ¿debe el tercero cómplice tener conocimiento efectivo (“a sabiendas”) del negocio primigenio para que su irrupción constituya un ilícito? ¿O basta un conocimiento potencial (“conoció o debió conocer”)? Sobre el particular, Hinestrosa sugiere que debe ser

⁵³ HINESTROSA, Op. cit., vol. 2, p. 1020-1021.

un conocimiento efectivo al afirmar que “obviamente, la oponibilidad del contrato al tercero y su vinculación como responsable o cómplice de su incumplimiento por la parte presupone su conocimiento por aquel”⁵⁴.

(iii) Abordados los planteamientos doctrinales que se estiman de mayor relevancia acerca del deber de respeto, es pertinente analizar los pronunciamientos de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia sobre el particular. En el año 1999, la Corte, haciendo referencia al tipo de acción de perjuicios que el acreedor debe ejercer contra el tercero que generó el incumplimiento, reconoció expresamente el comentado deber:

“La atribución de la obligación de resarcir los perjuicios en cuestión (...) no se radica en la sociedad deudora (...) sino en terceros ajenos a dicha relación, planteando por ende un supuesto de responsabilidad civil predicada de quienes sin ser parte contratante, debido a su obrar subjetivamente merecedor de reproche les son imputables, no obstante, las consecuencias dañosas de una infracción contractual -incumplimiento o cumplimiento defectuoso- en que a la postre se traduce la lesión del derecho de crédito del que aquél acreedor es titular, fenómeno que por lo demás (...), nada tiene de raro o sorprendente pues bien sabido es que se admite por el común de los doctrinantes, la existencia de un deber de respeto de los derechos patrimoniales de fuente contractual por parte de terceros, deber que es sin duda caracterizada expresión del imperativo general de rango constitucional (Art. 95, Num. 1. de la C. P) que exige miramiento por todas las situaciones que forman la esfera jurídica ajena”⁵⁵ (subrayas propias).

⁵⁴ Ibíd., vol. 2, p. 497.

⁵⁵ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 19 de febrero de 1999. Exp. 5099. M.P. Carlos Esteban Jaramillo.

En el 2005, la Corte expresó que la responsabilidad extracontractual es una sanción aplicable al tercero que irrumpe en el contrato ajeno:

“En la periferia del contrato hay terceros (...) que el incumplimiento del contrato los alcanza patrimonialmente, del mismo modo como en el hecho culposo de un tercero —para traer una hipótesis de contraste—, podría estar la causa determinante del incumplimiento contractual, convirtiéndose en reo de responsabilidad extracontractual (...). De no, forzoso fuera compartir la teoría que el contrato constituye una coraza para quienes lo celebran, quienes jamás podrían ser demandados por extraños que, aunque perjudicados, son ajenos al mismo; y que, por ahí derecho, los hechos que entran a formar parte del mundo contractual no pueden causar sino lesión negocial”⁵⁶ (subrayas propias).

También se destaca el siguiente aparte de una sentencia de 1938, en que la Corte se pronunció acerca de la necesidad de que el “tercero cómplice” conozca el contrato, y acerca de la posibilidad de hacer analogía del régimen del fraude pauliano a dicho supuesto:

"Observa Demogue que aun cuando el Código Civil francés (y lo mismo ocurre con el colombiano), no habla de esta cuestión, la jurisprudencia en casos muy numerosos reconoce a los acreedores ciertas acciones contra los terceros cómplices de la violación de un contrato, por uno de los contratantes. Esto es lo que se denomina hoy en la técnica "responsabilidad del tercero cómplice de la violación de una obligación contractual". Y se funda en el principio romano *fraus omnia corrumpit*, por dos aspectos: a) Por el concierto fraudulento del tercero con un deudor para evitar que éste cumpla una obligación contractual, y b) Porque ese concierto viola la norma general por la cual los bienes del deudor son prenda

⁵⁶ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 2 de marzo de 2005. Exp. 8946. M.P. Manuel Isidro Ardila Velásquez.

genérica de los acreedores. Sobre estas bases la teoría de la responsabilidad del tercero cómplice se sintetiza diciendo que el tercero que ha tenido conocimiento de que un deudor al contratar con él tiene por objeto violar un contrato y el tercero se presta a esto, es responsable de esta falta (...).

Si ese deudor, coludido con un tercero, sustrae sus bienes de esa persecución, el tercero queda expuesto a las pretensiones del acreedor, por obra de esa mala fe, la que no puede ser óbice a que el acreedor obtenga que su contrato se le cumpla como corresponde al artículo 1602 del Código Civil o a que, en su caso, se le indemnice (...)”.

(...) es necesario establecer que este tercero ha obrado con conocimiento de causa y que al obrar así ha atentado contra el derecho del acreedor. La responsabilidad del tercero supone, pues, un acto ilícito en el sentido objetivo y debe ser un acto positivo llevado a cabo con conocimiento de causa. En definitiva, la responsabilidad del tercero está condicionada por el hecho de su colusión o mala fe con el deudor para hacer salir fingida o realmente del patrimonio de éste sus bienes, acciones o derechos y trasladarlos al patrimonio del tercero para que así los acreedores no puedan hacer efectivos sus derechos. La idea o principio del *consilium fraudis*, entre deudor y tercero aparece aquí dando base e indica la razón de ser esta responsabilidad⁵⁷ (subrayas propias).

Como síntesis de todo lo expuesto se puede afirmar: (i) la oponibilidad en el derecho colombiano se entiende como el fundamento de los efectos indirectos, positivos y negativos, que el negocio produce para los terceros; (ii) estos efectos no pueden enunciarse, pero sobresale uno que ha merecido particular atención de la doctrina y la jurisprudencia colombianas: el deber de respeto por el contrato

⁵⁷ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 26 de agosto de 1938. M.P. Dr. Liborio Escallón.

ajeno; (iii) este deber no tiene consagración legal, pero se deduce de normas dispersas y se ha reconocido en nuestro derecho; (iv) la doctrina y la jurisprudencia se han encargado de delimitar su alcance y la sanción por su incumplimiento, sea éste por vía de hecho o por vía de derecho, y en este segundo evento, resulta discutible si se puede predicar la ineficacia del contrato mediante el cual se quebrantó el deber de respeto.

3.2.4 El carácter de principio o excepción de la oponibilidad del negocio jurídico

Nuestro derecho contempla principios y reglas que orientan la formación, celebración, ejecución e interpretación de la generalidad de los negocios jurídicos, (“principios rectores”). Dentro de estos principios se encuentran indiscutiblemente los de normatividad (o “fuerza obligatoria”), relatividad, diligencia y cuidado y buena fe⁵⁸, contemplados en nuestra legislación (arts. 1602, 1603 y 1604 C.C.) y respaldados unánimemente por la doctrina nacional. Surge el interrogante: ¿podría añadirse a esta lista el *principio de oponibilidad*, así como se hace en otros ordenamientos⁵⁹? Si la respuesta fuera afirmativa, debe entenderse que todo negocio jurídico es oponible a terceros salvo en los casos de inoponibilidad expresamente contemplados en la ley. Si fuera negativa, solo por excepción los

⁵⁸ CASTRO DE CIFUENTES, Marcela. Derecho de las obligaciones. Con propuesta de modernización. Tomo I. 2 ed. Bogotá: Editorial Temis S.A., 2015. p. 355.

⁵⁹ En favor de esta solución en el derecho francés, ver GHESTIN y BILLIAU, Op. cit., p. 579; y LARROUMET, Christian. *Droit Civil. Les Obligations*. Parte 1, tomo III. París: *Économica*, 1986. p. 727. En contra de dicha solución, WINGTEN, Op. cit., p. 148-149.

En el derecho chileno, Abeliuk también reconoce un principio de la oponibilidad al decir que “la situación jurídica nueva que crea el contrato no puede normalmente ser negada por nadie; produce efectos *erga omnes*. Salvo los casos de excepción, estamos todos obligados a reconocer la existencia del contrato y la calidad de acreedor y deudor que de él puede emanar para las partes. Así, es claro que los contratos no pueden -en principio- producir efectos vinculantes a los terceros, pero sí producen sus efectos ante los terceros salvo que una norma indique lo contrario”: ABELIUK, Op. cit., p. 153.

negocios jurídicos producirían efectos para los terceros, y éstos, por su parte, quedarían “incólumes” en su esfera jurídica salvo que una norma prevenga lo contrario (la oponibilidad).

La doctrina y la jurisprudencia colombianas parecen reconocer una regla general de oponibilidad del contrato. Por ejemplo, Ospina Fernández y Ospina Acosta sostienen que “la oponibilidad de los actos jurídicos a los terceros constituye la regla general y la inoponibilidad a ellos es la excepción”⁶⁰. En el mismo sentido, Gaviria sostiene que “siendo indiscutible que el contrato genera una situación jurídica que vincula a las partes y que tiene especial relevancia jurídica, en principio el tercero no tiene el poder de desconocer dicha relación, ni de afectar su cabal desarrollo”⁶¹.

En el plano jurisprudencial, la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia pareció reconocer una regla general de oponibilidad de los contratos, al sostener que “todo contrato válido, como acaecer fáctico que es, impone el reconocimiento de su existencia por absolutamente todos; en este sentido, nadie podría desconocerlo, sin que quepa la idea, es cierto, de que sea un deudor propiamente dicho; asimismo podría sacarse provecho de esa existencia, sin que quien lo haga sea un acreedor literalmente hablando. No es estólido sostener desde ahí que el contrato es oponible”⁶² (subrayas propias).

⁶⁰ OSPINA FERNÁNDEZ y OSPINA ACOSTA, Op. cit., p. 388.

⁶¹ GAVIRIA GÓMEZ, Op. cit., p. 9.

⁶² Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 27 de noviembre de 2008. Exp. 11001-3103-020-2002-00026-01. M.P. Edgardo Villamil Portilla.

Los argumentos que se esgrimen a favor de reconocer el principio de oponibilidad son principalmente dos. El primer argumento es que la legislación colombiana sí consagró el principio de oponibilidad en el art. 901 C.Co. (“será inoponible a terceros el negocio jurídico celebrado sin cumplir con los requisitos de publicidad que la ley exija”), toda vez que dicha norma, rectamente interpretada, apunta a que *todos los negocios, salvo aquellos que no cumplieron los requisitos legales de publicidad, son oponibles a terceros*. Este argumento encuentra un contraargumento interesante⁶³ según el cual, en el fondo, el art. 901 C.Co. preceptúa que *solo los negocios respecto de los cuales el legislador consagró una formalidad de publicidad están llamados a ser oponibles* (de ser dicha formalidad satisfecha), pues éstos son los únicos negocios que el legislador concibió como aptos para proyectarse en la esfera de los terceros.

Un segundo argumento a favor de la oponibilidad como principio general consiste en observar la técnica legislativa con la que se abordó la oponibilidad en Colombia, pues casi todos los casos legales previstos son de *inoponibilidad*. Esto podría considerarse como una consagración tácita de una regla general de oponibilidad. Piénsese lo siguiente: si el legislador hubiera partido de que todo negocio jurídico es inoponible, ¿para qué se habría ocupado, entonces, de advertir caso por caso los supuestos de inoponibilidad? Al respecto, Wingten plantea la pregunta: “si el contrato es inoponible en ciertos casos, ¿no es posible entonces deducir que el contrato es normalmente oponible a terceros?”⁶⁴.

⁶³ Plantea GAVIRIA, Op. cit., p. 9, para luego descartar tal posibilidad interpretativa.

⁶⁴ WINGTEN, Op. cit., p. 113.

Este segundo argumento se asemeja al que en su momento se invocó para permitir el reconocimiento del principio de consensualidad de los contratos civiles, también desprovisto de consagración expresa en el Código Civil colombiano⁶⁵.

3.2.5 Los requisitos de oponibilidad del negocio jurídico

El art. 1502 C.C. contempla los requisitos de *existencia* y de *validez* del negocio jurídico⁶⁶. Sin embargo, no existe en Colombia una norma (similar al dicho artículo) que establezca los requisitos de *oponibilidad* del negocio jurídico, a pesar de que se considere la existencia de un principio rector de oponibilidad (según se concluyó en el numeral anterior).

La disposición normativa que más se aproxima a establecer -con vocación de generalidad- los requisitos de oponibilidad es el ya mencionado art. 901 C.Co., el cual, se recuerda, dispone que “será inoponible a terceros el negocio jurídico celebrado sin cumplir con los requisitos de publicidad que la ley exija”.

Un primer problema de dicha norma es que, a pesar de haber fijado adecuadamente el requisito de oponibilidad de los negocios jurídicos sometidos a formalidades de publicidad (es obvio: el requisito es cumplir la formalidad), la norma no esclareció los requisitos que deben cumplir los negocios jurídicos respecto de los cuales la ley no prevé dichas formalidades (v.gr. la compraventa de un bien mueble no sometido

⁶⁵ En efecto, la doctrina concluyó que el Código Civil colombiano consagró tácitamente una regla general de consensualidad, pues dicho Código siempre advierte cuándo un contrato es real o solemne, y no advierte nada cuando es consensual (salvo excepciones, como en el contrato de mandato).

⁶⁶ Existen algunas discusiones respecto de si la completitud de la solemnidad, las formalidades habilitantes y la ausencia de lesión enorme constituyen requisitos de validez de los negocios jurídicos, las cuales no es del caso abordar aquí.

a registro). Una primera posibilidad interpretativa es entender que el requisito de oponibilidad para estos negocios es el *conocimiento efectivo* por parte de los terceros acerca de su celebración, en cuyo caso la “buena fe” del tercero se verificaría con el simple desconocimiento de tal situación. Una segunda posibilidad es entender que el requisito de oponibilidad consiste en el *conocimiento potencial* de la celebración del negocio, en cuyo caso la “buena fe” del tercero se verificaría solo si éste no conoció ni pudo conocer tal situación (“buena fe calificada”).

Un segundo problema del art. 901 C.Co. es que la doctrina y la jurisprudencia abandonaron por completo su literalidad. La norma dice tajantemente que los negocios jurídicos sometidos a formalidades de publicidad son inoponibles a los terceros si éstas se omiten. Sin embargo, varios autores sostienen que el negocio es aun así oponible a los terceros que *conocieron* el negocio por otro medio, e incluso hay autores que restringen todavía más el alcance del art. 901 C.Co. para decir que el negocio sigue siendo oponible a terceros *que conocieron o pudieron conocer* de su celebración.

Por ejemplo, Ramírez Baquero considera que la omisión del requisito de publicidad no obsta para oponer el negocio a terceros que hayan conocido *efectivamente* el negocio celebrado:

“Si el descuido de las partes en la observancia de la carga de publicidad justifica proteger a los terceros relativos porque la deficiencia en la atención de esta imposición les ha privado de una manera eficaz de informarse con respecto a la existencia y a los contenidos del negocio, es sensato afirmar que si por una vía distinta al registro público un tercero relativo ha podido asumir el conocimiento del negocio no inscrito, no podrá prevalerse de la falta de inscripción del negocio para alegar que puede obrar en el tráfico haciendo omisión de él. En esta especie

de hecho este tercero tuvo conocimiento efectivo del negocio al que la ley ha querido darle publicidad (...). Por lo tanto, la falta de registro no impedirá la oponibilidad presencial del acto”⁶⁷ (subrayas propias).

A favor de dicha interpretación se trae a colación que el legislador resolvió un caso especial de inoponibilidad en idéntico sentido (art. 843 C.Co.): “la modificación y la revocación del poder deberán ser puestas en conocimiento de terceros, por medios idóneos. En su defecto, les serán inoponibles, salvo que se pruebe que dichos terceros conocían la modificación o la revocación en el momento de perfeccionarse el negocio...” (subrayas añadidas).

Por su parte, el doctrinante Hineirosa adopta una interpretación más alejada de la literalidad del art. 901 C.Co. al sostener que “el negocio jurídico celebrado sin la publicidad exigida legalmente en tutela de los derechos de terceros es inoponible a estos, tal el evento que prevé el art. 901 c.co., obviamente en cuanto hubieran podido ignorarlo sin negligencia de su parte”⁶⁸ (subrayas propias).

Y en desarrollo del anterior planteamiento, afirma que

“Los ordenamientos (...) previenen la presencia de registros públicos en los cuales se han de inscribir los actos de constitución, de transferencia, o de gravamen, de suerte que, una vez producida la respectiva inscripción, nadie puede ignorar la ocurrencia del hecho o, para el caso, del negocio en cuestión, o sea que aquella lo vuelve universalmente oponible y, a la inversa, mientras no se produzca tal anotación, el tercero puede desconocerlo legítimamente, esto es, ignorar su

⁶⁷ RAMÍREZ BAQUERO, Op. cit., p. 448.

⁶⁸ HINEIROSOSA, Op. cit., vol. 2, p. 837.

ocurrencia. Con la salvedad de que en determinados eventos y circunstancias podría llegarse a sostener la oponibilidad del suceso respecto del tercero que tuvo la noticia de él por otro medio o, inclusive, que legítimamente no podía ignorarlo o se presume que lo supo. Si bien la ausencia de la correspondiente formalidad de publicidad, ante todo consistente en la inscripción del acto en el correspondiente registro público, garantiza la inmunidad del tercero, no es menos cierto que, estando éste al tanto de la celebración de aquél, por información directa, informal, no le sería lícito alegar su ignorancia. La inoponibilidad se predica de terceros de buena fe, que son los que desconocían la celebración del negocio, pudiendo ignorarla⁶⁹ (subrayas propias).

La Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, luego de citar este mismo aparte de la obra de Hinestrosa, acogió dicha interpretación en un pronunciamiento del año 2018, cuando decidió acerca de la posibilidad de extender a terceros adquirentes los efectos de la nulidad de un negocio jurídico sometido a formalidades de publicidad. En esta sentencia, la Corporación sostuvo que:

“En caso de bienes sujetos a registro, si el subadquirente de un bien sometido a esa formalidad lo adquiere con el conocimiento de que no hubo fraude ni otro vicio en el negocio, porque así lo demuestra el registro público, entonces la publicidad de la situación jurídica del bien es garantía de la legitimidad de su derecho, por lo que no podría resultar perjudicado por hechos anteriores que no constaban en el registro al momento de su adquisición; a menos que por otro medio se demuestre su mala fe. En ese caso (...) la invalidación del acto les es inoponible”⁷⁰.

⁶⁹ *Ibíd.*, vol. 1, p. 517.

⁷⁰ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia SC3201-2018 del 9 de agosto de 2018. Radicación n° 05001-31-03-010-2011-00338-01. M.P. Dr. Ariel Salazar Ramírez.

En el mismo sentido había fallado la Corte en un pronunciamiento del año 2008, al proteger a un tercero adquirente de un bien sometido a registro cuyo embargo, a pesar de haberse decretado por sentencia antes de la adquisición por parte del tercero, no fue registrado oportunamente. La Corte protegió al tercero tan solo porque éste estaba “de buena fe exenta de culpa”⁷¹.

De lo anterior se puede concluir que resulta razonable admitir que los negocios jurídicos sometidos a formalidades de publicidad, cuando ésta no se satisface, son oponibles a terceros que conocieron o pudieron conocer el mismo con mediana diligencia y cuidado, en contravía de lo señalado en el art. 901 C.Co..

Esta solución ayuda a disipar el problema interpretativo que el mismo artículo genera frente a los negocios no sometidos a formalidades de publicidad, dado que, de acuerdo con el principio de igualdad, si los negocios respecto de los cuales se omitió una formalidad de publicidad son oponibles a terceros que pudieron conocerlo, los negocios respecto de los cuales ninguna publicidad se exige también deben serlo en los mismos términos, pues nada de diferente tienen unos y otros. La única diferencia es que los que sí están sometidos a formalidades de publicidad adquieren oponibilidad *erga omnes* con el cumplimiento de la misma, sin que importe el conocimiento o la diligencia del tercero contra quien se opone el negocio jurídico.

Como nota al margen, debe señalarse que la legislación a veces impone requisitos de oponibilidad distintos a la publicidad del negocio jurídico. Tal es el caso de (i)

⁷¹ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 29 de diciembre de 2008. Exp. 15001-31-03-003-1996-08158-01. M.P. Dr. Arturo Solarte Rodríguez.

las decisiones sociales, sobre las cuales pesa la exigencia de tener carácter general so pena de inoponibilidad a los socios ausentes o disidentes; (ii) los casos en que la ley exige la publicidad, no ya del hecho oponible como tal, sino de otro hecho que guarde relación con aquel (p.e. la nulidad del contrato de sociedad es inoponible a terceros de buena fe, no por haber podido desconocer éstos la desaparición sobreviniente del negocio jurídico con la sentencia judicial, sino por su desconocimiento acerca de la causal de nulidad al momento de contratar con la sociedad); o (iii) los casos en que la legislación exige la aceptación del tercero, y no solo su conocimiento, como sucede en la cesión del contrato de seguro de personas (art. 1149 C.Co.).

3.2.6 La inoponibilidad como un tipo de ineficacia del negocio jurídico

Cuando se abordaron las distintas concepciones de oponibilidad e inoponibilidad defendidas en el derecho colombiano (numeral 3.2.1), se concluyó que la inoponibilidad suele entenderse como la ineptitud del negocio jurídico para producir “efectos indirectos” para los terceros. En el presente numeral se analizará cómo la inoponibilidad, así entendida, se diferencia o se asemeja a las demás formas de ineficacia *latu sensu*.

Antes de hacer dicho comparativo, debe entenderse la ineficacia *latu sensu* como la “falta de producción (...) de aquellas consecuencias que normalmente deberían haberse producido y que pueden ser razonablemente esperadas en virtud de la celebración del contrato”⁷² (p.e. la inexistencia, la ineficacia de pleno derecho), incluyéndose allí los supuestos en que un negocio jurídico produce sus efectos,

⁷² DIEZ-PICAZO, Op. cit., p. 449-450.

pero deja de producirlos luego (p.e. la resolución por incumplimiento, la resiliación, entre otros).

La anterior noción permite entender por qué el Código de Comercio concibió la inoponibilidad como un tipo de ineficacia *latu sensu* al dar al Capítulo VII del Título I, Libro Cuarto el título de “Ineficacia, nulidad, anulación e *inoponibilidad*” (cursivas propias). Este acierto legislativo es reafirmado por la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia en un pronunciamiento del año 2010, en el que afirmó que “suelen distinguirse, de manera general, tres categorías de acuerdos ineficaces (...): los inexistentes, los inválidos y los inoponibles”⁷³ (subrayas propias).

Es evidente que la inoponibilidad, en comparación con las demás modalidades de ineficacia, no ha gozado de un amplio desarrollo en el derecho colombiano. Son escasos los planteamientos hechos alrededor de sus cuatro (4) principales ejes temáticos (que son los ejes de toda ineficacia): (i) sus causales, (ii) sus consecuencias para las partes y para los terceros, (iii) su régimen probatorio y (iv) la necesidad de que sea declarada judicialmente.

(i) En relación con las **causales de inoponibilidad** -tema íntimamente ligado con los requisitos de oponibilidad del negocio jurídico (numeral 3.2.5)- es común encontrar que en la doctrina y la jurisprudencia colombianas⁷⁴ las inoponibilidades se clasifican en inoponibilidades de *forma* y de *fondo*.

⁷³ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 6 de agosto de 2010. Ref.: 05001-3103-017-2002-00189-01 Radicación n° 05001-31-03-010-2011-00338-01. M.P. Dr. César Julio Valencia Copete.

⁷⁴ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 26 de agosto de 1947. M.P. Dr. Álvaro Leal Morales.

La inoponibilidad de forma es aquella originada, principalmente, en la omisión de un requisito de publicidad del negocio jurídico. El ya comentado art. 901 C.Co. contempla este tipo de inoponibilidad, al prevenir que “será inoponible a terceros el negocio jurídico celebrado sin cumplir con los requisitos de publicidad que la ley exija”. Sin embargo, es pertinente precisar que a veces la omisión del requisito de publicidad acarrea la *inexistencia* del negocio jurídico y no su inoponibilidad (p.e. el registro del contrato de sociedad por acciones simplificada, o SAS). Estos requisitos de publicidad que condicionan la existencia del negocio jurídico son *ad substantiam actus*⁷⁵.

La inoponibilidad de fondo es aquella que se origina en un defecto sustancial del negocio jurídico, desligado de su aspecto formal y de su publicidad⁷⁶. Un ejemplo de este tipo de inoponibilidad se encuentra en lo prevenido acerca de las decisiones sociales que no son de carácter general, consideradas inoponibles a los asociados ausentes y disidentes. Nótese que aquí dicha sanción no obedece a un defecto en la publicidad de la decisión, sino que atiende al contenido de la misma (su “fondo”).

En esta segunda clase de inoponibilidad se han incluido supuestos que no corresponden a verdaderas inoponibilidades, y cuyo enmarcamiento en la teoría de la oponibilidad oscurece su ámbito de aplicación. Entre estos supuestos se

⁷⁵ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-621 de 2003. Exp. D-4450. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

⁷⁶ La Corte Suprema de Justicia sostiene acertadamente que la falta de publicidad no es la única causal de inoponibilidad: Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 1 de julio de 2008. Exp. 2001-00803-01. M.P. Dr. William Namén Vargas.

Sin embargo, según se explicará más adelante, considero que la mayoría de los supuestos tradicionalmente calificados como de “inoponibilidad sustancial” (es decir, los que no obedecen a la falta de publicidad) está por fuera del ámbito de aplicación de la teoría de la oponibilidad, pues dichos supuestos se rigen en su integridad bajo los postulados de otras instituciones jurídicas.

encuentra la “inoponibilidad por carencia de legitimación negocial”⁷⁷, ejemplificada con la venta del bien ajeno y el negocio celebrado por el representante en exceso de sus facultades. También se incluyen aquí todos los supuestos en que el tercero puede impugnar el negocio ajeno solicitando la declaratoria de nulidad absoluta, inexistencia, simulación o revocatoria judicial del mismo. Se dice, en resumen, que los terceros pueden cuestionar la eficacia del negocio (*inter-partes* y frente a terceros) justamente porque éste les es inoponible⁷⁸. Aquí se asimila la inoponibilidad del negocio a su *impugnabilidad* por parte de un tercero.

La Corte Suprema de Justicia, con razón, rechaza la idea de que toda impugnación perpetrada por el tercero implique una pretensión de inoponibilidad. Por ejemplo, en un pronunciamiento del año 2006, la Corte se abstuvo de casar la sentencia del *ad quem* porque el demandante pidió la nulidad relativa de un negocio jurídico que, en realidad, le era inoponible:

“No puede aspirarse a que esa pieza procesal [la demanda] sea interpretada con el propósito de que de allí se deduzca una declaración de inoponibilidad en relación con los actos bilaterales a que se circunscribe, para que de esa manera afloren coherentes dichas súplicas con los hechos, pues, de hacerse, conocida la diferencia evidente entre la naturaleza de aquella con la de la nulidad demandada, un

⁷⁷ La “legitimación negocial” parece coincidir con el concepto de “legitimación en la causa” del derecho procesal. Éste último se refiere a que el pretensor debe ser el titular de la relación jurídica objeto del proceso judicial. Por su parte, entonces, la legitimación negocial alude a que quien dispone de la relación jurídica objeto del negocio debe ser el titular de la misma.

⁷⁸ OSPINA FERNÁNDEZ y OSPINA ACOSTA, Op. cit., p. 391-392. También, HINESTROSA, Op. cit., vol. 2, p. 499.

entendimiento tal significaría mutar las peticiones del mentado libelo⁷⁹ (subrayas propias).

Es cierto que en pronunciamientos posteriores⁸⁰ la Corte ha tenido mayor flexibilidad al interpretar la demanda del tercero que solicita equivocadamente la nulidad en vez de la inoponibilidad, pero esta flexibilidad, explica la Corte, se debe a la complejidad del debate doctrinario en torno a la delimitación de los supuestos “puros” de inoponibilidad.

(ii) El segundo eje temático de la inoponibilidad es el de sus **consecuencias jurídicas** de cara a las partes y a los terceros. Ya se dijo en el numeral (3.2.1) que en Colombia la inoponibilidad tan solo suprime los efectos jurídicos indirectos del negocio de cara a los terceros, quedando a salvo los efectos *inter-partes* (por ello suele decirse que se trata de una *ineficacia relativa*⁸¹). De esto se concluye que las relaciones entre las partes permanecen intactas, y que en los conflictos entre los derechos de las partes y los terceros deben prevalecer los de los terceros.

Ahora bien, la teoría de la oponibilidad no tiene reglas claras para resolver los conflictos entre terceros, tal y como sucede cuando un tercero resulta beneficiado de un negocio jurídico que resultó inoponible a otro. Donde más se ha tratado este problema es en la teoría de la simulación -que, se dice, es una aplicación de la teoría

⁷⁹ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 15 de agosto de 2006. Exp. 08001-31-10-003-1995-9375-01. M.P. Dr. César Julio Valencia Copete.

⁸⁰ Ver Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia SC9184-2017 del 28 de junio de 2017. Radicación 11001-31-03-021-2009-00244-01. M.P. Dr. Ariel Salazar Ramírez.

⁸¹ SCOGNAMIGLIO, Op. cit., p. 254. En contra, Ospina Fernández al decir que “...si la inoponibilidad no consiste en que los actos de los cuales se predica dejan de producir efectos entre las partes, o sea, en su ámbito personal propio, sino en que los terceros pueden desconocer y aun impugnar esa ineficacia entre las partes, resulta un tanto forzado calificarla como una causal de ineficacia relativa”: OSPINA FERNÁNDEZ y OSPINA ACOSTA, Op. cit., p. 481. También en contra, ABELIUK MANASEVICH, Op. cit., p. 158.

de la oponibilidad-, siendo la solución más acogida la de dar prevalencia al tercero de buena fe exenta de culpa beneficiado con el negocio jurídico aparente sobre el tercero perjudicado.

(iii) En cuanto al **régimen probatorio de la inoponibilidad**, poco se ha dicho frente a si una vez celebrado el negocio jurídico se presumen reunidos los requisitos de oponibilidad (así como se presumen los de validez), o si quien los aduce debe probarlos⁸².

La legislación no consagra una presunción de oponibilidad. Sin embargo, sí consagra una regla probatoria en el art. 835 C.Co. sobre la buena fe exenta de culpa, según la cual quien alegue que un tercero "...conoció o debió conocer determinado hecho, deberá probarlo". Esta norma permite concluir que los negocios jurídicos no se presumen oponibles, dado que siempre se debe demostrar el conocimiento potencial del tercero acerca del negocio jurídico (directamente o a través de la satisfacción de una formalidad de publicidad). El artículo 843 C.Co., que contempla un caso especial de inoponibilidad, respalda esta interpretación al disponer que "La modificación y la revocación del poder deberán ser puestas en conocimiento de terceros, por medios idóneos. En su defecto, les serán inoponibles, salvo que se pruebe que dichos terceros conocían la modificación o la revocación en el momento de perfeccionarse el negocio..." (subrayas añadidas).

(iv) El último eje temático de la inoponibilidad es la **necesidad de una sentencia judicial que la declare**. En el plano legal no hay ninguna previsión expresa sobre

⁸² Esta cuestión tiene relevancia práctica, como puede observarse en el siguiente ejemplo: si Juan vende a plazo un bien de su propiedad a Ana, y durante el plazo Juan lo transfiere a Diego, ¿qué debe probar Ana para que se declare la responsabilidad extracontractual de Diego? ¿Debe probar que Diego debió conocer el contrato? ¿O le basta probar la existencia del contrato para que se presuma oponible a Diego?

el particular, pero hay normas dispersas que insinúan que no es necesaria la declaratoria judicial de la inoponibilidad para que ésta opere.

Por ejemplo, el artículo 897 C.Co. advierte que siempre que el Código de Comercio diga que un acto “no produce efectos” (fórmula utilizada en múltiples artículos que contemplan supuestos de inoponibilidad: arts. 29, 219, 366 y 888 C.Co.), se entiende que no es necesaria una declaratoria judicial para que ello sea así.

También las disposiciones sobre impugnación de las decisiones sociales que no tienen carácter general (arts. 190 y ss. C.Co.) sugieren que la inoponibilidad opera de pleno derecho, pues el Código de Comercio no exige una declaratoria judicial para que ellas se consideren inoponibles a los socios ausentes o disidentes. Esta lectura normativa es acogida por la Superintendencia de Sociedades, que considera que dicha inoponibilidad opera “...por ministerio de la ley”⁸³.

En la doctrina extranjera se acoge esta postura. Por ejemplo, Christian Atias sostiene que “la inoponibilidad es más radical y eficaz que la anulación. No necesita ser demandada judicialmente: opera de derecho. El tiempo no puede extinguirla. El acto inoponible en su origen permanece tal perpetuamente”⁸⁴.

La doctrina colombiana parece morigerar el anterior planteamiento, admitiendo que a veces la inoponibilidad requiere una declaratoria judicial para operar. Según el doctrinante Paredes Hernández, “[la inoponibilidad] debe ser reclamada por los

⁸³ Superintendencia de Sociedades. Oficio 220-012370 del 23 de Febrero de 2012, emitido en respuesta al derecho de petición con número de radicado 2012- 01-013873.

⁸⁴ ATIAS, Christian. *Précis élémentaire de contentieux contractuel*, 2 ed. Aix-en-Provence: Presses Universitaires d’Aix-en-Provence, 2003. p. 323. Citado por: HINESTROSA, Op. cit., vol. 2, p. 837.

terceros de dos maneras distintas, a saber: ignorando el acto que les es inoponible y proponiendo la sanción por vía de excepción, o bien en el ejercicio del derecho de acción, dentro del marco particular que corresponde a cada uno de los casos definidos en la ley”⁸⁵ (corchetes propios).

Considero que esta postura “mixta”, respaldada también por Baena Upegui⁸⁶, según la cual la oponibilidad puede ser invocada también como acción, obedece a la idea de que pretensiones como la de nulidad absoluta, la reivindicatoria del tercero propietario contra el comprador del bien ajeno, la revocatoria o la de simulación (que sí exigen declaratoria judicial) son pretensiones de inoponibilidad (idea que no se comparte en el presente trabajo, según se explicará más adelante). Sin embargo, en los supuestos en que se aduce como excepción, la jurisprudencia colombiana ha entendido que se trata de una excepción propia⁸⁷.

Por último, debe tenerse en cuenta lo dicho por la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia acerca de si es necesario declarar judicialmente la inoponibilidad de los negocios jurídicos celebrados por el mandatario en exceso de sus facultades:

“...trátase de actos inoponibles al dueño; es decir, de actos que en relación con él son ineficaces o inexistentes. En manera alguna nulos, como quiera que la nulidad, aún la radical, exige siquiera un principio de existencia del acto jurídico. Mal puede ser nulo lo que no ha nacido, lo que carece de vida, así sea aparente ante la ley. El

⁸⁵ PAREDES HERNÁNDEZ, Op. cit., p. 591.

⁸⁶ BAENA UPEGUI, Op. cit., p. 673.

⁸⁷ “La falta de poder en quien se dice ser mandatario de un tercero, no genera la nulidad del acto o contrato en el cual intervenga aduciendo tal calidad, ni cualquier otro vicio cuyo estudio el Juez deba, de oficio, abordar ab-initio, sino que da lugar a un fenómeno bien distinto como lo es de la inoponibilidad del negocio frente al supuesto mandante, inoponibilidad que, entonces debió ser alegada acá por el afectado” (subrayas propias): Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 26 de abril de 1995. Exp. 4193. M.P. Dr. Héctor Marín Naranjo.

acto jurídico que se ha creado sin mi consentimiento ni mi intervención, relativo a mis bienes, es para mí como si no existiera; no es un acto nulo de nulidad absoluta, sino un acto que nadie me puede oponer para que yo lo cumpla. Siendo para mí ese negocio concerniente a mi patrimonio *res inter alios acta*, no tengo necesidad de romper el vínculo jurídico que contra mí pretenda deducírseme, porque no habiendo vínculo por ausencia total de mi consentimiento, nada hay que romper. Por esta razón el mandante no está obligado a demandar la nulidad absoluta, mucho menos relativa de los negocios llevados a cabo por el mandatario fuera de las pautas del respectivo poder. Le basta no prestarles su consentimiento...⁸⁸ (subrayas propias)

En este pronunciamiento la Corte es categórica al afirmar que la inoponibilidad opera sin necesidad de una declaratoria judicial. Ahora bien, esta sentencia abre el interrogante de si esta premisa es aplicable a la generalidad de los supuestos de inoponibilidad, o si solo aplica a la inoponibilidad del negocio celebrado por el mandatario en exceso de sus facultades.

A pesar de que más adelante se volverá a abordar este problema, en el presente trabajo se sostiene que la inoponibilidad opera de pleno derecho por regla general. Sin embargo, el fallo citado no sirve para llegar a esta conclusión, dado que el caso del mandatario que obra en exceso de sus facultades se resuelve bajo el postulado de la relatividad de los negocios jurídicos, sin que sea necesario acudir al postulado de la oponibilidad.

⁸⁸ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 30 de noviembre de 1994. Exp. 4025. M.P. Dr. Héctor Marín Naranjo.

IV. UNA NUEVA APROXIMACIÓN AL PRINCIPIO DE OponIBILIDAD DE LOS NEGOCIOS JURÍDICOS EN EL DERECHO COLOMBIANO

4.1 El problema de la teoría de la oponibilidad

En el presente trabajo se afirmó que la teoría de la oponibilidad es una construcción mayoritariamente doctrinal y jurisprudencial en el derecho colombiano; también se planteó que esta teoría ha sido estructurada por la vía inductiva, es decir, a partir de casos dispersos en la ley que, en su momento, se consideraron asimilables.

El problema de la teoría de la oponibilidad gira en torno a que los supuestos legales que se le atribuyeron en sus orígenes, y que hoy se le continúan atribuyendo, son significativamente *diferentes* entre sí, lo que dificulta cualquier intento de formulación de sus postulados generales, así como una adecuada delimitación de su ámbito de aplicación. Ello se debe a que la oponibilidad y la inoponibilidad son términos que se utilizan, cual “comodines”, en todos los casos en que un tercero podría resultar afectado injustificadamente por el negocio jurídico ajeno.

La expresión de Hinestroza⁸⁹ resulta ilustrativa: “en contraste con las figuras estudiadas dentro de la eficacia e ineficacia del acto de autonomía, que poseen cierta unidad y un sector determinado de aplicación, el concepto de inoponibilidad se desparrama y obra en toda oportunidad en que se considere el título del tercero digno de defensa”. También la Corte Suprema de Justicia reconoce la poca claridad

⁸⁹ HINESTROSA, Op. cit., vol. 2, p. 836.

de la teoría de la oponibilidad en un pronunciamiento de 2006, cuando afirmó que dicha teoría “no ha gozado en la práctica de cierta exactitud y precisión. En el propósito de procurarlo, es dable asegurar con llaneza que no bien se menciona la inoponibilidad y salta a punto la idea de que hay alguien a quien proteger”⁹⁰.

¡Y la Corte tiene razón! No es difícil toparse con grandes dificultades al incursionar en esta teoría, tal y como ha sido estructurada. Da la sensación de que las reglas que se intuyen de un caso cualquiera de inoponibilidad resultan inaplicables, o exceptuadas, en el caso siguiente (lo que no es compatible con una teoría general coherente, precisa y útil).

Evidencio varios puntos complejos de la teoría de la oponibilidad que pueden llevar a contradicciones, entre los cuales se encuentran los siguientes:

1. ¿Por qué se concibe la inoponibilidad como la ineptitud del negocio para producir efectos *indirectos* para los terceros, teniendo en cuenta que hay supuestos legales en los que la inoponibilidad suprime la producción de los efectos *directos* del mismo (p.e. las decisiones sociales que no son de carácter general)?
2. En el supuesto en el que el tercero protegido con la inoponibilidad desea renunciar a dicha protección, ¿por qué en ciertos casos la ley le exige *ratificar* el negocio jurídico inoponible -como en la venta del bien ajeno-, mientras que en otros la ley le permite acogerse a los efectos del negocio sin necesidad de ratificación alguna -como en la cesión del crédito-?

⁹⁰ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 1 de febrero de 2006. Exp. 1997-01813-01. M.P. Dr. Manuel Isidro Ardila Velásquez.

3. ¿Qué razón de peso hay para que en algunos supuestos que se califican como de inoponibilidad, se faculte al tercero para lograr que el negocio se deshaga con efectos *erga omnes* (p.e. en la simulación absoluta), y en otros supuestos solo se le permita suprimir los “efectos indirectos” del mismo, subsistiendo los efectos *inter-partes* (p.e. el contrato de sociedad no registrado)?⁹¹

Con base en al anterior panorama, me ocuparé de proponer una solución a las incoherencias y dificultades que, en mi criterio, presenta la teoría de la oponibilidad. La metodología que implementaré para exponer los hallazgos será la siguiente: primero se abordarán los postulados generales y el campo de acción de la teoría de la oponibilidad (4.2); y, luego, se excluirán los casos que no caben dentro de su ámbito de aplicación (4.3).

4.2 Solución al problema: una nueva propuesta de aproximación a la teoría de la oponibilidad

⁹¹ También en Francia se presentan grandes dificultades para sistematizar la teoría de la oponibilidad: el Art. 1200 de la *Ordonnance No. 2016-131* -que, según los comentaristas y doctrinantes franceses, alude al principio de oponibilidad contractual- previene que

“Los terceros deben respetar la situación jurídica creada por el contrato. Ellos pueden prevalerse de él principalmente para aportar la prueba de un hecho”.

La norma, para referirse a la *oponibilidad aducida por las partes frente a los terceros*, entendió esta figura como un “deber de respeto” (la segunda noción que se expuso en el numeral 3.2.1 del presente trabajo); y para referirse a la *oponibilidad aducida por los terceros frente a las partes*, pareció entenderla, al menos en principio, como una regla probatoria (la tercera noción que se expuso antes). Salta a la vista la asimetría teórica: ¿la oponibilidad consiste, al fin y al cabo, en un deber de respeto o en una regla probatoria? ¿Por qué debería variar el concepto de oponibilidad dependiendo del sujeto jurídico que opone el contrato? ¿Si la oponibilidad fuera una regla probatoria, por qué solo atañería ésta a los terceros (y no a las partes, quienes son las primeras interesadas en invocar el contrato para la aplicación de una regla de derecho)?

La labor de unificación, depuración y sistematización de la teoría de la oponibilidad comienza por redefinir adecuadamente sus conceptos fundantes: la oponibilidad y la inoponibilidad. En el presente aparte se planteará una definición propia de dichos conceptos para fijar el punto de partida de la presente propuesta de aproximación.

La **oponibilidad** de un hecho jurídico consiste en su aptitud para activar las normas del ordenamiento jurídico que lo contemplan y que, tras su acaecimiento, asignan consecuencias jurídicas desventajosas para un sujeto, quien, por su parte, es *incompetente* para sustraerse de esta realidad, es decir, para desconocer el acaecimiento del hecho y la producción de sus consecuencias jurídicas. En otras palabras, la oponibilidad lleva a que un hecho se imponga frente a un sujeto que deriva de él una consecuencia negativa, en la medida que a dicho sujeto no le es permitido desconocer el hecho ni sus consecuencias.

El efecto esencial de la oponibilidad se puede apreciar desde dos puntos de vista: de un lado, consiste en la posibilidad de invocar la existencia del hecho oponible en contra de un sujeto para el reconocimiento de un efecto jurídico que le es adverso; y del otro, supone una *incompetencia jurídica* de dicho sujeto para negar el acaecimiento del hecho, la activación de la norma que lo contempla y la producción de sus consecuencias.

La oponibilidad se puede analizar con nitidez desde el punto de vista procesal (a pesar de ser un fenómeno de derecho sustancial). En el contexto del proceso, la oponibilidad es lo que permite incorporar, con éxito, el hecho oponible a la causa de hecho de la pretensión o de la contestación. Díez-Picazo explica que “pueden presentarse estos dos diversos fenómenos: 1) que las partes del negocio o una

cualquiera de ellas funde en el negocio jurídico que han celebrado una pretensión dirigida contra un tercero o bien que opongan la celebración del negocio a la pretensión mantenida por el tercero frente a ellas; 2) que sea el tercero quien se sirva de la celebración del negocio como fundamento de su pretensión contra las partes o de su contestación a una pretensión de las partes”⁹².

Desde ya debe anotarse que, en estricto rigor, *la oponibilidad es un concepto prescindible en el derecho privado, pues se limita a describir la ausencia de una facultad -la de desconocer el acaecimiento de un hecho y sus consecuencias- que el derecho, en sana lógica, no puede ni podría otorgar por regla general*. Es inherente al razonamiento jurídico que todos los hechos jurídicos producen los efectos que las normas jurídicas les asignan, sea que ello aventaje o perjudique a los destinatarios de dichos efectos. Es una premisa lógica sin la cual el derecho fracasa en su cometido de impartir orden social. A manera de ejemplo, no sería lógico que si Juan transfiriera un bien a Ana, se considerara una regla general que quien desee adquirir el bien pueda hacerlo de Juan o de Ana, según le plazca. No. Los hechos jurídicos deben invadir la órbita de *todos*, salvo que una norma disponga lo contrario como medida de protección.

Debe entonces darse por sentado que la regla general es que todo hecho jurídico es oponible, lo que es natural, hasta tanto una norma indique lo contrario para proteger a un sujeto específico. Dicho esto, para lo único que sirve delimitar la oponibilidad (concepto imbuido en la lógica jurídica) es para saber con precisión a qué se refiere exactamente el legislador cuando contempla la *inoponibilidad* de un hecho, pues este último concepto sí es una figura autónoma que añade preceptos nuevos a nuestro ordenamiento jurídico.

⁹² DIEZ-PICAZO, Op. cit., p. 428.

La **inoponibilidad** consiste en la ineptitud de un hecho jurídico para “imponerse” sobre un sujeto, en la medida que dicho sujeto tiene a su favor una competencia de libre ejercicio para hacer operar una ficción legal de que el hecho “nunca aconteció” (a pesar de que sí lo hizo), de que las normas que lo contemplan nunca se activaron, y de que las consecuencias jurídicas adversas nunca se produjeron. Dicho simplemente, la inoponibilidad faculta al sujeto perjudicado por el acaecimiento de un hecho jurídico para desconocerlo y librarse de sus consecuencias, sin perjuicio de que pueda acogerse a sus efectos renunciando a dicha facultad.

A continuación, se analizarán los ejes temáticos de las anteriores definiciones, a saber: (i) el “hecho oponible”; (ii) la norma que contempla las consecuencias negativas para un sujeto; (iii) el sujeto de la oponibilidad; y (iv) la competencia o facultad jurídica que caracteriza la inoponibilidad.

4.2.1 *El “hecho oponible”*

Lo primero que hay que preguntarse es *qué* se opone a un sujeto. La doctrina y la jurisprudencia colombianas entienden que el negocio jurídico es lo que se opone a los terceros. Sin embargo, considero que el negocio jurídico, o mejor, el “hecho negocial” (la conjunción de una declaración de voluntad, un objeto, una causa y las respectivas formalidades sustanciales) no es el único hecho que se opone en nuestro derecho. Hay varios supuestos legales que conciben la posibilidad de oponer -o dejar de oponer, en el evento de la inoponibilidad- hechos jurídicos de distinta índole.

Así sucede con la *ineficacia de un negocio jurídico* a terceros de mala fe, dado que allí no es el negocio, sino su desaparición, lo que pretende invocarse en contra del tercero (p.e. en estos términos se redactó el art. 105 C.Co. sobre la nulidad del contrato de sociedad). Sucede lo mismo cuando se opone un *derecho subjetivo patrimonial*, cuya fuente puede no ser el negocio jurídico. Por ejemplo, la víctima de un delito civil “opone” su derecho de crédito al deudor fraudulento y al tercero adquirente de mala fe para lograr la revocatoria judicial del negocio que puso al deudor en estado de insolvencia (art. 2491 C.C.). Del mismo modo, el usufructuario de un bien inmueble “opone” su derecho real a quien dañó el bien, a efectos de constituirse como acreedor de los perjuicios causados (art. 2342 C.C.).

Demostrado que el esquema de la oponibilidad y la inoponibilidad puede aplicarse cómodamente a hechos jurídicos diferentes al negocio jurídico, es más coherente entender que *todo hecho jurídico puede ser un hecho oponible o inoponible*, y no solo el hecho jurídico negocial o contractual, como entendió en su momento Duclos⁹³. No sobra decir que el hecho jurídico oponible puede ser de verificación instantánea (p.e. la oferta) o prolongada (p.e. la titularidad de un derecho real). Veamos los siguientes ejemplos:

- (i) El hecho jurídico “*nacimiento de Diego*” es oponible a Juan, padre de Diego, por cuanto su acaecimiento le impone la obligación de suministrar alimentos a su hijo, y a Juan no le es dable desconocer tal realidad.
- (ii) El hecho “*Diego tiene un derecho real de propiedad sobre un caballo*” es oponible a Juan, por cuanto su acaecimiento (continuado) impone a éste un deber

⁹³ EL RAJAB, Op. cit., p. 261

jurídico de diligencia y cuidado para no atentar contra el caballo de aquel, y a Juan no le es dable desconocer tal realidad.

- (iii) El hecho “*Diego celebró un contrato de hipoteca con su acreedora Ana*” es oponible a Juan, acreedor quirografario de Diego, pues desmejora su derecho de crédito al conceder una preferencia a Ana respecto de un bien inmueble que integra la prenda general, sin que Juan pueda desconocer tal realidad.

Se advierte desde ya, a pesar de que luego se profundizará en este punto, que es esencial a la teoría de la oponibilidad que haya un hecho jurídico cuya oponibilidad o inoponibilidad deba estudiarse. Los supuestos en que el hecho jurídico no llegó a verificarse (p.e. no se otorgó la solemnidad correspondiente) no conciernen a dicha teoría.

4.2.2 Una norma jurídica que contemple el hecho y le asigne consecuencias desventajosas a un sujeto

El segundo eje temático de la teoría de la oponibilidad es la existencia de una norma jurídica que recoja el hecho oponible y contemple consecuencias desventajosas para un sujeto de derecho. En este punto deben abordarse dos cuestiones: (i) ¿qué es una “consecuencia desventajosa”?; y (ii) ¿qué razón hay para limitar el campo de acción de la oponibilidad a las consecuencias desventajosas contempladas en la norma, quedando por fuera las ventajosas?

- (i) Delimitar qué consecuencia de una norma jurídica es “desventajosa” para un sujeto es una tarea de alta complejidad. Lo que se propone en el presente trabajo es entender por consecuencia desventajosa cualquiera de las siguientes:

1. *Las consecuencias jurídicamente desventajosas:* caben aquí los supuestos en que el sujeto a quien se opone el hecho es un centro de imputación jurídica de las consecuencias del mismo, al atribuírsele el extremo de desventaja de una relación jurídica, o al desmejorársele o extinguírsele una situación de ventaja (p.e. se le atribuye un deber o se le extingue un derecho subjetivo). Considero que estos efectos no tienen por qué ser solo los “indirectos”, como sostiene nuestra doctrina y jurisprudencia. Pueden ser también aquellos efectos que corresponden al objeto del negocio jurídico (p.e. la disminución de un derecho de crédito radicado en cabeza de un tercero como consecuencia de la celebración de un contrato colectivo).

2. *Las consecuencias prácticamente desventajosas:* puede suceder que el sujeto no sea centro de imputación de ninguna consecuencia jurídica producida por el hecho oponible, pero que las consecuencias generadas vayan en contravía de un interés suyo⁹⁴. Aquí, los efectos no se producen *para* el tercero sino *ante* el tercero. Por ejemplo, el promitente comprador ve su interés afectado cuando el promitente vendedor arrienda el bien vendido, así de ello no se siga la extinción ni la lesión de su derecho de crédito. También, el cambio de domicilio del deudor puede perjudicar al acreedor, no porque se afecte un derecho suyo, sino porque lleva a la modificación del lugar donde debe ejercer su demanda. Esta noción de interés no es extralegal, pues encuentra arraigo en normas dispersas de nuestro ordenamiento (p.e. art. 1742 C.C.; art. 590 CGP)

⁹⁴ DIEZ-PICAZO, Op. cit., p. 427.

(ii) Hecha la anterior acotación, cabe preguntarse si la oponibilidad se ocupa exclusivamente de las consecuencias desventajosas que un hecho produce para un sujeto; o de todas las consecuencias, ventajosas y desventajosas, que el hecho le reporta.

En defensa de la segunda posibilidad, varios autores entienden que la teoría de la oponibilidad se ocupa de toda consecuencia que el negocio acarree para un sujeto⁹⁵. Según ellos, la oponibilidad del negocio jurídico al tercero es también lo que explica que dicho tercero pueda prevalerse del negocio. Esta postura encuentra respaldo en un pronunciamiento de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia del año 2008, en el que la Corporación afirmó que “todo contrato válido, como acaecer fáctico que es, impone el reconocimiento de su existencia por absolutamente todos; en este sentido, nadie podría desconocerlo, sin que quepa la idea, es cierto, de que sea un deudor propiamente dicho; asimismo podría sacarse provecho de esa existencia, sin que quien lo haga sea un acreedor literalmente hablando. No es estólido sostener desde ahí que el contrato es oponible”⁹⁶. (subrayas propias)

La idea que se defiende en este trabajo es que la oponibilidad no se ocupa de las consecuencias de ventaja derivadas del hecho oponible; solo de las de desventaja. En esta lógica, por ejemplo, el beneficio que reportan los codeudores solidarios en virtud de la condonación que el acreedor hizo a uno de ellos (art. 1575 C.C.) no se explica a partir de la oponibilidad de este negocio jurídico a dichos codeudores.

⁹⁵ Ver GAVIRIA, Op. cit., p. 3; TAMAYO LOMBANA, Op. cit., p. 271; e HINESTROSA, Op. cit., vol. 1, p. 517.

⁹⁶ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 27 de noviembre de 2008. Exp. 11001-3103-020-2002-00026-01. M.P. Edgardo Villamil Portilla.

Hay dos razones para defender esta postura. La primera razón es que el término “oponibilidad” viene de la palabra oponer (en francés, *opposer*), que según la Real Academia Española significa “poner algo *contra* otra cosa para entorpecer o impedir su efecto”, o “proponer una razón o discurso *contra* lo que alguien dice o siente” (cursivas propias). Así, la oponibilidad es un término que presupone adversidad, contraposición de intereses, perjuicio; una resistencia entre quien opone algo y a quien ese algo se opone. No tiene sentido, por tanto, sugerir que el hecho negocial se “opone” a un sujeto que deriva una ventaja de él.

La segunda razón es que, si se entendieran fundamentados en la oponibilidad también los efectos ventajosos del hecho oponible, se llegaría a la solución absurda de entender que, cuando la ley sanciona la inoponibilidad, los terceros no pueden alegar tampoco las consecuencias favorables que el hecho jurídico les reportó. Por ejemplo, si una sociedad anónima de gran patrimonio, todavía no registrada por sus asociados, causara un daño a un tercero, este último podría ver enervada su pretensión indemnizatoria contra la persona jurídica bajo el pretexto de que el contrato de sociedad le es inoponible⁹⁷.

En un pronunciamiento de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, diferente al que se acaba de citar, la Corporación entendió, en mi parecer acertadamente, que la oponibilidad del contrato a los terceros solo fundamenta las consecuencias negativas que éste les reporta, al considerar que la inoponibilidad no es obstáculo para que los terceros se aprovechen del hecho contractual:

⁹⁷ Haciendo referencia a la oponibilidad del acto administrativo, la Corte Constitucional sostuvo que “la publicación no constituye un requisito de validez del acto administrativo; se trata simplemente de una condición para que pueda ser oponible a los particulares (...). Si el acto administrativo concede un derecho al particular, éste puede reclamarlo de la administración, aunque el acto no haya sido publicado. Si por el contrario, el acto impone una obligación, ésta no puede exigirse hasta tanto dicho acto sea publicado” (subrayas añadidas): Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-957 de 1999. Exp. D-2413. M.P. Dr. Álvaro Tafur Galvis.

“...la figura de la inoponibilidad es un derecho, un beneficio para el tercero. Lo que quiere decir (...) que los actos inoponibles no se pueden hacer valer contra él (...). Así está él a salvo de que con ello se le pueda causar perjuicio. En consecuencia, se desnaturaliza el fenómeno de la inoponibilidad cuando se cree que también constituye una obligación para el tercero, en el sentido de que del acto inoponible no puede hacer cuenta ni para bien ni para mal; que así como no lo pueden utilizar en su contra, tampoco él puede tomarlo en consideración; visto desde otra perspectiva, que para él no existe más que el acto que le es oponible, vale decir, el que sí cumplió con el requisito de publicidad, que le resulta así ineluctable porque para él no hay más que lo registrado, y que por consiguiente todo lo que haga con desatención de ello le es adverso o nugatorio. No. Esa no es verdad la recta inteligencia de la inoponibilidad; ella, repítase, simplemente dice que al tercero no le pueden deducir consecuencias contra su voluntad. Acaso el ejemplo de la simulación venga oportuno para destacar que los terceros se atienen (...) a la voluntad externa (...) e inmunes quedan respecto de la verdadera intención (...); el pacto secreto jamás puede ir contra ellos; pero (...) pueden valerse de la voluntad interna si es que cuadra a sus intereses”⁹⁸ (subrayas propias).

Establecido que las consecuencias ventajosas que un tercero reporta de un hecho no se deben a que el hecho le sea oponible *a él*, queda la pregunta de cuál es, entonces, el fundamento de tales consecuencias. A pesar de que se volverá sobre esto (numeral 4.2.3), considero que las consecuencias ventajosas que reporta el tercero se explican a partir de la oponibilidad del hecho, no a dicho tercero, sino al sujeto que integra el extremo de desventaja de la relación jurídica en la que el tercero es el sujeto activo (sea una parte u otro tercero). En otras palabras, *los efectos*

⁹⁸ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 1 de febrero de 2006. Exp. 1997-01813-01. M.P. Dr. Manuel Isidro Ardila Velásquez.

favorables que el contrato produce para el tercero tienen por presupuesto que el tercero oponga el contrato al extremo pasivo de su situación de ventaja, sea a una parte, sea a otro tercero. Por ejemplo, el acreedor de un comprador puede invocar el contrato de compraventa a los acreedores del vendedor para lograr que el bien vendido se entienda integrante de su prenda general (y no de la de ellos).

4.2.3 *El sujeto de la oponibilidad*

¿A quién se opone el hecho oponible? En el derecho colombiano la respuesta es unánime: al *tercero*⁹⁹. Es a éste a quien, se dice, se le opone o se le deja de oponer el hecho negocial. Ahora, si bien la mayoría de los supuestos legales obedecen a dicho esquema, considero que hay importantes variantes que deben tratarse desde la teoría de la oponibilidad y que hasta hoy no han sido incluidas en su ámbito de aplicación.

La idea que se defiende en el presente trabajo es que, *así como las partes pueden oponer el contrato a los terceros, también los terceros pueden oponer el contrato a las partes, e incluso éstas pueden oponerse el contrato entre sí.*

Esta idea está contenida en otra de mayor amplitud, a saber: la teoría de la oponibilidad no requiere la distinción entre parte y tercero para operar, dado que hay hechos jurídicos respecto de los cuales no cabe dicha distinción y que, no obstante, son calificables como oponibles o inoponibles, como se demuestra paso por paso a continuación, a partir del caso de la nulidad:

⁹⁹ “Así las cosas, el fundamento de la inoponibilidad como sanción al negocio jurídico, no puede ser otro que la protección a los terceros interesados”: Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 15 de agosto de 2006. Exp. 08001-31-10-003-1995-9375-01. M.P. Dr. César Julio Valencia Copete, Salvamento de Voto de Jaime Alberto Arrubla Paucar.

- (i) En el caso de la *inoponibilidad de la nulidad de un negocio jurídico* (p.e. art. 105 C.Co.), el hecho jurídico que afecta al tercero subadquirente -y que se califica como inoponible- es la *nulidad* del negocio, **no** el negocio jurídico anulado.
- (ii) La nulidad es un hecho jurídico que prescinde de la voluntad humana para configurarse y que, por tanto, *no admite la distinción entre tercero y parte*.
- (iii) Cuando la ley previene que la nulidad es inoponible al “tercero”, se refiere a quien es tercero *frente al negocio desaparecido* y no al tercero frente a la nulidad del negocio (tercero que no existe). Aquí lo que ocurre es que la ley, para delimitar los sujetos protegidos con la inoponibilidad de un hecho jurídico (la nulidad), echó mano de la noción de tercero aplicable exclusivamente a otro hecho jurídico (el contrato).
- (iv) En conclusión, el análisis relativo a la oponibilidad o la inoponibilidad de un hecho jurídico no siempre supone encontrar una parte y un tercero.

Se propone, por tanto, entender que *todo sujeto de derecho* puede ser destinatario de la oponibilidad o de la inoponibilidad de un hecho. Ello quiere decir que, cuando estas dos figuras se refieren al contrato, son aplicables no solo respecto del tercero -lo que ya es admitido- sino también respecto de las partes. Para ilustrar la anterior afirmación, a continuación se planteará todo el abanico de casos de oponibilidad del hecho negocial o contractual.

1. Oponibilidad de una parte a un tercero

Éste es el escenario más común y mayormente reflejado en la legislación. Aquí cabe el supuesto en que el cesionario del crédito opone el acto de cesión al deudor, para demostrar que éste incumplió al pagar en manos del cedente; o el del comprador del bien ajeno que opone el contrato de venta al tercero propietario, a efectos de demostrar un justo título que sustenta la prescripción adquisitiva ordinaria; o el del comodante que opone el contrato de comodato a quien sufrió un daño causado por una actividad peligrosa, a efectos de demostrar el desplazamiento de la guarda material.

2. Oponibilidad de un tercero a una parte

En la doctrina francesa esta forma de entender la oponibilidad es plenamente admitida por Terré, Simler y Lequette¹⁰⁰. En este ámbito se sitúa el caso del tercero que opone el contrato de mandato con representación al mandante, para hacerlo contractualmente responsable del incumplimiento de las obligaciones acordadas entre el mandatario y dicho tercero; o el deudor que opone a un acreedor la cesión del crédito que éste celebró, a efectos de enervar su pretensión de cumplimiento; o el del deudor de una indemnización que opone a su acreedor el contrato mediante el cual un tercero le indemnizó plenamente, a efectos de impedir que dicho acreedor se enriquezca con un pago doble.

3. Oponibilidad de una parte a otra parte

¹⁰⁰ “La situación jurídica nacida del contrato también es [oponible] por parte de los terceros en contra de las partes. Hay (...) un número de hipótesis en las que un tercero puede tener interés de prevalerse de la existencia de la situación creada por el contrato en contra de un contratante”. TERRÉ, SIMLER y LEQUETTE, Op. cit., p. 506-511. En contra, DIEZ-PICAZO, Op. cit., p. 428. Este último autor considera que dicho supuesto corresponde a la simple “utilizabilidad” del contrato, concepto confuso que no tiene ningún arraigo legal.

Este escenario engloba dos supuestos diferentes. El primero se presenta cuando una parte invoca el hecho contractual a la otra para lograr la aplicación de una norma que *no* emanó del contrato invocado. Así, por ejemplo, si el vendedor de un bien ejerciera una pretensión reivindicatoria contra el comprador para recuperar la posesión, el comprador puede *oponerle* el contrato de venta y la tradición del bien (dos hechos oponibles) para defenderse.

El segundo supuesto, tradicionalmente excluido del ámbito de aplicación de la teoría de la oponibilidad, es aquel en que una parte invoca el contrato a la otra para hacer efectivos los derechos y las obligaciones que éste produjo. Se dice que es el postulado de normatividad, y no el de oponibilidad, el que regula este supuesto en su integridad.

Discrepo del criterio precedente. Considero que las partes *sí oponen el negocio jurídico o contrato cuando pretenden hacerlo efectivo*, y no detecto una redundancia con el postulado de normatividad cuando esto sucede. Veamos: por un lado, el postulado de normatividad -como lo indica su nombre- es el que fundamenta que el contrato sea creador de todo tipo de normas para las partes (usualmente, normas que imponen obligaciones cuyo incumplimiento acarrea una sanción); por el otro lado, el postulado de oponibilidad cierra la puerta a las partes para aducir la inoponibilidad del negocio jurídico, es decir, para decidir si quieren acogerse a los efectos directos del negocio (p.e. pagando las obligaciones, lo que sería un pago de lo debido), o si prefieren acudir a la ficción legal de que el hecho contractual no aconteció. Como se ve, es teóricamente posible dissociar los papeles de la normatividad y la oponibilidad en las relaciones *inter-partes*, pues un negocio

jurídico podría producir la totalidad de sus efectos “directos” y ser a la vez inoponible a sus destinatarios.

Este planteamiento no es totalmente ajeno a nuestra legislación, pues hay una norma legal que ilustra nítidamente la posibilidad de que los efectos de la normatividad de un negocio jurídico (llamados “directos”) sean, a la vez, inoponibles; tal es el caso de las decisiones sociales que no son de carácter general, consideradas inoponibles a los asociados ausentes o disidentes (art. 190 C.Co.). Visto desde un ejemplo, supóngase que una asamblea general de accionistas decide que tan solo un accionista deberá pagar a la sociedad una gran suma de dinero, y que dicha decisión se aprueba a pesar de éste votar en contra. Esta decisión es inoponible a dicho accionista, por lo que tendrá dos opciones: puede acogerse a los efectos directos de la decisión social y pagar la obligación (lo que sería un pago de lo debido, pues se produjeron obligaciones civiles a cargo del asociado en virtud del principio de normatividad), o puede acudir a la vía de la inoponibilidad que le confiere el artículo, es decir, a la ficción legal de que no se emitió la decisión social, ni se radicó obligación alguna en cabeza suya (a pesar de que ello sí sucedió).

Ahora bien, podría rechazarse la idea de consagrar supuestos de inoponibilidad para las partes bajo el argumento de que la inoponibilidad, por regla general, se produce por el desconocimiento o falta de publicidad del negocio, y las partes conocen los negocios que celebran¹⁰¹. Sin embargo, no es del todo cierto que la parte siempre conozca el negocio celebrado, pues, al igual que el tercero, ella puede desconocer que se encuentra atada a un contrato; tal es el caso de los

¹⁰¹ Es común que el ordenamiento jurídico proteja a los sujetos que no conocen ni pueden conocer las normas que gravan su situación jurídica. Obsérvese que los actos normativos que necesariamente irrumpen en la esfera jurídica ajena, como las leyes o los actos administrativos, tienen estrictos procedimientos de publicidad.

causahabientes a título universal (p.e. los herederos respecto de los negocios del causante), el de los contratantes que obran a través de un representante, el de las partes de un contrato sometido a una *conditio juris*¹⁰² que ya se verificó sin ellas saberlo¹⁰³, o el del adquirente de un establecimiento de comercio que, sin su conocimiento, se convirtió en parte de un contrato de trabajo en virtud de la sustitución patronal.

No encuentro ningún obstáculo para que en estos casos el legislador consagre supuestos de inoponibilidad, de manera que el negocio jurídico pueda producir sus “efectos directos”, pero a la parte le sea posible no acogerse a tal realidad y hacer “como si” ni el negocio ni sus efectos directos hubieran acaecido. Por ejemplo, la ley podría considerar inoponible a los herederos el negocio jurídico celebrado por el causante, siempre y cuando dichos herederos no hubieran conocido ni podido conocer el negocio al momento de la aceptación de la herencia; en este caso hipotético, la parte contractual integrada por los herederos podría ejecutar el negocio, o podría hacer como si el negocio nunca hubiera sido celebrado por el causante y, dado el caso, excepcionar la inoponibilidad en el evento que la contraparte pretenda el cumplimiento.

4. Oponibilidad de un tercero a otro tercero

¹⁰² En los casos de la llamada “*conditio juris*”, el hecho futuro e incierto consiste en la verificación de uno de los elementos de existencia del negocio jurídico (p.e. la venta de un bien que no existe pero que se espera que exista). En estos casos, el negocio jurídico no existe hasta tanto se verifique la *conditio*: HINESTROSA, Op. cit., vol. 2, p. 639.

¹⁰³ En el art. 1737 C.C., el legislador contempló un caso similar a aquel en el que la parte desconoce el contrato; se trata del deudor que “ignora inculpablemente” su obligación de dar un cuerpo cierto y, en su ignorancia, lo destruye. En este caso, el legislador protege al deudor del cuerpo cierto obligándolo tan solo a pagar el precio del bien, *sin que el acreedor pueda cobrar perjuicios adicionales*.

En este caso, también admitido por la doctrina colombiana¹⁰⁴, un tercero invoca el hecho contractual a otro tercero para la aplicación de una regla de derecho. Aquí cabe la cesión del crédito debidamente notificada en que el acreedor del cesionario opone el acto de cesión a los acreedores del cedente, con el objetivo de impedir el embargo adelantado por éstos.

4.2.4 *La inoponibilidad como competencia para desconocer el acaecimiento del hecho y sus consecuencias*

El último punto que se abordará en la presente propuesta es el de mayor importancia. Se trata de la facultad de libre ejercicio otorgada al sujeto protegido con la inoponibilidad, la cual, como se ha dicho, consiste en hacer operar una ficción legal de que el hecho jurídico no acaeció, y de que sus consecuencias jurídicas no se produjeron.

Antes de estudiar los pormenores de dicha facultad, debe anotarse que la inoponibilidad, como sanción al negocio jurídico, no “se adapta a los hechos y actúa conforme lo aconsejen”, en palabras de Hinestrosa¹⁰⁵. Es una sanción *única*, con características *propias*, precedida del ejercicio de una facultad excepcional concedida al sujeto protegido.

Dicho esto, la facultad que otorga la inoponibilidad suscita dos problemáticas que hay que abordar: (i) ¿qué consecuencias se siguen de su ejercicio?; y (ii) ¿opera ésta de pleno derecho?

¹⁰⁴ TAMAYO LOMBANA, Op. cit., p. 272.

¹⁰⁵ HINESTROSA, Op. cit., vol. 2, p. 836.

(i) Como ya se ha dicho varias veces, la consecuencia de ejercer la “facultad-inoponibilidad” es que el hecho jurídico se tendrá por no acontecido para el sujeto protegido (a pesar de que sí aconteció), y se tendrán por no producidas las consecuencias desfavorables del mismo, en virtud de una ficción legal. Sobre esto se deben hacer dos precisiones.

La primera precisión es que, *al tratarse de una simple ficción legal, el ejercicio de la facultad no lleva a la destrucción erga omnes del hecho inoponible*. En palabras de Pájaro Moreno, la inoponibilidad solo consiste en la “posibilidad de (...) actuar como si el contrato nunca hubiera existido”¹⁰⁶, a pesar de que existe y continuará existiendo. La inoponibilidad es una sanción particular, con características especiales, dado que “bifurca” la realidad jurídica al crear dos situaciones: una situación real, a la que está atada todo el mundo, en que el hecho jurídico aconteció y produjo el lleno de sus consecuencias jurídicas; y otra ficticia, únicamente aplicable al tercero si éste lo desea, en que el hecho jurídico nunca aconteció y sus consecuencias no se produjeron.

El ejemplo más ilustrativo es el de la cesión del crédito inoponible al deudor cedido. Supóngase que el hecho “*Juan cedió su crédito a Ana*” aconteció, pero que Diego, el deudor cedido, no fue notificado. A Diego se le conferirá la facultad jurídica de hacer “como si” la cesión nunca hubiera acontecido, lo que llevaría a que la consecuencia jurídica típica de la cesión -traslación patrimonial del crédito- se tuviera por no producida para él. Diego puede pagar válidamente al cedente Juan en uso de su facultad, pero bien puede también pagar a Ana acogiéndose a los efectos que produjo la cesión. En ambos casos, su obligación se extingue por pago.

¹⁰⁶ CASTRO DE CIFUENTES, Op. cit., p. 410.

Esta especial dinámica de la inoponibilidad permite distinguirla de otras “sanciones” al negocio jurídico. En la *inexistencia evidente* y la *ineficacia de pleno derecho*, no hay hecho jurídico. En la *nulidad*¹⁰⁷ y en la *simulación*, hay un hecho jurídico pero éste cesará de existir en el ámbito jurídico tras el pronunciamiento correspondiente. En la *inoponibilidad*, hay un hecho jurídico que existe y seguirá existiendo en el ámbito jurídico, solo que se permite a una persona, ora acogerse a dicha realidad, ora sustraerse de ella y negar los efectos del hecho.

La segunda precisión es que *la ineficacia del negocio jurídico inoponible es proporcional a la afectación del interés del sujeto protegido con la inoponibilidad*. En palabras de la Corte Suprema de Justicia, “el efecto característico de la inoponibilidad, por contraste al de la nulidad, es (...) que sus proyecciones [las del negocio jurídico] se paralizan o neutralizan frente a ciertos terceros, como lo es la aquí demandante. Por eso mismo, la ineficacia declarada es directamente proporcional al interés cuya protección persigue ésta”¹⁰⁸.

(ii) ¿Es necesario que la inoponibilidad sea declarada judicialmente (como la resolución por incumplimiento)? Conforme con lo ya mencionado en el numeral (3.2.6), analizadas las normas que hay sobre la materia, el entendimiento de la Superintendencia de Sociedades y los citados planteamientos del doctrinante Christian Atias en el derecho foráneo, concluyo que la inoponibilidad otorga una facultad que no necesita un pronunciamiento judicial para operar.

¹⁰⁷ ABELIUK MANASEVICH, Op. cit., p. 155.

¹⁰⁸ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 4 de marzo de 1996. Exp.: 4751. M.P. Pedro Lafont Pianetta.

Al igual que la compensación y la prescripción liberatoria, la inoponibilidad es una figura que opera de pleno derecho. Sin embargo, acierta Abeliuk Manasevich¹⁰⁹ al afirmar que debe alegarse en el proceso para que opere, y que el juez no puede decretarla de oficio. Si no se alega, debe considerarse una renuncia a la facultad-inoponibilidad.

Poco sentido tendría, por ejemplo, que el tercero que no conoció ni pudo conocer la revocatoria del poder (art. 843 C.Co.) deba pretender la inoponibilidad de dicho acto a efectos de conservar los derechos del contrato que estipuló con el representante. Tampoco tendría sentido que el tercero que derivó un derecho real de un negocio que se resolvió por una condición resolutoria oculta (arts. 1547 y 1548 C.C.) deba demandar la inoponibilidad de la resolución para poder considerarse titular del derecho real.

Como se verá más adelante, considero que las pretensiones de nulidad absoluta, revocatoria por fraude pauliano y simulación (que sí requieren declaratoria judicial para operar) no son pretensiones de inoponibilidad, como sugiere nuestra doctrina y jurisprudencia. Por tanto, se mantiene la premisa de que la inoponibilidad opera de pleno derecho.

4.3 Depuración de los supuestos legales analizados bajo la óptica de la teoría de la oponibilidad

4.3.1 *Los supuestos de ausencia de hecho oponible no son supuestos de inoponibilidad*

¹⁰⁹ ABELIUK MANASEVICH, Op. cit., p. 160.

Admitir la presente reformulación de la teoría de la oponibilidad lleva a excluir de su ámbito de aplicación los supuestos de *ausencia de hecho oponible*, dada su disimilitud con los supuestos de verdadera *inoponibilidad*. En aquel escenario, el hecho jurídico no aconteció nunca; en la inoponibilidad, el hecho jurídico sí aconteció pero se tomará por no acontecido en el evento que un sujeto decida hacer uso de la facultad jurídica.

Debe anotarse que los supuestos en que se exige la *ratificación* por parte del sujeto protegido para que se produzcan las consecuencias normales del hecho no son supuestos de verdadera inoponibilidad. En la inoponibilidad, al sujeto le basta no ejercer su facultad de protección para acogerse al “curso natural de las cosas”; no necesita celebrar un nuevo negocio jurídico, como lo es la ratificación (con requisitos y formalidades propios), para que ello suceda.

Dicho lo anterior, no cabría dentro de la teoría de la oponibilidad el **negocio jurídico celebrado en nombre de otro sin poder o excediendo los límites de éste** (art. 841 C.Co. y concordantes). De conformidad con el postulado de la relatividad de los negocios jurídicos (y no el postulado de oponibilidad), no hay siquiera rastro de contrato o relación jurídica entre el representado y el tercero, dado que nadie puede obligar a otro sin su declaración de voluntad (salvo las precisas excepciones legales). Por tanto, como no hay contrato del cual el “representado” forme parte, no hay nada qué oponerle. Así lo dispone tajantemente el art. 833 C.Co.: “los negocios jurídicos propuestos o concluidos por el representante en nombre del representado, dentro del límite de sus poderes, producirán directamente efectos en relación con éste. La regla anterior no se aplicará a los negocios propuestos o celebrados por intermediario que carezca de facultad para representar” (subrayas propias). En conclusión, es ficticio decir que

“sí se celebró un contrato entre el representado y el tercero, pero el contrato es inoponible a aquel”.

Por si quedara duda de que no se trata de un supuesto de verdadera inoponibilidad, véase que, si el representado quisiera pagar las obligaciones que se le pretendieron imponer, *debe primero ratificar el negocio jurídico con las formalidades legales del caso*. De no hacerlo, el representado estaría pagando lo no debido.

Tampoco cabe dentro de la teoría de la oponibilidad la **venta del bien ajeno**, presentada como un supuesto de “inoponibilidad sustancial por falta de legitimación”¹¹⁰. Es curioso que se haya encuadrado allí, puesto que este hecho jurídico no incide -ni pretende incidir siquiera- en la esfera jurídica del tercero propietario. Recuérdese que la compraventa (título) se limita a imponer obligaciones al vendedor y al comprador, lo que no riñe con ningún derecho del propietario. Por tanto, la venta del bien ajeno es tan oponible al propietario como lo es para cualquier otra persona.

Tampoco la **tradición del bien ajeno** cabe dentro de la teoría de la oponibilidad, a pesar de que dicho negocio jurídico sí tenga por objeto disponer de un derecho real de un tercero. Lo que sucede aquí es que no hay de entrada ningún hecho jurídico que oponer al propietario en virtud del postulado “nadie puede transferir a otro más derecho del que él mismo tiene” (*nemo plus iuris transferre potest, quam ipse haberet*). Según este principio, no es jurídicamente posible traditar lo ajeno, por lo que no hay en el fondo una tradición entre quienes posaron como tradente y

¹¹⁰ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 26 de agosto de 1947. M.P. Dr. Álvaro Leal Morales.

adquirente del bien. Así, a falta de tradición, no hay nada que oponer al propietario. El art. 752 C.C. es una clara aplicación de este principio:

“Si el tradente no es el verdadero dueño de la cosa que se entrega por él o a su nombre, no se adquieren por medio de la tradición otros derechos que los transmisibles del mismo tradente sobre la cosa entregada...”.

Por tanto, es ficticio decir que “sí hubo tradición, pero es inoponible al propietario”. Al igual que en el negocio celebrado en ausencia o exceso de poderes, nótese que el propietario debe ratificar la tradición si lo que desea es que el que pretendió ser adquirente se convierta en propietario.

Por último, debe excluirse de la teoría de la oponibilidad la **omisión de la formalidad de publicidad *ad substantiam actus*** (p.e. no registrar el título para la tradición de un bien inmueble), pues allí el hecho jurídico nunca llega a consolidarse y no hay nada que oponer a los terceros¹¹¹.

4.3.2 Los supuestos en que la facultad del sujeto hace desaparecer el hecho no son supuestos de inoponibilidad

Hemos dicho que la inoponibilidad consiste en la facultad de un sujeto para hacer operar una ficción legal de que no aconteció el hecho jurídico cuyas consecuencias le son desventajosas. Al tratarse de una simple ficción legal, el ejercicio de la facultad no acarrea la desaparición del hecho de la realidad jurídica. Por tanto, las facultades que tengan como objetivo la aniquilación del hecho con efectos *erga*

¹¹¹ En contra, BIANCA, Op. cit., p. 598-599.

omnes no se fundamentan en la inoponibilidad, y no deben estudiarse desde el punto de vista de la teoría de la oponibilidad.

En línea con lo anterior, ha de excluirse de la teoría de la oponibilidad la **pretensión de nulidad absoluta ejercida por el tercero**, a diferencia de lo que consideran autores como Ospina Fernández¹¹². Esto se debe a que la declaratoria de nulidad lleva a la desaparición del negocio jurídico con efectos *erga omnes*, de manera que ni siquiera las partes podrían hacer efectivos los derechos que el contrato les otorgó luego del pronunciamiento judicial correspondiente.

Debe dejar de entenderse también la **pretensión revocatoria por fraude pauliano** como una pretensión de inoponibilidad, como lo ha hecho la Corte Suprema de Justicia en múltiples pronunciamientos¹¹³. Lo anterior se fundamenta en que la pretensión revocatoria apareja la desaparición *erga omnes* del negocio jurídico (en todo o en parte), de manera que ni siquiera las partes pueden hacer efectivos los derechos comprendidos en la porción revocada del negocio. Ello explica que la sentencia sea constitutiva¹¹⁴ (a diferencia de las sentencias que declaran la inoponibilidad), y que los bienes fraudulentamente adquiridos por el tercero vuelvan a integrar el patrimonio del deudor, quien ahora figurará como el titular de los mismos a ojos de todos, según se ha decidido en sentencias de 1978 y 1992 de la Corte Suprema de Justicia¹¹⁵. Aciertan Ospina Fernández y Ospina

¹¹² OSPINA FERNÁNDEZ y OSPINA ACOSTA, Op. cit., p. 499.

¹¹³ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 26 de agosto de 1938. M.P. Dr. Liborio Escallón.

¹¹⁴ *Ibíd.*, p. 526. También, ver HINESTROSA, Op. cit., vol. 2, p. 1019.

¹¹⁵ Ver TAMAYO LOMBANA, Op. cit., p. 363-364.

Acosta¹¹⁶ al indicar que la pretensión revocatoria no lleva a una inoponibilidad del negocio jurídico, sino a la imposición de una sanción *sui generis*.

Dicho esto, no parece acertado perpetuar la idea de que la pretensión revocatoria solo beneficia a los acreedores que la invocan. Se repite: esta pretensión lleva a la destrucción *erga omnes*, total o parcial, del negocio fraudulento, y no a la simple inoponibilidad de la enajenación. Por tanto, no hay una razón más allá de un argumento histórico para beneficiar solo a ciertos acreedores. Ospina Fernández y Ospina Acosta¹¹⁷ intentan sustentar esa solución en el principio de relatividad de los fallos judiciales, pues consideran que la sentencia que declara la revocatoria no puede aprovechar a quienes no participaron del proceso. Si bien esto es cierto, queda la duda de por qué una declaratoria de simulación o de nulidad sí aprovecha a la totalidad de los acreedores del deudor simulante, sean ellos o no accionantes.

Por último, debe excluirse de la teoría de la oponibilidad **la pretensión de simulación ejercida por el tercero**, teniendo en cuenta las siguientes consideraciones. La doctrina y la jurisprudencia colombianas abordan los efectos de la simulación desde el punto de vista de la oponibilidad. Se dice que al tercero perjudicado por la simulación le es inoponible la declaración aparente, mientras que al tercero beneficiado de buena fe le es inoponible la declaración oculta (art. 1766 C.C.).

Considero que ello no es exactamente así si se mira cuidadosamente la naturaleza jurídica de la simulación (punto que ha sido motivo de debate en nuestro derecho por mucho tiempo). Tanto en la simulación absoluta como en la relativa hay una

¹¹⁶ OSPINA FERNÁNDEZ y OSPINA ACOSTA, Op. cit., p. 526.

¹¹⁷ *Ibíd.*, p. 523.

apariencia de negocio jurídico, pero en la primera se estructura un supuesto de inexistencia, mientras que en la segunda hay un negocio jurídico oculto de índole distinta al publicitado. Como dicen Ospina Fernández y Ospina Acosta¹¹⁸, en ambos casos se configura un “negocio jurídico putativo” que hace operar una *presunción legal* según la cual lo declarado públicamente por las partes es lo que refleja fielmente el negocio jurídico que quisieron celebrar (art. 1618 C.C.). En otras palabras, *se presume que el negocio jurídico aparente es un negocio real hasta tanto se demuestre lo contrario.*

En esta lógica, considero que no es un supuesto de inoponibilidad aquel en el que el tercero perjudicado por la apariencia pretende que ésta se descorra y se revele la realidad. En estricto rigor, aquí la pretensión de simulación busca que deje de operar la presunción legal según la cual la apariencia de negocio jurídico corresponde al negocio realmente celebrado (hecho presunto). Así, probado en contrario el hecho presunto por parte del pretensor, el juez debe declarar que no existe ni existió nunca *ese* negocio jurídico que declararon las partes, ni para ellas mismas, ni para los terceros.

Ello explica que la sentencia no se limite a suprimir los efectos del negocio presunto de cara al tercero, sino que aniquile con efectos *erga omnes*, total o parcialmente (según se trate de una simulación absoluta o relativa), el negocio presuntamente celebrado. En síntesis, la pretensión de simulación no corresponde a la facultad de protección de la inoponibilidad, dado que aquella está dirigida a revertir la presunción de existencia de un negocio jurídico aparente y, por tanto, su prosperidad acarrea la extinción *erga omnes* total o parcial de éste.

¹¹⁸ *Ibíd.*, p. 420.

Pero no todo el fenómeno simulatorio queda por fuera de la teoría de la oponibilidad, dado que *el tercero de buena fe beneficiado por la apariencia sí aduce la inoponibilidad de la declaración real y oculta cuando ésta se invoca en su contra*. Esta declaración real -sea que lleve a la inexistencia, sea que corresponda a otro negocio jurídico- sí es un hecho inoponible al tercero, porque (i) el tercero, si desea, puede acogerse a dicha declaración y restituir los derechos adquiridos, sin necesidad de ratificación alguna; (ii) por más que se demuestre la declaración oculta en el proceso, ésta no le será aplicable a dicho tercero si este así lo decide (deja de ser un problema probatorio, como lo es el caso del tercero perjudicado que ejerce la acción de simulación); y (iii) la declaración oculta, inoponible al tercero, sigue existiendo para los demás (p.e. las partes solo podrán hacer efectivos los derechos surgidos del negocio jurídico real, si es que hay alguno).

4.3.3 La oponibilidad no apareja un deber de respeto por el negocio jurídico

Como se viene diciendo, la oponibilidad consiste en la aptitud de un hecho para activar las normas del ordenamiento que lo contemplan y asignan efectos desfavorables a un sujeto, sin que éste pueda sustraerse de dicha realidad. Nótese que el fenómeno de la oponibilidad no lleva implícito que los sujetos asuman un deber de respeto frente al hecho jurídico; ella solo permite que ese hecho satisfaga la totalidad de las normas jurídicas de desventaja que haya en el ordenamiento, dentro de las cuales podrá encontrarse (o no) una norma que imponga dicho deber de respeto a los demás. Por tanto, la doctrina según la cual la oponibilidad genera un deber de respeto por el contrato a cargo de los terceros es equivocada, pues presenta la oponibilidad, no como la aptitud de activar normas jurídicas, sino como una norma jurídica en sí, más precisamente, una norma que tiene por presupuesto

la celebración del contrato y por consecuencia la imposición de un deber a cargo de los terceros.

No quiero decir que la oponibilidad esté completamente desligada del comentado deber, ni que dicho deber no exista. Solo quiero decir que atribuir oponibilidad al contrato es apenas el primer paso para imponer este deber de respeto a los terceros. Queda faltando el segundo paso: salir a la búsqueda de la norma que tiene por *presupuesto* la celebración del contrato, y por *consecuencia* la imposición del deber a los terceros¹¹⁹. Wingten¹²⁰ resume cabalmente esta idea al afirmar que “el contrato existe para los terceros y se puede llamar a esta existencia ‘oponibilidad’, pero ello no quiere decir que esta existencia implique ‘la obligación de inviolabilidad’ del contrato que algunos quieren deducir de ella. Esto no significa que dicha obligación no exista. Solamente, si existe, no encuentra su justificación en la oponibilidad del contrato como hecho”.

Ahora, ¿puede reconocerse un deber de respeto en el derecho colombiano? Resumiendo lo dicho acerca de este deber en el numeral 3.2.3 (efectos de la oponibilidad), recuérdese que no tiene consagración legal expresa, sino que ha sido reconocido por la jurisprudencia y la doctrina nacionales a partir del principio de oponibilidad; que para verificar la infracción del deber, se exige el conocimiento efectivo del tercero acerca de la celebración del contrato (mala fe); que el incumplimiento de dicho deber puede conllevar a la responsabilidad extracontractual del tercero; y que no es claro si el incumplimiento acarrea sanciones adicionales cuando el tercero irrumpe mediante la celebración de un

¹¹⁹ A mi manera de ver, Hinestrosa hace un salto teórico que no puede darse: “siendo elemental el aserto de que el contrato produce efectos circunscritos a las partes (...), los terceros tampoco pueden ignorar el hecho social del contrato y, por lo mismo, deben respetarlo” (subrayas propias): HINESTROSA, Op. cit., vol 2, p. 838.

¹²⁰ WINGTEN, Op. cit., p. 91.

negocio jurídico incompatible con el contrato original. A continuación haré algunas acotaciones conceptuales que considero pertinentes en el análisis del deber de respeto por el contrato ajeno.

Como primera anotación, considero que son dos los hechos oponible que activan la norma del deber de respeto a cargo de los terceros: el *negocio jurídico* y el *derecho de crédito*. Sobre esta idea debe precisarse que:

1. Los derechos reales (el otro tipo de derecho subjetivo patrimonial) son tutelados mediante la imposición del deber general de comportarse como un hombre medio para no dañar a otro (art. 2341 C.C.); no mediante el deber de respeto (que es de carácter especial, dado que trae una prohibición y unas consecuencias particulares).
2. Hay negocios jurídicos cuya naturaleza impide reconocer un deber de respeto a cargo de los terceros (p.e. la condonación, la ratificación o la prórroga de un plazo), puesto que a ellos no se les manda ni se les prohíbe ninguna conducta luego de la celebración de este tipo de negocios.
3. Haciendo un estudio de derecho comparado, pareciera que los derechos subjetivos extrapatrimoniales surgidos del contrato de matrimonio (p.e. derecho a la fidelidad del cónyuge), al no ser derechos de crédito, no quedan amparados por este deber. Tal es la solución acogida por el *Restatement (2nd) on Torts* del derecho anglosajón y la jurisprudencia de la Corte de casación francesa¹²¹.

¹²¹ EL RAJAB, Op. cit., p. 51.

4. El derecho de crédito puede tener una fuente distinta del negocio jurídico, y aun así impone el deber de respeto a cargo de los terceros de no irrumpir en su ejecución. Nada de razonable tiene conceder esta protección exclusivamente a los acreedores contractuales, dado que su situación es idéntica a la de los demás acreedores (salvo por la fuente de su derecho, que en nada influye en el análisis). Esta extensión del deber de respeto a todos los acreedores se refleja en el art. 2491 C.C., aplicable a la totalidad de los derechos de crédito.

5. El ordenamiento puede proteger, no ya los derechos de crédito que un contrato confirió a las partes, sino el contrato que dio origen a dichos derechos. En este caso el ordenamiento pone a salvo la eficacia del contrato del obrar de los terceros que propician su desaparición del ámbito jurídico. Así, por ejemplo, infringen el deber de respeto los terceros que inducen a alguna de las partes a terminar unilateralmente el contrato. Esta protección se fundamenta en que el contrato, en sí mismo, puede representar una posición de ventaja para la parte (p.e. la terminación por inducción a la ruptura contractual impide a la parte afectada ceder el contrato a título oneroso).

Como segunda anotación, considero lógico que *la inoponibilidad impida la imposición del deber de respeto a cargo de los terceros*. Lo anterior, por cuanto el negocio inoponible no puede ser tomado como presupuesto de ninguna norma que contemple un efecto negativo para el tercero (por ejemplo, la que contempla el deber). Así, el tercero podría acudir a la ficción legal de que nunca hubo negocio jurídico (ni los

créditos que este produjo), logrando que se entienda no haber surgido el deber de respeto en cabeza suya.

Como tercera anotación, entendido que la oponibilidad no basta para deducir el deber de respeto en el ordenamiento colombiano, *hay que identificar las normas que permiten su reconocimiento*. Esto es especialmente importante, dado que existen argumentos de peso -que no comparto- para negar su existencia, o por lo menos aminorar considerablemente su alcance. Veamos algunos de estos argumentos:

1. Los arts. 1648 y 1736 C.C., según los cuales el deudor debe ceder al acreedor la acción de perjuicios que aquel tiene contra el tercero que destruyó el bien debido, ponen en cuestionamiento el deber de respeto por el derecho de crédito. Piénsese lo siguiente: si es cierto que el tercero tiene un deber de respeto por el derecho del acreedor, el cual se extinguió con la destrucción del bien debido, ¿por qué la legislación supedita la acción de perjuicios del acreedor a que el deudor se la ceda? ¿No debería el acreedor tener una acción de perjuicios propia?
2. En el derecho colombiano se ha defendido la idea de que los derechos de crédito tienen “oponibilidad” relativa, mientras que solo los derechos reales tienen “oponibilidad” absoluta (este argumento ya fue explicado en el numeral 3.2.1).

Como posible contraargumento frente a este aserto, propongo admitir que en el derecho colombiano también los derechos personales gozan de “oponibilidad” absoluta, según se deduce de nuestra legislación. El Código Civil colombiano dispone que los créditos son *cosas incorporales* (art. 653 y

664 C.C.), y añade que sobre todas las cosas incorporales hay un *derecho de dominio* que puede traditarse (art. 670 y 761 C.C.). El Código remata diciendo que son legitimados para pedir la indemnización de perjuicios “el que es dueño o poseedor de la cosa sobre la cual ha recaído el daño...”, ya sea una cosa corporal o incorporal (art. 2342 C.C.).

De las normas antes citadas se concluye que el *derecho de crédito* solo tiene eficacia respecto del deudor -solo él debe ejecutar la prestación- pero el *derecho de dominio sobre el crédito* se impone sobre los terceros, quienes deberán por tanto respetarlo e indemnizar los perjuicios que irroguen impidiendo su cabal ejecución¹²².

3. En no todos los ordenamientos jurídicos foráneos se da por sentado que exista este deber. En el derecho alemán, ni la ley (§823 BGB) ni la jurisprudencia protegen el contrato contra los terceros. Solo se abrió una pequeña excepción para ciertas conductas que atentan contra las buenas costumbres (*sittenwidrig*), es decir, que suponen un comportamiento extraordinariamente indecente del tercero, contrario a los preceptos elementales de lealtad (la jurisprudencia considera que dicho evento encuadra bajo una norma especial, el §826 I BGB).

En el *common law*, se han incrementado los partidarios de la teoría del *efficient breach of contract*, según la cual debe condonarse el incumplimiento contractual por inducción del tercero *siempre que ello mejore la situación económica*

¹²² Ver WINGTEN, Op. cit., p. 141.

*de las partes y del tercero irruptor*¹²³. Esta última teoría ha sido fuertemente criticada por Hinestrosa¹²⁴, quien afirma que no tiene cabida en un ordenamiento jurídico como el nuestro porque, según él, riñe con sus más elementales fundamentos éticos y humanísticos.

A pesar de los anteriores argumentos, coincido con la doctrina y la jurisprudencia nacionales en la posibilidad de reconocer dicho deber en el derecho colombiano a partir de las normas legales dispersas que protegen al acreedor frente a la conducta de terceros que intentan frustrar la ejecución del derecho de crédito. Como se ha planteado en el presente trabajo, entre dichas normas se encuentra el art. 2491 C.C. sobre el fraude pauliano; el art. 2020 C.C., que impone al adquirente del bien arrendado el “respeto” por el contrato de arrendamiento celebrado sobre el bien; el art. 2343 C.C., que faculta al acreedor para lograr la devolución del provecho que el tercero reportó del incumplimiento doloso del deudor; y el art. 17 de la ley 256 de 1996, que sanciona la inducción a la ruptura contractual (ver numeral 3.2.3). Estas normas son fundamento jurídico suficiente para el reconocimiento del deber de respeto al que la Corte Suprema de Justicia se ha referido varias veces; no es necesario -ni acertado- formular dicho deber a partir de la oponibilidad del negocio jurídico.

¹²³ Esta teoría parte del siguiente ejemplo: si (A) vende su casa a (B), y luego (C) le ofrece un mejor precio por la misma casa, ¿a quién debería cumplir (A)?

Según esta doctrina, es deseable que (A) cumpla a (C) (segundo comprador) y luego compense a (B) los perjuicios ocasionados por el incumplimiento, conservando el excedente. De ese modo, (A) sale *beneficiado*, por cuanto recibió un mayor precio por la casa; (C) sale *beneficiado*, pues obtuvo la casa que deseaba más que el primer comprador; y (B) *no sale perjudicado*, pues quedó en la misma situación a que si el contrato se hubiera ejecutado normalmente, dado que recibió una compensación. Ver BARNETT, Randy E.. *The Oxford introductions to U.S. law. Contracts*. New York: Dennis Patterson, 2010. p. 23.

¹²⁴ HINESTROSA, Op. cit., vol. 2, p. 888.

Como cuarta anotación, considero que *sí es posible predicar la ineficacia del negocio jurídico celebrado entre el tercero cómplice del incumplimiento contractual y el deudor*. Además del régimen del fraude pauliano consagrado en el art. 2491 C.C., que suele invocarse en el estudio de este deber, considero que los arts. 1547 y 1548 C.C. también contemplan una solución cercana a la situación del “tercero cómplice del incumplimiento”. Dichas normas advierten que la enajenación a terceros de los bienes debidos a plazo o a condición suspensivos son ineficaces, siempre que el tercero haya obrado de mala fe (conoció la obligación). Sin embargo, del texto de estas normas no es posible concluir de qué tipo de ineficacia se trata. Sobre este punto hay dos posibilidades interpretativas:

1. Entender que se trata de una revocatoria judicial, en concordancia con el régimen del fraude pauliano (art. 2491 C.C.), como lo sostiene Hinestrosa¹²⁵. De acogerse esta interpretación, que considero la adecuada, la acción prescribiría en 1 año desde la celebración del negocio, y sería necesario demostrar el concilio fraudulento entre el deudor y el tercero cómplice del incumplimiento en el evento que el negocio jurídico celebrado entre ellos fuera oneroso.
2. Se trata de una nulidad absoluta por causa u objeto ilícitos. Lo primero, porque el móvil conocido por ambas partes es el de perjudicar el derecho de crédito del acreedor; lo segundo, por cuanto se contrarió la norma imperativa que instituye el deber de respeto. Considero que esta sanción no es adecuada, dado que el caso del “tercero cómplice” no supone la vulneración de un interés general -reflejado en los conceptos de orden

¹²⁵ HINESTROSA, Op. cit., vol. 2, p. 1020.

público y buenas costumbres- sino un interés particular del acreedor (según se desprende de la terminología utilizada por el legislador en el art. 2491 C.C.)¹²⁶.

Un obstáculo legislativo para defender cualquiera de las anteriores posibilidades interpretativas es que el art. 1873 C.C., que regula la venta de un mismo bien a dos personas diferentes, admite la licitud de ambos negocios jurídicos (je incluso da prevalencia al tercero “irruptor” si a éste se le entrega primero el bien!): “Si alguien vende separadamente una misma cosa a dos personas, el comprador que haya entrado en posesión será preferido al otro; si ha hecho la entrega a los dos, aquel a quien se haya hecho primero será preferido; si no se ha entregado a ninguno, el título más antiguo prevalecerá”.

Estimo que la única forma de armonizar esta norma con las anteriores es entendiendo que el art. 1873 C.C. regula la situación de dos compradores *de buena fe*. Así, si el segundo comprador estuviera de mala fe, es decir, conoció la primera venta, deben aplicarse los arts. 1547 y 1548 C.C. de manera que dicho tercero pierda su derecho, a pesar de que se le haya entregado el bien primero.

Como quinta y última anotación, considero que *al deber de respeto se le debe dar un menor alcance en el contexto de la competencia mercantil*, vale decir, cuando las partes y el tercero son “partícipes del mercado” (en los términos de la ley 256 de 1996 sobre competencia desleal). Esto se debe a que el derecho de la libre competencia está

¹²⁶ Es posible plantear que no se trata de una verdadera ineficacia, sino que los arts. 1547 y 1548 C.C. se refieren a una acción de enriquecimiento sin causa tendiente a la restitución del provecho que el tercero derivó del dolo contractual del deudor (art. 2343 C.C.). En la medida que el deudor incurre en un dolo que resultó beneficioso para el tercero (esté de buena o mala fe, según el artículo), al acreedor se le permitirá solicitar que le sea transferido dicho provecho (el bien debido) a título de reparación in natura.

concebido sobre fundamentos diferentes a los del derecho contractual general. Aquel tiene como prioridad la *contienda* entre competidores para aumentar la eficiencia del mercado y beneficiar a los consumidores, quienes por su parte tienen un *derecho colectivo* a que ello sea así¹²⁷.

Bajo el contexto de la libre competencia mercantil, el contrato no tiene la misma importancia o protagonismo que en el derecho civil, sino que es un instrumento de circulación de bienes y servicios que debe estar alineado con el derecho colectivo a que haya pugna entre los competidores. Por tanto, el contrato celebrado en el derecho de la competencia verá disminuida su protección frente a terceros competidores porque es deseable que quien ofrezca el mejor precio sea quien salga adelante (y no sancionado) en el mercado. En palabras de Hinestroza, hoy se defiende la idea de que “la autonomía privada no es de por sí un valor, sino que apenas puede serlo, y dentro de ciertos límites, si responde y en cuanto responda a un interés merecedor de tutela”, bajo el entendido que el negocio jurídico “ya dejó de ser el centro de las relaciones económico-sociales”¹²⁸.

Dicho lo anterior, considero que en el ámbito mercantil el deber de respeto ha de entenderse estrictamente circunscrito a lo prevenido en el art. 17 de la Ley 256 de 1996, que contempla la inducción a la ruptura contractual en el contexto de la competencia. Dicha norma restringe al alcance del deber de respeto al imponer requisitos precisos para poder comprometer la responsabilidad del tercero. Por ejemplo, se necesita que éste tenga “fines concurrentiales”, y que además su irrupción tenga por objeto “...la expansión de un sector industrial o empresarial”,

¹²⁷ La ley 472 de 1998 sobre acciones populares y de grupo dispone en su artículo 2º que “son derechos e intereses colectivos, entre otros, los relacionados con: (...) i) **la libre competencia económica...**”

¹²⁸ HINESTROSA, Op. cit., vol. 1, p. 245.

o vaya “acompañada de circunstancias tales como el engaño, la intención de eliminar a un competidor del mercado u otros análogos”. Por fuera de esta precisa prohibición, no debe reconocerse responsabilidad alguna del tercero, ni la ineficacia de los negocios jurídicos que celebró con la parte contractual.

V. CONCLUSIONES

1. La teoría de la oponibilidad se ocupa de determinar las circunstancias en que un hecho jurídico es apto para producir consecuencias jurídicas que se consideran desfavorables para un sujeto, sin que éste sea competente para desconocer el acaecimiento del hecho y la producción de dichas consecuencias.
2. La oponibilidad representa una posición de *incompetencia jurídica* de desconocer el acaecimiento de un hecho jurídico, la cual viene implícita en el razonamiento jurídico mismo: todos los hechos jurídicos deben considerarse acontecidos para todo el mundo. Por lo tanto, la oponibilidad es una figura jurídica innecesaria, que se limita a describir la *ausencia de inoponibilidad* (figura ésta que sí es jurídicamente relevante y excepcional).
3. La inoponibilidad comporta una facultad jurídica excepcional para hacer operar una ficción legal de que un hecho jurídico no aconteció, y de que las normas que lo contemplan no se activaron en contra de un sujeto. El ejercicio de esta facultad no apareja la aniquilación del hecho oponible. Además, el sujeto protegido bien puede no hacer uso de la facultad y acogerse a los efectos negativos que el hecho desencadena por regla general.
4. La teoría de la oponibilidad se ocupa tanto de la situación jurídica de las partes como de la de los terceros, contrario a lo que entiende la doctrina y la

jurisprudencia colombianas. En este sentido, una parte *opone* a la otra el hecho contractual cuando hace efectivo su derecho de crédito, lo que no redunda con el principio de normatividad de los negocios jurídicos.

5. No quedan dentro del ámbito de aplicación de la teoría de la oponibilidad los supuestos en los que no hay hecho oponible; ni los que implican la aniquilación *erga omnes* del hecho oponible tras el ejercicio de la facultad de protección conferida al sujeto; ni los desarrollos en torno al deber de respeto por el contrato o crédito ajenos.
6. A pesar de que el deber de respeto no se fundamenta en la oponibilidad, y de que no hay una norma expresa que lo contemple, existen varias disposiciones legales, desarrollos jurisprudenciales y planteamientos de la doctrina nacional y extranjera que permiten su reconocimiento y adecuada delimitación en el derecho contractual colombiano y en el derecho de la libre competencia mercantil.

VI. JURISPRUDENCIA

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-345 de 2017. Exp. D-11758. M.P. Alejandro Linares Cantillo.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-621 de 2003. Exp. D-4450. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-957 de 1999. Exp. D-2413. M.P. Dr. Álvaro Tafur Galvis.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 1 de febrero de 2006. Exp. 1997-01813-01. M.P. Dr. Manuel Isidro Ardila Velásquez.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 1 de julio de 2008. Exp. 2001-00803-01. M.P. Dr. William Namén Vargas.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 15 de agosto de 2006. Exp. 08001-31-10-003-1995-9375-01. M.P. Dr. César Julio Valencia Copete.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 26 de abril de 1995. Exp. 4193. M.P. Dr. Héctor Marín Naranjo.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 26 de agosto de 1947. M.P. Dr. Álvaro Leal Morales.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 27 de noviembre de 2008. Exp. 11001-3103-020-2002-00026-01. M.P. Edgardo Villamil Portilla.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 29 de diciembre de 2008. Exp. 15001-31-03-003-1996-08158-01. M.P. Dr. Arturo Solarte Rodríguez.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 30 de noviembre de 1994. Exp. 4025. M.P. Dr. Héctor Marín Naranjo.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 4 de marzo de 1996. Exp.: 4751. M.P. Pedro Lafont Pianetta.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 6 de agosto de 2010. Ref.: 05001-3103-017-2002-00189-01 Radicación nº 05001-31-03-010-2011-00338-01. M.P. Dr. César Julio Valencia Copete.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia SC3201-2018 del 9 de agosto de 2018. Radicación nº 05001-31-03-010-2011-00338-01. M.P. Dr. Ariel Salazar Ramírez.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia SC9184-2017 del 28 de junio de 2017. Radicación 11001-31-03-021-2009-00244-01. M.P. Dr. Ariel Salazar Ramírez.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 26 de agosto de 1938. M.P. Dr. Liborio Escallón.

VII. BIBLIOGRAFÍA

ABELIUK MANASEVICH, René. *Las obligaciones*. 4 ed. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile y Editorial Temis S.A., 2001.

BARNETT, Randy E.. *The Oxford introductions to U.S. law. Contracts*. New York: Dennis Patterson, 2010.

BIANCA, Cesare Massimo. *Derecho civil. El contrato*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007.

CASTRO DE CIFUENTES, Marcela. Derecho de las obligaciones. Con propuesta de modernización. Tomo I. 2 ed. Bogotá: Editorial Temis S.A., 2015.

CASTRO DE CIFUENTES, Marcela. Derecho de las obligaciones: tomo I. Bogotá: Editorial Temis S.A., 2009. Vol. 1.

DE LORENZO, Miguel Federico. Contrato que daña a terceros, terceros que dañan al contrato. Líneas de una evolución histórica y jurisprudencial. En: Revista de Responsabilidad Civil y Seguros. Noviembre, 2007, vol. 9, no. 11.

DIEZ-PICAZO, Luis. Fundamentos del derecho civil patrimonial. Introducción a la teoría del contrato. 5 ed. Madrid: Editorial Civitas, 1996.

EL RAJAB, Dima. *L'opposabilité des droits contractuels. Étude de droit comparé français et libanais*. París, 2013. Tesis doctoral (Doctor en derecho privado). *Université Panthéon-Assas. École doctorale de droit privé*.

GAVIRIA GÓMEZ, Juan Carlos. El principio de oponibilidad del negocio jurídico y su incidencia en el ámbito de la responsabilidad civil (pendiente de publicación).

GHESTIN, Jacques y BILLIAU, Marc. *Traité de Droit Civil. Les Obligations - Les effets du contrat*. París: *Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence*, 1992.

HINESTROSA, Fernando. Tratado de las obligaciones II. De las fuentes de las obligaciones: el negocio jurídico. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2015. Vol. 1.

HINESTROSA, Fernando. Tratado de las obligaciones II. De las fuentes de las obligaciones: el negocio jurídico. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2015. Vol. 2.

LARROUMET, Christian. *Droit Civil. Les Obligations*. Parte 1, tomo III. París: *Économica*, 1986.

QUINTERO, Beatriz y PRIETO, Eugenio. Teoría General del Derecho Procesal. 4 ed. Bogotá: Editorial Temis S.A., 2008.

RAMÍREZ BAQUERO, Édgar. La ineficacia en el negocio jurídico. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2008.

SCOGNAMIGLIO, Renato. Teoría general del contrato. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1996.

SUESCÚN MELO, Jorge. Derecho privado: Estudios de derecho civil y comercial contemporáneo, tomo I. 2 ed. Bogotá: Legis Editores S.A., 2003.

SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES. Oficio 220-012370 del 23 de Febrero de 2012 (emitido en respuesta al derecho de petición con número de radicado 2012- 01-013873).

TAMAYO LOMBANA, Alberto. Manual de Obligaciones. Teoría del acto jurídico y otras fuentes. 6 ed. Bogotá: Editorial Temis S.A., 2004.

TERRÉ, François, SIMLER, Philippe y LEQUETTE, Yves. *Droit civil. Les obligations*. 10 ed. Paris: *Éditions Dalloz*, 2009.

VELASQUEZ GÓMEZ, Hernán Darío. Estudio sobre obligaciones. Bogotá: Editorial Temis S.A., 2010.

WINGTEN, Robert. *Étude Critique de la Notion D'Opposabilité. Les effets du contrat à l'égard des tiers en droit français et allemand*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 2004.