



**Conservación del negocio jurídico: análisis crítico de la nulidad parcial y la
conversión del negocio jurídico.**

Autor
Valentina Rodríguez Soto

Director
Nicolás Pajaro Moreno

Para optar por el título de abogado.

**Facultad de Jurisprudencia
Jurisprudencia
Universidad del Rosario**

Bogotá - Colombia

2025

Resumen: El presente artículo de investigación estudia las dos manifestaciones principales del principio de conservación del negocio jurídico en el derecho colombiano: la nulidad parcial y la conversión del negocio jurídico. Mediante un estudio sistemático de distintas fuentes de derecho se analizan los requisitos necesarios su procedencia.

Asimismo, se sostiene que, aunque ambas figuras comparten la misma base teórica, son autónomas y tienen requisitos y efectos diferenciados. Así, se descarta la posibilidad de afirmar que son equivalentes o que una de ellas sea la consecuencia automática de la otra. Luego, se recalca la relevancia del criterio subjetivo de cada una en consonancia con el principio de la autonomía de la voluntad privada.

Palabras clave: nulidad parcial, conversión del negocio jurídico.

Abstract: This research article studies two of the main manifestations of the principle of conservation of the contract in Colombian law: partial nullity and contractual transformation. Through a systematic study of multiple legal sources, it analyzes the requirements for the application of both legal figures.

Also, this article argues that although these figures share the same foundation, they are autonomous and possess different requirements and effects. This way, it rejects the possibility of affirming that they are equivalent or that one or another is the automatic consequence of the other. Likewise, it emphasizes the relevance of the subjective criteria according to the principle of private autonomy.

Key Words: partial nullity, contractual transformation.

I. Introducción

A la hora de estudiar las diferentes instituciones jurídicas existentes en el ordenamiento jurídico colombiano, resulta perfectamente válido sostener que el contrato es una de las manifestaciones más emblemáticas, si no la más relevante. Su importancia es de tal magnitud que no es de extrañar que cualquier individuo - incluso si es ajeno al estudio de las ciencias jurídicas- asocie el concepto de contrato con la práctica del derecho.

Por lo general, se tiene la errada percepción de que el contrato es un acto sumamente complejo y solemne, el cual goza de múltiples etapas exhaustivas para su celebración. Si bien, para algunos tipos contractuales, la ley sí exige la ejecución e inclusión de ciertos requisitos o formalidades para su conformación y perfeccionamiento, esto no necesariamente sucede en todos los casos. Tal es así que es posible afirmar que todas las personas que viven en sociedad celebran y ejecutan contratos en su día a día, sin siquiera ser conscientes de que lo están haciendo.

A modo de ejemplo, es oportuno hacer alusión a diferentes actividades que las personas realizan cotidianamente, y que, en realidad, implican la celebración de negocios jurídicos. No es necesario recurrir a los actos más complejos para evidenciar lo que se afirma. Es suficiente con referirse al café que se compra en las mañanas en la cafetería de preferencia o a disfrutar de una película en una plataforma digital. Ambos escenarios representan contratos, en el primer caso, existe una compraventa de un bien mueble – a saber, el café-, mientras que, en el segundo, será necesario que previamente se hayan aceptado determinados términos y condiciones que serán vinculantes para las partes.

De este modo, se pone en evidencia que la celebración de un contrato no siempre debe verse inmersa en la ejecución de formalidades exhaustivas, ni necesariamente involucra un “*escrito*” que deba ser firmado por las partes. Ahora bien, como se mencionó anteriormente, también es cierto que existen distintos tipos contractuales. Por ende, dentro de ese extenso campo de posibilidades, sí es posible encontrar categorías contractuales que requieran del despliegue de determinadas formalidades para que dicho negocio jurídico se entienda perfeccionado.

La noción de contrato proviene del latín *contractus*. De acuerdo con el *Diccionario de la lengua española*, el contrato se refiere a aquel “pacto o convenio, oral o escrito, entre partes que se obligan sobre materia o cosa determinada, y a cuyo cumplimiento pueden ser compelidas” (Real Academia Española, 2014, párr. 1). No obstante, esta definición puede resultar un tanto genérica y simplista, por lo que se procederá a ahondar brevemente en este asunto.

El contrato, tal y como se puede apreciar en la definición previa, se encuentra inherentemente vinculado con la creación de obligaciones. Es posible definir una obligación como aquel vínculo jurídico a través del cual una persona adquiere el derecho de exigirle a otra un comportamiento de dar, hacer o no hacer. Es entonces, el contrato y las obligaciones que surgen con el mismo, una herramienta útil para los seres humanos, a través de la cual pueden satisfacer sus necesidades, deseos e incluso, es posible afirmar que es fundamental para sobrevivir en sociedad.

La legislación colombiana, en particular en el artículo 1494 del Código Civil, otorgó al contrato la calidad de fuente de obligaciones. De tal forma que, en compañía del cuasicontrato, la ley (en adición al artículo 411 *Ibidem*), el delito y cuasidelito (en

concordancia con el presente artículo y los artículos 2341 y siguientes) y el enriquecimiento sin causa (L.153/1997), se le otorga tal carácter a los contratos o convenciones como el resultado del concurso de voluntades de dos o más personas. Seguidamente, el mismo cuerpo legal en el artículo 1495 optó por definir el contrato como un “acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser de una o de muchas personas” (Congreso de la República, 1873). En síntesis, se destaca que la intención principal del legislador fue la de conceder al contrato la facultad de generar obligaciones.

Casi un siglo más tarde, y tras la expedición del Código de Comercio, se define el concepto de contrato de una forma que, a mi juicio, resulta más completa y acertada. En este cuerpo normativo, el legislador reitera la definición de contrato como un acuerdo entre dos o más partes que tiene como finalidad constituir, regular o extinguir relaciones jurídicas de carácter patrimonial. Sin embargo, complementa dicho concepto al establecer, salvo estipulación en contrario, en qué momento y lugar se entiende celebrado dicho negocio jurídico (Congreso de la República, 1971, art. 864).

Ahora bien, no tendría sentido alguno realizar el intento de definir el contrato sin hacer referencia al principio de autonomía de voluntad privada. A través de este, las partes involucradas en un negocio jurídico o, en su defecto, una de ellas, contraen obligaciones con el objetivo de satisfacer una necesidad o manifestar una intención. Dicho acuerdo surge precisamente de la aparente e inequívoca voluntad de celebrar un negocio jurídico. El principio de la autonomía de la voluntad privada es, en últimas, la representación material de la facultad que se le ha dado a los individuos de autodeterminar las obligaciones que contraen.

La Corte Constitucional (2006, pág. 9), en su vasto y detenido estudio en la materia, ha definido este principio como:

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

Empero, no basta con el mero hecho de que las partes en ejercicio de la autonomía de la voluntad privada opten por celebrar un negocio jurídico para que este surta los efectos jurídicos propios del mismo. Existen distintos escenarios, sobre los cuales se hará referencia más adelante, en los que el ordenamiento jurídico sanciona al negocio jurídico defectuoso e impide que surta efectos.

Bajo este entendido, válidamente surgen diversos cuestionamientos con respecto a la persistencia del contrato en el tiempo, tales como: ¿Qué ocurre cuando un negocio jurídico presenta algún vicio o defecto? ¿Cuáles son los requisitos que debe satisfacer un contrato para que pueda desplegar los efectos propios del mismo? ¿Existe algún límite para las partes a la hora de autodeterminar el alcance de las obligaciones contraídas entre sí? ¿Existen formas de evitar que, ante la existencia de un defecto castigado con la ineficacia del negocio jurídico, el mismo se conserve?

El presente artículo de investigación abordará brevemente el concepto de ineficacia del negocio jurídico, en donde se ahondará a grandes rasgos dos de las especies de ineficacia: la nulidad y la inexistencia. De esta forma, se estudiarán los supuestos fácticos necesarios para la declaración de la nulidad absoluta y relativa. Seguidamente, y en lo que concierne al

tema central del escrito, se analizarán principalmente dos figuras derivadas del principio de conservación del negocio jurídico, a saber, la nulidad parcial y la conversión del negocio jurídico.

Es por esto por lo que, a la luz de lo anteriormente mencionado, se sostendrá que a pesar de que la nulidad parcial y la conversión del negocio jurídico persiguen un fin común, esto es, salvaguardar la voluntad de las partes y la eficacia del contrato, son figuras autónomas, independientes y diferenciadas. De ahí que, se hará referencia a que tienen bases legales y efectos distintos, de forma que no pueden ser equiparadas ni se puede afirmar válidamente que una constituya el efecto automático de la otra.

Anudado a lo anteriormente mencionado, se explicarán las razones por las cuales se estima improcedente sostener que la conversión del negocio jurídico puede ser uno de los efectos de la declaración de la nulidad parcial. Con el objetivo de desarrollar la presente tesis se explicarán a detalle dichos conceptos, se realizará un análisis doctrinal y jurisprudencial en la materia, se ahondará en las similitudes y diferencias de las dos figuras jurídicas y se realizará una crítica sobre la materia.

Estas cuestiones, las cuales serán abordadas a continuación, no tienen como objetivo imponer las reflexiones presentadas, sino que el verdadero objetivo del presente artículo consiste en invocar en el lector la necesidad de investigar más allá de lo que será expuesto. Asimismo, se busca poner en evidencia el poco desarrollo que el marco jurídico colombiano, y particularmente, la jurisprudencia colombiana le ha otorgado a este tema.

II. La ineficacia en el ordenamiento colombiano

Como fue anticipado, existen ciertos escenarios en los que un negocio jurídico es celebrado por las partes y, a pesar de que estas presumen su eficacia, el mismo contiene un defecto de tan importante relevancia que genera la imposibilidad del negocio de producir efectos jurídicos. Este fenómeno ha sido adoptado por nuestra legislación como la ineficacia de los negocios jurídicos. En sentido estricto y literal, ineficacia significa *falta de eficacia* o, en otras palabras, *la imposibilidad de producir el efecto esperado*. El ordenamiento jurídico ha dispuesto que son tres las especies de ineficacia: la nulidad absoluta, la nulidad relativa y la inexistencia.

En este sentido, la consecuencia principal de la ineficacia es que las obligaciones contraídas por las partes en determinado contrato no gozarán del mismo carácter de obligatoriedad que aquellas que han sido contraídas en un negocio plenamente eficaz. Esto, puesto que dicho negocio no posee la capacidad de producir efectos jurídicos.

En atención a dicha posibilidad, el ordenamiento jurídico colombiano, primeramente, a través del Código Civil, consagró en su *Título XX*, artículos 1740 y siguientes, la figura de la nulidad del contrato. Allí definió el concepto de nulidad como cualquier acto o contrato que no contiene alguno de los requisitos que la ley ha establecido para los mismos (Congreso de la República, 1973). Asimismo, realizó una diferenciación de los tipos de nulidades existentes.

Sin embargo, previo a proceder con el necesario análisis de los tipos de nulidades existentes en el ordenamiento jurídico, resulta pertinente realizar una corta pero fundamental explicación de los elementos necesarios para que se predique la existencia de un contrato. Se

entenderá que un contrato ha nacido a la vida jurídica cuando coexisten los requisitos de consentimiento, capacidad, objeto y causa lícita.

El primero de estos requisitos, es decir, el *consentimiento*, ha sido definido como aquel acuerdo de voluntades entre las partes de un negocio jurídico, el cual deberá ser completamente libre e inequívoco. El mismo, deberá tener como propósito generar obligaciones y dependerá del vínculo contractual escogido por las partes el alcance de estas, es decir, si dicho contrato obligará a ambas partes o únicamente a una de ellas.

No obstante, no puede desconocerse que en la práctica acontecen eventos que interfieren gravemente con la configuración del consentimiento. Por esta razón, el artículo 1502 del Código Civil colombiano dispone que para que exista un vínculo que obligue a una persona con otras, se requiere, entre otros, que consienta dicho acto y que dicho consentimiento se encuentre libre de vicios. En concordancia con ello, el artículo 1508 del mismo cuerpo normativo establece que los vicios del consentimiento son el *error*, *la fuerza* y *el dolo* (Congreso de la República, 1973).

En torno a esta cuestión, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín (2025, pp. 12) recordó sentencia de la Corte Suprema de Justicia en la que se estableció que:

La ley no solamente reconoce la facultad que tienen los particulares para regular en gran parte sus relaciones jurídicas mediante manifestaciones privadas de voluntad, sino que también dispone de los mecanismos adecuados para protegerlos contra su propia ignorancia, y principalmente, contra el fraude y la violencia de que pueden ser víctimas al hacer uso de la referida facultad. Por este motivo, para todo acto jurídico no solamente se requiere que los agentes otorguen voluntariamente

su consentimiento, sino que también se exige que lo hagan con cierto grado de conciencia y de libertad, fuera de lo cual el acto existe, pero queda viciado de nulidad; es decir, que no adolezca de ciertos vicios, cuya presencia destruye esa libertad y conciencia que la ley presupone en el agente o agentes al reconocerles poder suficiente para crear, modificar o extinguir relaciones jurídicas.

Por consiguiente, a pesar de que el ordenamiento ha otorgado a las partes plena libertad para contratar, también ha establecido rigurosamente los límites respecto de dicho acuerdo de voluntades. Si bien, este tema reviste de gran relevancia y los escenarios fácticos en los que el consentimiento puede verse viciado son numerosos, no resulta pertinente para los fines del presente artículo enfatizar en aquellos supuestos en los que un contrato se encuentra viciado por dolo, error o fuerza.

De esta manera, y prosiguiendo con los requisitos necesarios para la existencia del contrato, la *capacidad* de los contratantes constituye el segundo de ellos. A lo largo de la historia, el concepto de capacidad ha atravesado por múltiples entendimientos y, afortunadamente, ha evolucionado hacia una definición más garantista y, a mi parecer, más apropiada. A manera de recuento histórico, durante un largo periodo de tiempo en el ordenamiento jurídico colombiano las mujeres casadas, las personas en condición de discapacidad auditiva o visual y aquellos que, en los términos propios de la época eran considerados dementes, eran calificadas como incapaces.

Ahora, el concepto de capacidad ha adquirido un entendimiento dual interesante. Por un lado, se entiende como capaz aquella persona que posee la aptitud de ser titular de derechos y obligaciones, y por el otro, es capaz aquel que pueda obrar válidamente por sí mismo en el ámbito jurídico. Es así como, en la actualidad es válido afirmar que existe una

regla general, la cual contempla que todas las personas gozan de plena capacidad para celebrar negocios jurídicos, salvo los impúberes. En consecuencia, únicamente las personas menores de catorce años son considerados incapaces absolutos. Bajo este mismo sentido, se estiman como incapaces relativos los menores de edad mayores de catorce años, pero menores de diez y ocho años (Congreso de la República, 1873).

Finalmente, se hará referencia a los dos requisitos restantes. Acudiendo a fines prácticos, se ha optado por unirlos en una misma explicación. Esto, responde a que ambos comparten la licitud como atributo principal. En primer lugar, resulta pertinente aclarar que el objeto del contrato son las obligaciones, de esta manera, cuando se habla de este requisito, se hace referencia a que el objeto de la obligación deberá ser lícito. Dicho en otras palabras, el objeto responde a la prestación a la que una parte se compromete voluntariamente una vez celebra el contrato y, el mismo, deberá existir, ser posible y versar sobre cosas comerciales, lícitas y determinables.

En observancia de los artículos 1519 y 1523 del Código Civil, será ilícito aquel objeto que contravenga al derecho público y todo contrato prohibido por las leyes (Congreso de la República, 1873). En segundo lugar, la causa del contrato es aquella motivación que fundamenta la celebración del contrato. Es decir, las razones que incitaron a los contratantes a efectivamente decidir contratar. De esta forma, habrá causa ilícita cuando dichas motivaciones sean contrarias a la ley, las buenas costumbres o el orden público.

Una vez han sido analizados los requisitos necesarios para predicar la existencia de un contrato, corresponde estudiar el castigo que el ordenamiento jurídico ha determinado para aquel negocio jurídico que adolece de algún defecto.

a. La nulidad absoluta

La nulidad absoluta, representa la sanción más severa que puede aplicarse a un negocio jurídico que, a la luz del ordenamiento legal, sufre de una imperfección. Por lo general, el defecto contenido es de tal magnitud y gravedad que suele contrariar el interés general. El régimen normativo colombiano ha desarrollado y definido este tipo de nulidad principalmente en dos instrumentos. El primero de ellos, y el más antiguo de los dos, es el Código Civil. Por lo que, su artículo 1741 predica que habrá nulidad absoluta del negocio jurídico en aquellos casos en los que *i)* exista en el contrato objeto o causa ilícita *ii)* se haya omitido alguno de los requisitos o formalidades que la ley ha determinado para el valor de ciertos actos o contratos de conformidad con su naturaleza y *iii)* cuando una de las partes que ha celebrado el acto o contrato es incapaz absoluto (Congreso de la República, 1873).

Por su parte, el Código de Comercio, también contempló la posibilidad de declarar nulo absoluto un contrato. Es por esto por lo que, en ese sentido, el artículo 899 establece que existirá nulidad absoluta del negocio jurídico cuando *i)* contraría una norma imperativa *ii)* contenga causa u objeto ilícito y *iii)* cuando una de las partes que lo haya celebrado tenga la calidad de incapaz absoluto (Congreso de la República, 1971).

Para efectos del presente artículo, se entenderá que existe nulidad absoluta por las causas que fueron expuestas con anterioridad, salvo por aquella que predica que esta sanción será procedente cuando haya omitido alguno de los requisitos o formalidades que la ley ha determinado para el valor de ciertos actos o contratos de conformidad con su naturaleza. Esto, pues este presupuesto se valorará como la inexistencia del contrato, no necesariamente su

nulidad, teniendo en cuenta que para que un negocio jurídico pueda ser considerado como nulo, es esencial que exista.

Una vez se ha esclarecido el concepto de nulidad absoluta, es preciso hacer referencia a quienes la ley les ha otorgado la facultad de alegarla. Sobre esto, tal y como fue mencionado con anterioridad, este tipo de nulidad posee la cualidad de ser aquella que contraría el interés general y, en consecuencia, su declaración podrá ser solicitada por cualquier persona que posea o acredite un interés legítimo.

Es por esto por lo que el Código Civil, dispuso en su artículo 1742 que la nulidad absoluta no sólo puede, sino que debe ser declarada de oficio si el juzgador se percató de la existencia de esta o, en palabras del legislador “cuando aparezca de manifiesto en el acto o contrato” (Congreso de la República, 1873). Es decir que no será necesario que quienes celebraron el negocio jurídico que se encuentra viciado de nulidad soliciten su declaratoria ante un juez para que el mismo pueda ser declarado nulo absoluto. Asimismo, y bajo esta misma lógica, cuando se percate que dicho contrato es contrario al interés de la moral o la ley, es posible solicitar su declaratoria ante el Ministerio Público.

Ahora bien, una vez declarada la nulidad absoluta del negocio jurídico, surge el cuestionamiento de cuáles serían los efectos o consecuencias de dicha declaración. De conformidad con lo mencionado con anterioridad, la nulidad es una de las especies de la ineficacia y, en consecuencia, ese negocio no producirá efecto alguno. No obstante, la cuestión no es del todo sencilla. Es perfectamente factible que previo a la declaración de la nulidad absoluta, algunas prestaciones contenidas en el negocio jurídico nulo hayan sido ejecutadas.

Es precisamente por esta posibilidad que el legislador previó que la providencia que contenga la declaración de la nulidad absoluta sobre un acto o contrato tendrá como resultado el *i)* efecto de cosa juzgada y *ii)* dará el derecho a las partes de ser restituidas mutuamente (Congreso de la República, 1873 art. 1746). Sobre este primer punto, y en términos generales, la cosa juzgada hace referencia a que cuando exista identidad de partes, asunto y objeto, la cuestión declarada por el juez quedará en firme y será definitiva.

Ahora bien, en lo respecta al hecho de que será necesario la realización de restituciones mutuas, estimo conveniente realizar algunas precisiones. Esto, pues a pesar de que este asunto es un efecto de la nulidad absoluta, el mismo tiene ciertos presupuestos que ayudarán con su comprensión. El primero de ellos radica en que la providencia declaratoria de nulidad absoluta producirá efectos retroactivos. Así, el fin último de la declaración de nulidad es afirmar que el contrato no gozó de validez y, por tanto, no poseía la facultad de producir efectos. En consecuencia, el resultado de esta afirmación es que las cosas deben retornar al estado en el que se encontraban previa celebración del negocio jurídico nulo.

No obstante, es factible que el contrato aún no haya comenzado a ejecutarse y que, por tanto, las partes no hayan desplegado las prestaciones establecidas en el negocio jurídico. A manera de ejemplificación, propongo imaginar un supuesto en el que se ha celebrado un contrato de promesa de compraventa respecto de un bien inmueble que se encuentra embargado. Dentro del contrato, se pactó la fecha, hora y lugar en donde se celebraría el contrato de compraventa y se determinó con minuciosidad el inmueble objeto del contrato. Sin embargo, una vez llegada la fecha en la cual las partes debían presentarse en la notaría escogida para celebrar el contrato de compraventa, el promitente comprador no se presentó.

En consecuencia, el promitente vendedor instaura una demanda en contra del promitente comprador alegando que este último ha incumplido el contrato de promesa de compraventa y solicita que se le ordene a su contraparte el cumplimiento de este. Supongamos que el promitente comprador no alega que el contrato es nulo, sino que es el juez, quien de oficio declara la nulidad de este. Bajo este supuesto, la argumentación del juez debería ser que dicho contrato celebrado entre las partes se encuentra viciado de nulidad.

Teniendo en cuenta que la naturaleza y finalidad de una medida cautelar como lo es el embargo sobre un bien inmueble, es precisamente la de excluir dicho bien del comercio y, de esta forma, restringir o impedir que el mismo sea objeto de negocios jurídicos que trasladen su propiedad a otro sujeto, no será posible predicar la validez de este. Reviste de absoluto sentido declarar la nulidad absoluta de dicho negocio jurídico y como consecuencia declarar las restituciones mutuas entre las partes.

Sin embargo, se propone suponer, únicamente para efectos ilustrativos, que ninguna de las partes incurrió en ningún tipo de inversión económica o desgaste para la celebración del contrato de promesa de compraventa. En este caso, el juez no deberá decretar que se realice ningún tipo de restitución mutua, pues las partes se encuentran en las mismas condiciones en las que se habrían encontrado en caso de nunca haber celebrado dicho contrato.

Finalmente, no es posible desarrollar el concepto de nulidad absoluta e ignorar completamente que la misma puede ser saneada o ratificada. Así, de conformidad con el Código Civil, en aquellos casos en los que la nulidad no proviene de objeto o causa ilícita

podrá ser ratificada por las partes y en todo caso, por prescripción extraordinaria. En palabras de Jiménez Valderrama (2022, pág. 91):

El Código Civil establece que la ratificación necesaria para sanear la nulidad cuando el vicio del contrato es susceptible de este medio, puede ser expresa o tácita (art. 1752). Para que la ratificación expresa sea válida, deberá hacerse con las solemnidades a que por la ley está sujeto el acto o contrato que se ratifica (art. 1753); la ratificación tácita es la ejecución voluntaria de la obligación contratada (art.1754); ni la ratificación expresa ni la tácita serán válidas si no emanan de la parte o partes que tienen derecho a alejar la nulidad (art. 1755) y no vale la ratificación expresa o tácita de quien no es capaz de contratar (art.1756).

b. La nulidad relativa

Ahora bien, para dar continuidad con la siguiente clase de nulidad reconocida por el ordenamiento jurídico, se procederá con una breve explicación de la llamada nulidad relativa o anulabilidad del acto o contrato. Inicialmente, la base jurídica de esta figura se encuentra contenida en el artículo 1741 del Código Civil, en donde el legislador contempló la posibilidad de que cualquier otro vicio distinto a los que describió como propios de la nulidad absoluta sea tenido en cuenta como nulidad relativa. (Congreso de la República, 1873).

Luego, el Código de Comercio en su artículo 900 especificó con mayor desarrollo cuales son los tipos de vicios que conforman un negocio jurídico anulable (entiéndase también como nulo relativo). De esta forma, cuando el negocio jurídico haya sido celebrado

por un incapaz relativo o el consentimiento de alguna de las partes se encuentre viciado por error, fuerza o dolo será considerado nulo relativo. (Congreso de la República, 1971).

Con el objetivo de no generar confusión en el lector, se considera que la metodología más adecuada para desarrollar este tipo de nulidad es compararla con la nulidad absoluta. Así, en la nulidad relativa la legitimación en causa por activa es considerablemente más restrictiva que la de la nulidad absoluta. Esto, pues únicamente podrán alegarla los contratantes, sus herederos o cesionarios. Asimismo, a diferencia de la nulidad absoluta, no puede ser declarada de oficio por parte del juez, sino que será necesario que las partes soliciten su declaración.

Por otro lado, conviene referirnos al funcionamiento del saneamiento de este tipo de nulidad. En este punto, tanto la nulidad absoluta como relativa pueden ser saneadas por su ratificación, ya sea expresa o tácita, así como también, se saneará la nulidad por el paso del tiempo. Para el caso de la nulidad absoluta la ley contempló el término de prescripción extraordinaria, es decir, 10 años. (Congreso de la República, 1873). Sin embargo, para la nulidad relativa el Código de Comercio y el Código Civil han establecido distintos plazos.

Así, la ley mercantil estableció un plazo un tanto corto en comparación a la civil, puesto que para la primera se tendrá en cuenta un plazo de dos años contados a partir de la fecha de celebración del negocio jurídico. Adicionalmente, también se contempló el escenario en el que la nulidad se produjera por la incapacidad relativa de uno de los contratantes, caso en el cual, se contará dicho término a partir de que dicha incapacidad haya cesado. (Congreso de la República, 1873). El resultado esperado de que el negocio sea saneado es precisamente que produzca los efectos que, de haber sido declarada la nulidad, no habría desplegado dicho acto o contrato.

Luego, los efectos de la declaratoria de este tipo de nulidad no varían significativamente, pues al igual que en la nulidad absoluta habrá lugar a las restituciones mutuas, el contrato perderá su eficacia y dicha declaración producirá efectos retroactivos. Finalmente, se considera pertinente mencionar que, la razón de ser, la cual sustenta el hecho de que la nulidad relativa sea más flexible que la absoluta recae sobre el tipo de interés que cada una de ellas protege.

Por un lado, la nulidad absoluta busca salvaguardar el interés general, mientras que, por el otro, la nulidad relativa tiene como pilar la protección del interés particular. De ahí, se sobre entiende que a pesar de que ambas pertenecen a la categoría de nulidad, su finalidad es completamente distinta y, por tanto, sus características también deben variar.

c. Inexistencia del contrato

El concepto de ineficacia ha venido desarrollándose a lo largo del tiempo y, a su vez, se han desatado diversas conversaciones en la jurisprudencia y la doctrina con respecto a la inexistencia del acto jurídico. Particularmente, el Código de Comercio contempló la posibilidad de que los actos jurídicos pudiesen ser ineficaces tanto por la nulidad absoluta y relativa, como por la inexistencia. (Congreso de la República, 1971).

Por otro lado, como se mencionó con anterioridad, el Código Civil dispuso como supuesto para la configuración de la nulidad absoluta de un acto o contrato, la ausencia u omisión de alguno de los requisitos o formalidades esenciales de conformidad con la ley para el mismo. No obstante, el artículo 898 del Código de Comercio al referirse a este punto, no dispuso la omisión de los requisitos de ley para la formación del acto o contrato o la ausencia

de uno de los requisitos esenciales del mismo, como causal de invalidez sino como causal de inexistencia del negocio jurídico. (Congreso de la República, 1971).

A saber, la lógica detrás de dicho precepto jurídico se fundamenta en el hecho de que para que un acto o contrato pueda ser considerado nulo, es necesario que el mismo exista. En otras palabras, no puede ser declarado nulo un contrato que ni siquiera ha nacido a la vida jurídica. Cuando las partes de un negocio jurídico tienen la intención de celebrar un contrato de compraventa de un bien inmueble y, en el contrato, no pactan el precio correspondiente al mismo, las partes están omitiendo uno de los requisitos esenciales para la existencia del contrato. Por tanto, no debería ser declarado nulo, sino que su defecto radica simplemente en que nunca existió.

En resumen, la manera más acertada de aproximarse a los conceptos de nulidad absoluta e ineficacia es entender que habrá nulidad absoluta en los casos en los que el contrato sea celebrado por un incapaz absoluto, cuando contenga causa u objeto ilícito o contrarie una norma imperativa. En sentido contrario, se predicará la inexistencia de un acto o contrato cuando no reúna los requisitos esenciales para su formación o se haya omitido alguna de las solemnidades sustanciales que la ley ha previsto para su configuración.

Este fenómeno perfectamente podría ameritar un escrito completo con relación a cómo ha sido abordado por la jurisprudencia, su entendimiento a través de la doctrina y cuáles podrían ser las consecuencias de aquel acto o contrato inexistente. Sin embargo, para efectos del presente artículo de investigación dichos asuntos no serán abordados.

III. Mecanismos de conservación del negocio jurídico

a) El principio de conservación del negocio jurídico y su reconocimiento en el ordenamiento jurídico colombiano.

Como se explicó con anterioridad, a pesar de que no cabe duda de que la legislación ha sido severa al castigar a aquellos negocios jurídicos que padecen de vicios que los hacen ineficaces también es pertinente hacer referencia a algunas figuras que se han contemplado en el ordenamiento jurídico, que actúan como herramientas para rescatar o salvar el negocio jurídico viciado de nulidad.

Bajo este entendido, el principio de conservación del negocio jurídico es la manifestación del *favor contractus*. A través de este, se privilegia “la protección de la supervivencia del contrato en los eventos que existen dudas o ambigüedades sobre su aplicación o en los eventos de vicios que no se trasladan a todo el negocio jurídico” (Corte Constitucional, 2017, párr.79). Este precepto resulta de gran relevancia, puesto que permite al juzgador, en determinados escenarios, darle prevalencia a la voluntad de las partes y su intención de contraer un vínculo jurídico.

Si bien existen diferentes modalidades en las que este principio se manifiesta en el ordenamiento jurídico, como se anticipó en el escrito introductorio del presente artículo, se ha optado por desarrollar únicamente dos de ellas, a saber: la nulidad parcial y la conversión del negocio jurídico.

D) La nulidad parcial como manifestación del principio de conservación del negocio jurídico.

Una de las grandes manifestaciones del principio de conservación del negocio jurídico es la posibilidad de declarar la nulidad parcial del contrato. Aunque en términos generales, esta figura podría catalogarse como una clase de nulidad, se optó por no incluirla en el apartado en donde se desarrollaron los conceptos de nulidad absoluta y relativa. Esto debido a que la nulidad parcial, en realidad, podría ser definida como una subcategoría de la nulidad que, en lugar de afectar a todo el negocio jurídico, únicamente invalida uno o varios apartados que se encuentran viciados de nulidad.

Uno de los referentes normativos más relevantes a la hora de hacer referencia a esta figura es el artículo 902 del Código de Comercio, el cual predica que “la nulidad parcial de un negocio jurídico, o la nulidad de alguna de sus cláusulas, solo acarreará la nulidad de todo el negocio cuando aparezca que las partes no lo habrían celebrado sin la estipulación o parte viciada de nulidad” (Congreso de la República, 1971).

Según se desprende de la cita anterior, el ordenamiento jurídico ha optado por brindar una alternativa bastante interesante para evitar prescindir del negocio jurídico en su totalidad cuando exista una nulidad. A grandes rasgos, y después de una rápida lectura de la norma, podría entenderse que los requisitos necesarios para que se pueda proceder a la aplicación de la nulidad parcial de un contrato serían, por un lado, que exista un negocio jurídico en el que alguna de sus cláusulas sea considerada nula, y por el otro, que dicha parte viciada de nulidad no revista una relevancia o importancia para las partes tan alta que podrían haber optado por celebrar el negocio jurídico sin la parte nula.

Así, ante la falta de desarrollo jurisprudencial sobre la materia, vale la pena resaltar el esfuerzo de algunos doctrinantes en analizar el alcance de esta figura. En primer lugar, es pertinente hacer referencia a Felipe Suescún de Roa (2009), quien realizó un estudio en el que plantea la cuestión de si, ante la existencia de una cláusula abusiva, sobre la cual se ha desarrollado jurisprudencialmente que debe declararse su nulidad, es necesario que la nulidad afecte la totalidad de dicho contrato o únicamente la cláusula abusiva.

Para abordar dicho problema jurídico, el autor consideró esencial que:

Deben quedar intactos los elementos indispensables del negocio jurídico, una vez sea extraída de la cláusula nula. El vicio no ha de recaer, entonces, en un elemento esencial del contrato sino en uno accesorio, puesto que mediante la nulidad parcial del negocio jurídico no se puede afectar la estructura total y unitaria del mismo. En segundo lugar, el contenido del negocio ha de ser divisible [...] Igualmente, la voluntad de las partes suele ser considerada como un tercer requisito para que el operador jurídico opte por la nulidad parcial. (Suescún de Roa, 2009, pp. 12-13).

En este punto, es apropiado acudir a ejemplificaciones en las que se ha declarado la nulidad parcial de una o más cláusulas de un negocio jurídico. El primer ejemplo corresponde a la sentencia STC15484-2019 de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria, en donde se resuelve acción de tutela en segunda instancia en contra del Juzgado Doce Civil del Circuito de Bogotá. En esta, la accionante estimaba que le fue vulnerado su derecho fundamental al debido proceso en el trámite que

resolvió la demanda por incumplimiento del contrato de compraventa de establecimiento de comercio que fue celebrado entre ella y su contraparte.¹(Corte Suprema de Justicia, 2019).

En dicho caso, las partes involucradas celebraron un contrato de compraventa de establecimiento de comercio en donde se prestaban servicios de belleza. En el contrato, además de las prestaciones esenciales y propias de un contrato de compraventa, las partes acordaron que la vendedora entregaría a la compradora los estados financieros, libros contables y demás documentos actualizados del establecimiento. Asimismo, debía dar por finalizadas las relaciones laborales de todos los trabajadores que se encontraban contratados para prestar los servicios propios de dicho establecimiento de comercio. Una vez cumplidas estas obligaciones, la compradora procedería con el pago del saldo restante correspondiente a la suma de diez millones de pesos colombianos (Corte Suprema de Justicia, 2019).

Tiempo después, la vendedora instauró una demanda en la que alegó el incumplimiento por parte de la compradora, y declaró que esta le adeudaba aquella suma condicionada al cumplimiento de las obligaciones pactadas en el contrato. Al respecto, y después de que ambas partes apelaran la decisión del *a quo*, el *ad quem* estimó que la compradora había incumplido el contrato y le ordenó el pago de la obligación debidamente indexada (Corte Suprema de Justicia, 2019).

Ahora bien, la relevancia de esta providencia se sustenta en que el despacho cuestionado declaró la nulidad de las dos disposiciones que condicionaban el pago de la suma restante, y sobre la cual, la vendedora alegó el incumplimiento de la compradora. Por un lado, en lo que respecta a la obligación contenida en la cláusula tercera literal *b*) de dicho acuerdo,

¹ Al respecto, el Tribunal Superior Sala Civil de Bogotá, decidió negar la acción de tutela puesto que no encontró motivos suficientemente fundados para sustentar la presunta vulneración del derecho fundamental al debido proceso alegada por la accionante.

correspondiente a la obligación de dar cese a los vínculos laborales de los trabajadores contratados, el *ad quem* estimó que dicha disposición resultaba contraria a normas imperativas contempladas en el Código Sustantivo del Trabajo ²(Corte Suprema de Justicia, 2019).

Por otro lado, en lo que respecta a la exigencia referente a entregar a la compradora todos los registros contables del establecimiento de comercio, el despacho recordó el oficio expedido por la Cámara de Comercio (oficio visto a folio 134 del CD 1) en donde se concluyó que, de conformidad con el artículo 515 del Código de Comercio, los establecimientos de comercio, al carecer de personalidad jurídica, no contraen obligaciones y, por tanto, no están supeditados a llevar libros de comercio. Sobre esto, el juzgador explicó que la obligación de llevar la contabilidad de los negocios recae sobre los comerciantes, no sobre los establecimientos de comercio (Corte Suprema de Justicia, 2019).

Por lo anterior, el juzgador consideró adecuado declarar la nulidad parcial de dichas cláusulas por ser contrarias a normas imperativas y, por lo tanto, se conservó el negocio jurídico celebrado por las partes. De esta forma, se concluyó que las obligaciones contenidas en el contrato no eran exigibles a la vendedora. En consecuencia, en sede de tutela, la Corte confirmó el fallo en primera instancia proferido por el Tribunal Superior, Sala Civil de Bogotá y resaltó que no existía una vía de hecho, puesto que en efecto el *ad quem* del proceso

² Al respecto, el artículo 61 del Código Sustantivo del Trabajo, contempla los motivos por los cuales un contrato de trabajo se da por finalizado, y a pesar de que sí hace referencia a la liquidación o clausura de la empresa o establecimiento, en el presente caso dicho supuesto no tiene lugar, puesto que lo que sucedió fue que se vendió el establecimiento de comercio. Por consiguiente, en concordancia con el artículo 67 *ibidem* la figura que debía operar sería la sustitución del empleador.

verbal de incumplimiento del contrato realizó un análisis correcto, razonable y conforme a derecho. (Corte Suprema de Justicia, 2019).

Ahora bien, bajo esta misma línea, es pertinente traer a colación el fallo proferido por la Superintendencia de Sociedades bajo el número de radicado 2019-800-00203. En este se estudió el caso de un administrador de una sociedad que presuntamente había violado su deber de lealtad al celebrar múltiples actos y contratos que se encontraban en el marco de conflictos de interés. Dentro del acervo probatorio presentado, se evidenció que este, en su calidad de administrador de la sociedad, había celebrado negocios jurídicos con otra sociedad en la que él mismo figuraba como único accionista y representante legal (Superintendencia de Sociedades, 2019).

Adicionalmente, suscribió un contrato de hipoteca abierta sin límite de cuantía con una entidad bancaria, a través del cual arbitrariamente optó por incluir como avalada a la sociedad en la cual figuraba como representante legal y único accionista. Esto, con el único objetivo de que dicha hipoteca beneficiara también a esta sociedad. Así, evidentemente:

Contaba con un interés económico subjetivo propio en Opecom S.A.S. La confluencia de ambos intereses en cabeza del señor Navia Cújar, evidentemente interesado en obtener utilidad en Opecom S.A.S., pero también interesado en Estación de Servicio Horizonte S.A.S., aunque en menor proporción, lo dejó incurso en la hipótesis regulada en el numeral 7 del artículo 23 de la ley 222 de 1995. En efecto, esta circunstancia, de acuerdo con las consideraciones expuestas en los acápites precedentes de esta sentencia, al ser, además de administrador, socio y representante legal de su cocontratante, es un hecho de la suficiente entidad como

para comprometer su juicio objetivo o al menos para que, en teoría, se pueda suponer razonablemente que ello sería así. (Superintendencia de Sociedades, 2019, pp. 6-7).

Vale la pena aclarar que la sociedad en la cual figuraba como representante legal y único accionista no tenía ningún vínculo directo con el inmueble objeto de hipoteca. Dicha hipoteca tenía como finalidad respaldar las obligaciones crediticias que la sociedad dueña del inmueble adquiriera; no obstante, incluir cláusulas que no sólo garantizaban estas obligaciones crediticias sino también las correspondientes a las de un tercero, implicaría una carga que no correspondía a la sociedad ni tenía ningún sustento. Sobre esto, la Superintendencia de Sociedades optó por acudir a la declaración de la nulidad de todas aquellas cláusulas que involucraran a esta tercera sociedad sobre la cual evidentemente recaía un conflicto de intereses por parte del administrador (Superintendencia de Sociedades, 2019).

El contrato de hipoteca no fue declarado con nulidad absoluta teniendo en cuenta que el mismo en sí era totalmente válido. Lo anterior se fundamenta en que, aunque contenía cláusulas que no eran válidas, el mismo había nacido a la vida jurídica con una causa y objeto lícito. Bajo esta misma lógica, tampoco existía motivo alguno para argumentar la inexistencia del contrato, pues todos los requisitos y formalidades necesarios para su existencia se encontraban plenamente satisfechos. De hecho, la Delegatura adujo que no existían razones que permitieran inferir que dicho contrato en sí pudiera nublar el juicio del administrador, puesto que sobre este no recaía ningún interés propio (Superintendencia de Sociedades, 2019).

Los casos anteriormente mencionados son claros ejemplos de cómo opera la nulidad parcial de un negocio jurídico en la práctica del derecho. La intención final de esta figura es

precisamente la de conservar el negocio jurídico y únicamente extraer aquello que está viciado. En últimas, las razones por las cuales se eliminaron esas cláusulas tienen que ver con que sólo esas cláusulas son nulas absolutas. Entonces estos casos son ejemplos de nulidad parcial.

Nótese cómo en dichas circunstancias fácticas las cláusulas que fueron retiradas de los contratos no hacían parte de la esencia de los tipos contractuales, sino que eran meramente accesorias. Tampoco se trataba de cláusulas que, a pesar de no ser parte esencial del negocio jurídico, resultaban determinantes para las partes a la hora de haber celebrado dicho contrato.

Sobre este último punto, se procederá a realizar una breve reflexión. Al efectuar un análisis literal de la norma del Código de Comercio, que abre la puerta a la aplicación de la nulidad parcial de un contrato, se evidencia que la misma no brinda muchas luces sobre su alcance y entendimiento. Surge entonces el cuestionamiento sobre cómo debe ser el análisis del juzgador para determinar la relevancia de dicha cláusula para las partes.

Al respecto, podrán ser argumentadas principalmente dos reflexiones. Algunos podrán sostener que, en virtud del principio de conservación del negocio jurídico, siempre y cuando el mismo no se vea sustancialmente afectado en alguno de sus requisitos esenciales, se debe optar por la declaración de la nulidad únicamente sobre la cláusula que se encuentra viciada. Es decir, que bastará únicamente con que la nulidad no afecte los elementos esenciales del contrato.

No obstante, se estima que dicha tesis carece de fundamento jurídico y desconoce el criterio subjetivo o voluntarista que dispuso el legislador en el artículo 902 del Código de

Comercio. En contrario a esta posición, se puede sostener que la finalidad última de la norma es imponer que la voluntad de las partes y este es, en últimas, el criterio determinante para la procedencia de la nulidad parcial. Así, a pesar de que el apartado nulo resulte perfectamente extraíble del negocio jurídico celebrado, sólo procederá cuando se evidencie que la cláusula no hubiese sido determinante para la celebración del contrato.

Sin intenciones de desatar una discusión en torno a si la regla general ante un escenario de nulidad de alguna de las cláusulas del contrato deberá ser la nulidad absoluta o la parcial, sí es necesario retomar la definición que, de forma muy acertada, Diez-Picazo brinda sobre el conflicto que surge en la materia del requisito de la voluntad de las partes. Sobre esto, deja en evidencia la tensión que se crea entre el principio de la autonomía de la voluntad privada y el principio de conservación del contrato (Diez Picazo, 2012).

Si bien, la nulidad parcial es una de las manifestaciones de este último principio, a la hora de definir en qué casos es procedente, será necesario dar preponderancia a la autonomía de la voluntad privada de las partes que celebraron el contrato. De esta forma, en palabras del autor “a menos de que se demuestre que las partes quisieron o hubieran querido el contrato sin la parte nula, la nulidad debe ser total. La carga de argumentar y probar la voluntad de conservación corresponde a quien sostenga esta pretensión” (Diez Picazo, 2012, p. 456).

La Corte Suprema de Justicia en providencia STC12593-2018, al confirmar el fallo proferido por el Tribunal Superior Sala Civil de Bogotá respecto del laudo arbitral dictado por el Tribunal de Arbitramento de la Cámara de Comercio de Bogotá, aborda precisamente la importancia del criterio subjetivo. El laudo arbitral, el cual

fue objeto de insatisfacción por una de las partes del litigio, optó por declarar la nulidad absoluta del contrato de aporte a futuro celebrado por las partes. Este negocio jurídico tenía como objeto el desarrollo de un complejo urbanístico en un inmueble, mediante un mecanismo fiduciario³. (Corte Suprema de Justicia, 2018).

De esta forma, las partes acordaron una cláusula que contempló que, una vez se constituyera la fiducia, se le otorgaría al promotor el 25% de los derechos fiduciarios. El Tribunal de Arbitramento, una vez estudiado el tipo contractual escogido por las partes y el contenido de la cláusula, concluyó que la misma era abusiva por los motivos que estimó en la providencia. (Corte Suprema de Justicia, 2018)

Ahora bien, lo realmente importante de esta providencia para el presente artículo es que el Tribunal resaltó el hecho de que a pesar de que el tratamiento que se le suele dar a las cláusulas abusivas no es *per se* la nulidad del contrato, para este caso en específico se:

Puede apreciar que la cláusula fue esencial en la negociación, porque sin ella la Demandada no estaba dispuesta a celebrar el contrato. De esta manera, a la luz del artículo 902, debe concluirse que el contrato debe anularse en su totalidad”. (Corte Suprema de Justicia, 2018)

Así, a través de la providencia, se puede evidenciar la tesis sostenida con anterioridad, mediante la cual en todos los casos será necesario que se acredite el elemento subjetivo para la procedencia de la declaración de la nulidad parcial de alguna de las

³ De esta forma, “las partes constituirían un patrimonio autónomo al que R.Q. le transferiría la propiedad del predio, y en contraprestación, la empresa contratante aportaría su trabajo, personal y recursos económicos, para el plan maestro, diseño, construcción, comercialización, administración y gerencia del mencionado proyecto hasta su finalización”. (Corte Suprema de Justicia, 2018)

cláusulas. De lo contrario, no será posible aplicar el artículo 902 del Código de Comercio. (Corte Suprema de Justicia, 2018).

En último lugar, están quienes incluso han llegado a sostener que la figura de la nulidad parcial no debería ser aplicada en ninguna circunstancia. Lo anterior, teniendo en cuenta que el contrato debe entenderse como un instrumento unitario en virtud del cual se busca la:

Consecución de intereses, según la voluntad de los contratantes y su autónoma decisión ni puede ser eficaz en cuanto una parte de su contenido e ineficaz en cuanto a otra, porque ello significa mutilar la distinción de la autonomía privada y crear una reglamentación que no responde a ni a la voluntad de las partes ni a sus intereses. (Diez-Picazo, 2012, p. 455).

No obstante, esta afirmación no solo resulta contraria al ordenamiento jurídico colombiano, bajo el entendido que la posibilidad de aplicar la nulidad parcial fue reconocida y positivizada en la ley mercantil, sino que atenta contra la seguridad jurídica de los contratantes. Los sujetos de derecho que han confiado en el ordenamiento jurídico para satisfacer sus intereses a través de diversos tipos contractuales deben tener la seguridad jurídica de que, ante un eventual escenario de nulidad, en la medida de lo posible, se procurará salvaguardar su voluntad y los fines sociales y económicos para los cuales han decidido contratar.

Bajo este entendido, no es posible desconocer que la nulidad parcial en términos prácticos resulta una herramienta sumamente útil para salvaguardar aquel negocio jurídico

que pudo haber sido condenado a su ineficacia. No obstante, se considera fundamental resaltar que la labor del juzgador es crucial para los fines prácticos de esta figura jurídica.

Es por esto por lo que se reitera que los esfuerzos con respecto al entendimiento de la nulidad parcial no deberían concentrarse en la determinación de si la misma constituye una excepción o la regla general de nulidad, sino que el fondo del asunto sin duda alguna es el de exaltar que el juzgador deberá en todos los casos buscar la salvaguarda de los negocios jurídicos celebrados por las partes. De esta forma, al enfrentarse a tal escenario su labor deberá ser la de estudiar el caso intentando salvarlo de la nulidad absoluta.

Exclusivamente con fines ilustrativos utilizaré una analogía que estimo puede ser de gran ayuda para el lector e incluso para el juzgador que deba resolver este tipo de asuntos. El negocio jurídico o contrato deberá ser pensado como un plato culinario, en el cual a través de una receta se tienen ingredientes esenciales que hacen que dicho plato sea identificado como lo que es. Adicionalmente, también podrán existir ingredientes accesorios que, a consideración de quien realice la receta, podrán ser añadidos, omitidos o sustituidos sin que el plato pierda su identidad.

La nulidad parcial del contrato funciona de forma similar. Para que un negocio jurídico sea considerado como tal deberá satisfacer determinados requisitos esenciales para su existencia y validez. Adicionalmente, las partes en ejercicio de su autonomía de la voluntad privada pueden considerar pertinente agregar estipulaciones que no son esenciales para la identidad de dicho negocio jurídico, sino que, por el contrario, son meramente accesorias y prescindibles. Entonces, bajo la presente analogía culinaria, aparentemente no existirá mayor inconveniente si se decide eliminar alguno de esos ingredientes accesorios, puesto que se mantendrá la calidad y estructura del plato.

Sin embargo, no basta con que alguno de los ingredientes pueda ser eliminado de dicha receta por ser accesorio, sino que, además, se deberá tener en cuenta la intención de quien ha decidido preparar el plato. Esto, debido a que posible que esa persona haya optado por preparar ese plato exclusivamente porque disfruta de la combinación de este con ese ingrediente accesorio y, por tanto, es determinante para su elección. De esta forma, es perfectamente válido asumir que, si por alguna circunstancia no fuera posible hacer uso de ese ingrediente, se habría optado por prescindir de dicha preparación.

Lo mismo sucede con las cláusulas accesorias de un negocio jurídico que se encuentren viciadas de nulidad, puesto que puede existir el escenario en el cual las partes hayan estimado que una cláusula accesorio a ese negocio jurídico es de tal relevancia que, sin la misma, no habrían celebrado el negocio jurídico por cuanto ello alteraría su sentido.

En consecuencia, se deja en evidencia la importancia de la concurrencia del criterio objetivo como subjetivo. En lo que respecta al primero, el ingrediente o cláusula no deberá ser de los esenciales para la receta o contrato, y, además, deberá ser divisible. Ahora bien, en cuanto al segundo, será necesario estudiar la razón de ser del ingrediente o disposición contractual, de forma que, si resulta indispensable subjetivamente para quien lo ha determinado, no tendrá ningún sentido continuar con la receta o negocio jurídico y se deberá prescindir del mismo.

Finalmente, a manera de reflexión, es necesario hacer mención de que el juez deberá ser extremadamente cauteloso a la hora de estudiar este último criterio. Esto, pues no deberá permitir que una de las partes, de forma malintencionada, excuse su incumplimiento de un negocio jurídico en el que la cierta cláusula se encuentra viciada de nulidad y que este la

estimaba como fundamental. Así, deberá existir un verdadero trabajo hermeneútico en el que se procure llegar a la voluntad, evidentemente hipotética, de las partes.

II) La conversión del negocio jurídico como manifestación del principio de conservación del negocio jurídico

Posterior al estudio de la primera de las manifestaciones del principio de conservación del negocio jurídico, a saber, la nulidad parcial, es menester adentrarse en la segunda de las posibilidades. Es por esto por lo que se procederá con el estudio de la conversión o transformación del negocio jurídico. Esta figura, se encuentra positivizada en el artículo 904 del Código de Comercio, en donde se establece que un contrato que sea considerado como nulo “podrá producir los efectos de un contrato diferente, del cual contenga los requisitos esenciales y formales, si considerando el fin perseguido por las partes, deba suponerse que éstas, de haber conocido la nulidad, habrían querido celebrar el otro contrato”. (Congreso de la República, 1971, art. 904).

Esta herramienta jurídica constituye la alternativa más garantista en términos del saneamiento o salvaguarda la voluntad de las partes. A través de esta, es posible que, ante la inminente nulidad del negocio jurídico celebrado, se acuda a un tipo negocial distinto al inicialmente convenido. Es decir que, existirá una alteración de tipo negocial siempre y cuando se entienda que las partes de haberse percatado de la nulidad del negocio jurídico escogido habrían optado por celebrar un contrato de distinta naturaleza contractual que permita satisfacer el fin perseguido.

Ahora bien, al igual que como sucede con la nulidad parcial, la conversión del negocio jurídico carece de un amplio desarrollo jurisprudencial y tiene su base legal principalmente en el precepto legal contenido en la ley mercantil. Es por esto por lo que, para proceder con el análisis de los presupuestos que deberán concurrir para su procedencia, es necesario realizar una lectura de la norma. Al tenor del artículo 904 del Código de Comercio es posible concluir que son tres los presupuestos necesarios.

Así, se debe partir de un escenario en el cual *i)* exista un contrato celebrado por las partes que sea nulo *ii)* que el contrato, a su vez contenga los requisitos esenciales y formales de un tipo negocial diferente y *iii)* que las partes de haber tenido conocimiento de que el primer contrato sería nulo habrían optado por el otro tipo negocial. (Congreso de la República, 1971).

La doctrina, a su vez, también se ha ocupado de desglosar los presupuestos necesarios para que opere la conversión del negocio jurídico. Por un lado, Luis Carlos Gamboa Morales recoge la tesis de Massimo Bianca, quien expresa que se requiere la concurrencia de cuatro elementos:

- 1) La nulidad del contrato; 2) la idoneidad de los efectos jurídicos modificados, para satisfacer, en buena medida, los intereses de las partes; 3) la presencia, en el contrato estipulado, de los requisitos necesarios para producir los diferentes efectos jurídicos; 4) la ignorancia de las partes acerca de la invalidez del contrato estipulado. (Gamboa, 1965, citado en Bianca, 2007).

Marco Gerardo Monroy (1965), adoptó una visión semejante a la que fue adoptada en el presente artículo a la hora de establecer los requisitos de la nulidad parcial. A saber,

distinguió los presupuestos en criterios, o en sus términos, dos condiciones: una objetiva y una subjetiva. Por un lado, especificó que la condición objetiva consiste en que los requisitos existentes que resultan insuficientes e inadecuados para el primer negocio jurídico sean los necesarios para el segundo negocio. Asimismo, refirió que dicha condición subjetiva se entiende como una voluntad hipotética, en donde sea admisible suponer que las partes, de haber conocido la invalidez del primer negocio, hubiesen querido celebrar el segundo.

Para efectos prácticos, se estima apropiado acoger la última de las interpretaciones presentadas, y, en consecuencia, entender que para la procedencia de esta figura deberán concurrir simultáneamente el criterio objetivo como el subjetivo. El objetivo, como la existencia de un contrato nulo que contenga los requisitos esenciales y formales del otro tipo negocial y, el subjetivo, recaerá sobre la voluntad de las partes y los fines sobre los cuales decidieron contratar.

De esta forma, independientemente del tipo contractual que las partes hayan escogido inicialmente y sobre el cual celebraron el negocio jurídico principal, en el escenario en que el mismo se encuentre afectado por un vicio que resulte en su nulidad, se podrán extender los efectos de una tipología contractual distinta. Al respecto, vale la pena ahondar sobre cómo se determina realmente la finalidad de las partes.

Así, sin intención de tornar este asunto un tanto repetitivo, es posible afirmar que el fin último de la norma es darle primacía a la autonomía de la voluntad privada de las partes sobre las formalidades, las cuales, por lo general invaden nuestro sistema jurídico. De esta forma, se pone en acción que *in contractibus rei veritas potius quam scriptura perspici debet* o, en los contratos se debe atender más bien a la verdad de la cosa que a lo escrito.

Bajo este entendido, será fundamental la labor del juez al buscar determinar cuál fue la verdadera intención de las partes a la hora de celebrar el negocio jurídico inicial. En su actuar, deberá tener especial cautela en no incurrir en el error de asumir un rol de parte que no le corresponde. Así, deberá velar porque la:

Intención real de los artífices del negocio respectivo, sea fidedignamente interpretada -y de paso respetada- y de ninguna manera mancillada, o sea, adulterada o falsificada, so capa de buscar, equivocada y forzadamente, la supuesta intención de los que han contratado o de identificar el tipo contractual y de fijar su hipotético alcance, sin percatarse que procediendo de esa cuestionada manera la conculcan y, por consiguiente, a modo de irresoluta secuela, distorsionan el acuerdo negocial, ora porque recortan su extensión, ora porque la aumentan o, incluso, porque lo truequen. (Corte Suprema de Justicia, 2000. Sección “*Consideraciones*”).

En este punto, no existirá escenario alguno en el que se pueda alegar la aplicación del artículo 904 del Código de Comercio si resulta evidente que la finalidad de las partes no puede verse satisfecha con el segundo contrato. No sobra recalcar que evidentemente, la voluntad aludida es hipotética, puesto que, si las partes se hubiesen percatado de dicha nulidad no habrían optado por celebrar el negocio jurídico.

IV. Nulidad parcial y conversión del negocio jurídico: distinción conceptual y autonomía funcional

Una vez esclarecidos los presupuestos que, con base la jurisprudencia y la doctrina en la materia, se estiman necesarios para la configuración de cada una de

estas figuras jurídicas, a saber, la nulidad parcial y la conversión del negocio jurídico, se estima pertinente realizar algunas reflexiones. Tal y como fue mencionado en el apartado introductorio del acápite que precede, tanto la nulidad parcial como la conservación del negocio jurídico, han sido reconocidos en el ordenamiento jurídico colombiano como manifestaciones del principio de conservación del negocio jurídico.

No obstante, sí se estima enriquecedor traer a colación el punto de vista adoptado por el ex magistrado de la Corte Constitucional, Marco Gerardo Monroy Cabra, quién al estudiar la conversión del negocio jurídico, realiza una crítica, la cual considero parcialmente acertada. El jurista, manifiesta que, a su criterio, el concepto de conservación “implica el *“permanecer”* del negocio jurídico, y en cambio la conversión supone precisamente lo contrario, o sea el *“cambiar”* del negocio jurídico aprovechando los elementos del primero” (Marco Gerardo Monroy, 1965).

Debe aceptarse que esta posición no resulta del todo ilógica. Por el contrario, si se acude al sentido literal del concepto de conservación, reviste de una alta coherencia. No obstante, también es cierto que, esta tesis desconoce abiertamente el reconocimiento que, en múltiples providencias, la Corte Suprema de Justicia ha otorgado a la conversión del negocio jurídico como manifestaciones del principio de conservación del negocio jurídico.

Con la intención de encontrar un punto medio en esta discusión, se procederá a fusionar el criterio de Monroy con el entendimiento que la jurisprudencia ha dado a esta figura. Así, es también factible sostener que a la luz de la conversión del negocio jurídico sí se busca su conservación. Aunque sí bien el negocio jurídico sufre de una mutación y, por tanto, no se conserva en sentido estricto el tipo contractual inicialmente convenido por las partes, la conservación no radica en el título o nomenclatura contractual del mismo, sino que

la conservación gira en torno a la intención o el fin práctico que las partes buscaron satisfacer a través de la celebración de dicho contrato.

De esta forma, se deja en evidencia la similitud principal entre la nulidad parcial y la conversión o transformación del negocio jurídico. A saber, ambas instituciones tienen la misma base jurídica: el principio de la conservación del contrato. En consecuencia, el fin último de ambas instituciones es el de evitar que un negocio jurídico que estaba condenado a la nulidad sea sancionado con la misma, o, en otras palabras, se previene que la nulidad destruya el negocio jurídico.

Sin embargo, no debe confundirse cada una de ellas, puesto que bajo ningún supuesto podrán ser consideradas equiparables. Por un lado, la nulidad parcial busca invalidar únicamente alguna o algunas de las partes del contrato, mientras que la conversión del negocio jurídico transforma el contrato nulo en otro diferente del cual contenga los requisitos esenciales y formales para su existencia y validez.

Es decir, por un lado, en la nulidad parcial se conserva el negocio jurídico convenido por las partes y, por tanto, el único cambio estructural se manifiesta a través de la eliminación de determinados apartados. Por otro lado, la conversión del negocio jurídico no tiene como finalidad mantener el mismo tipo contractual, sino que tal y como su nombre lo indica, se busca que, en razón a la finalidad de las partes, se transforme dicho contrato en otro que sí tenga la capacidad de desplegar efectos jurídicos. Así, aunque en ambos escenarios las partes se enfrentan a la sanción de nulidad, en la parcial sólo se afecta una parte del acto siempre que la misma pueda ser separada del resto del contrato, Por su parte, en la conversión todo el acto está afectado de nulidad. (Monteagudo, M, 2019).

Ahora bien, aunque pueda resultar redundante, el estudio de los efectos o consecuencias de la declaración de una u otra figura sí resulta crucial para el entendimiento de estas figuras. Mal haría el juzgador en declarar la conversión de un negocio jurídico cuando perfectamente ha podido aplicar la nulidad parcial sobre una de sus cláusulas. Sobre este punto, es posible que surjan confusiones, las cuales, trataran de ser resueltas a continuación.

El primero de los supuestos que puede ocurrir es que en un mismo negocio jurídico se estime procedente la aplicación de ambas instituciones jurídicas. Caso semejante fue resuelto por el Tribunal Arbitral del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá a través del laudo proferido el 05 de diciembre de 2018.

En esta providencia, se estudia el contrato de cesión de derechos litigiosos celebrado por las partes en el marco de un proceso ejecutivo promovido por la parte demandada en sede arbitral. Dichos derechos se encontraban exclusivamente relacionados con determinado bien inmueble que, en virtud del proceso ejecutivo, se encontraba secuestrado y embargado. Para esto, las partes pactaron que el demandante pagase una suma de dinero, mientras que la parte demandada otorgaría al demandante el derecho de recibir tanto los cánones de arrendamiento de dicho inmueble como sus frutos. (Tribunal Arbitral del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio, 2018).

No obstante, el despacho de conocimiento del proceso ejecutivo negó la petición del cesionario al estimar que, teniendo en cuenta que se trataba de un proceso ejecutivo en el que ya se había expedido auto que ordenaba seguir adelante con la ejecución, la cesión de derechos litigiosos no tenía lugar. En razón a esto, el cesionario solicitó a la cedente que se procediera con la cesión del crédito. En respuesta, la parte cedente le ofreció un “*cruce de*

cuentas” y le informó que dejaría de recibir los cánones de arrendamiento. (Tribunal Arbitral del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio, 2018).

Si bien, en el laudo arbitral se resuelven múltiples problemas jurídicos, para efectos del presente escrito se considera pertinente ahondar exclusivamente sobre dos de ellos. El primero de estos, cuestiona la cesión de derechos litigiosos celebrada entre las partes. Por un lado, se pone de presente que, de conformidad con la jurisprudencia nacional, al tratarse de un proceso ejecutivo, no se cuenta con uno de los puntos esenciales para la tipología contractual escogida, a saber, no se pone de presente un evento incierto de la *litis*. (Tribunal Arbitral del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio, 2018).

Por otro lado, el Tribunal Arbitral procedió con el análisis del hecho que la presunta cesión de derechos litigiosos versó exclusivamente sobre un bien inmueble y, como constaba en el contrato, la cedente mantendría sus derechos litigiosos sobre todos los demás inmuebles distintos al descrito por las partes. De tal forma que, teniendo en cuenta dichas consideraciones, el Tribunal estimó que:

Entre las partes no se podría haber realizado un contrato de cesión de derechos litigiosos por mucho que así lo sostenga la convocada en su contestación y sus alegatos y lo pretenda refrendar su representante legal, principalmente porque desde la celebración del contrato era claro que no había un evento incierto que le diera materialidad a ese negocio jurídico en los términos previstos en el artículo 1969 de Código Civil.

Puestas en este punto las cosas, la conclusión a la cual llega el Tribunal es que el instrumento del 18 de septiembre de 2012, que constituye la especie de esta *litis*, no

contiene una cesión de derechos litigiosos sino una cesión de crédito que operó a favor del convocante, que la misma es válida y vinculante para las partes. (Tribunal Arbitral del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio, 2018, pp. 25).

De esta forma, el Tribunal aplicó la conversión del negocio jurídico para salvaguardar el fin práctico y último de las partes. Así, estimó que el mismo podría verse satisfecho a través de una cesión de crédito. Seguidamente, el Tribunal declaró la nulidad parcial de una de las cláusulas del contrato convertido. En particular aquella que hacía referencia a los cánones de arrendamiento del inmueble, teniendo en cuenta que se encontraba embargado. De manera que dicha disposición resultaba plenamente separable del resto del contrato, optó por conservar el negocio y únicamente declarar la nulidad de dicha cláusula. (Tribunal Arbitral del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio, 2018).

Nótese como, en el caso que precede, ambas figuras jurídicas encontraron lugar, sin embargo, ninguna de ellas fue el efecto automático de la otra. Así, el Tribunal primero aplicó la figura de conversión a un negocio que, en sentido literal, estaba condenado a no surtir efectos. Luego, sobre el negocio ya convertido, declaró la nulidad parcial de una de sus cláusulas.

Ahora bien, otro posible escenario que podría llegar a generar una mayor confusión con respecto a la coexistencia de estas instituciones jurídicas sería aquel en el que la cláusula que podría llegar a considerarse nula parcial sea aquella que permita identificar que las partes habrían querido celebrar un negocio jurídico diferente. Sobre este punto, a mi juicio, no podría afirmarse que de dicha nulidad parcial puede derivarse la conversión del negocio jurídico.

Lo anterior, tiene fundamento en la naturaleza de la nulidad parcial, puesto que, si dicha cláusula resultare de tan alta relevancia para las partes, que incluso, pudiera demostrar su intención de haber celebrado otro negocio jurídico distinto al escogido, no se estaría dentro de los supuestos necesarios para la procedencia de la nulidad parcial. Esto, de conformidad con lo expuesto con anterioridad, en donde se recalcó la obligatoriedad de que la disposición que pudiese ser declarada nula parcialmente no haya sido determinante para la celebración de dicho negocio jurídico. Caso en el cual, procederá la declaración de la nulidad sobre todo el negocio jurídico, no únicamente sobre una de sus cláusulas.

Ahora bien, sobre este último supuesto sí podría existir el escenario de que, una vez descartada la posibilidad de acudir a la figura de nulidad parcial, el juez, buscando conservar la finalidad práctica de las partes, extienda los efectos de otro tipo negocial. De esta forma, lo que habría sucedido se podría resumir en que: *i)* el juez, en busca que salvaguardar la eficacia y la finalidad de las partes haya analizado el contrato y estudiado la posibilidad de declarar la nulidad únicamente sobre la cláusula afectada *ii)* una vez identificada la relevancia de la cláusula, se determine que el contrato es nulo en su totalidad y *iii)* con el objetivo de conservar el negocio jurídico acude a la conversión de este y le traslada los efectos propios del mismo.

V. Conclusiones

El análisis desarrollado en el presente escrito permite sostener que la nulidad parcial y la conversión del negocio jurídico constituyen manifestaciones del principio de conservación del negocio jurídico que, a su vez son autónomas e independientes. De forma que sus presupuestos, estructura y finalidad responden a fundamentos distintos que permiten afirmar que no pueden ser consideradas equivalentes.

Así, la nulidad parcial funciona como alternativa que busca salvar un negocio jurídico de la nulidad total, cuando la supresión de dicho apartado no afecte los elementos esenciales del contrato celebrado. Adicionalmente, pero no menos importante, se deberá contar con la voluntad hipotética de las partes. La conversión o transformación del negocio jurídico, por el contrario, sí presupone la nulidad total del contrato celebrado por las partes, sin embargo, implica la posibilidad de que se acoja una tipología contractual distinta para salvaguardar el fin práctico perseguido por las partes.

A través de análisis jurisprudenciales y doctrinales, se pone de manifiesto la necesidad de un mayor desarrollo con respecto a estas figuras. Lo anterior, teniendo en cuenta que se trata de herramientas extremadamente útiles para prevenir la declaración de nulidad de aquellos negocios jurídicos que se encontraban destinados a la misma. Estas figuras jurídicas permiten que los jueces, en últimas, actúen como agentes protectores de los intereses de los sujetos de derecho, quienes tendrán la garantía de que su voluntad se privilegiará sobre las formas.

Asimismo, se demuestra la importancia del criterio o elemento subjetivo para ambas instituciones jurídicas. De forma tal, que como fue expuesto con anterioridad, no será procedente dar aplicación a ninguna de las figuras correspondientes si este criterio no se encuentra satisfecho. No obstante, se reconoce que, para satisfacer esta condición, será necesario que el juzgador realice un verdadero y exhaustivo trabajo hermeneútico para conocer la voluntad hipotética de las partes y evitar que alguna de ellas se beneficie de forma malintencionada.

Finalmente, se pone de manifiesto la importancia y, sobre todo, la necesidad de un mayor desarrollo jurisprudencial de la conservación del negocio jurídico y la nulidad parcial.

En particular, teniendo en cuenta que aún existen debates doctrinales con respecto a en qué casos será posible aplicar estas figuras jurídicas. De tal forma que, a través de los pronunciamientos por parte de los jueces se brinde una mayor claridad con respecto a las mismas.

Referencias

Centro de Arbitraje y Conciliación Cámara de Comercio de Bogotá, Tribunal Arbitral. (2018, diciembre 5). NEVER ANTONIO ROJAS ROJAS VS. EDIFICIO BANCOQUIA PROPIEDAD HORIZONTAL.

Congreso de la República de Colombia. (1873, mayo 31). Ley 84 de 1873. *Diario Oficial* No. 2.867.
http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/codigo_civil.html

Congreso de la República de Colombia. (1971, marzo 27). *Decreto 410 de 1971. Por el cual se expide el Código de Comercio. Diario Oficial* No. 33.339. http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/codigo_comercio.html

Corte Constitucional de Colombia. (2006, mayo 3). Sentencia C-341/06. MP. Jaime Araujo Rentería. *Expediente: D-6020*.

Corte Constitucional de Colombia. (2017, mayo 24). Sentencia C-345/17. MP. Alejandro Linares Cantillo. *Expediente: D-11758*

Corte Suprema de Justicia. (2000, agosto 14). MP. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo. *Expediente: 5577*. [https://app-vlex.com.ez.urosario.edu.co/search/jurisdiction:CO/Santa+Fe+de+Bogot%C3%A1+D.C.%2C+agosto+catorce+\(14\)+de+dos+mil+\(2000\).Referencia%3A+Expediente+No.+5577/vid/552570118](https://app-vlex.com.ez.urosario.edu.co/search/jurisdiction:CO/Santa+Fe+de+Bogot%C3%A1+D.C.%2C+agosto+catorce+(14)+de+dos+mil+(2000).Referencia%3A+Expediente+No.+5577/vid/552570118)

Corte Suprema de Justicia. (2018, septiembre 28). Sentencia STC12593-2018. MP. Luis Armando Tolosa Villabona.

<https://vlex.com.co/vid/sentencia-corte-suprema-justicia-899304745>

Corte Suprema de Justicia. (2019, noviembre 14). Sentencia STC15484-2019. MP. Luis Alonso Rico Puerta. *Expediente: T 1100122030002019-01919-01*.

Diez-Picazo, L. (2012). *Fundamentos del derecho civil patrimonial* (6.a ed.). Editorial Thomson Civitas.

Gamboa Morales, L. C. (s. f.). *Extinción del contrato*. Recuperado de <https://app-vlex-com.ez.urosario.edu.co/search/jurisdiction:CO/extinci%C3%B3n+del+contrato+luis+carlos+gamboa/vid/777543841>

Jiménez, F. (2022). *Curso de Obligaciones*. Legis.

Monroy Cabra, M. G. (1965). *Conversión del negocio jurídico*.

Monteagudo, M. del R. (2019). *La conversión del acto jurídico nulo* [Trabajo de maestría, Pontificia Universidad Católica Argentina]. Repositorio UCA.

<https://repositorio.uca.edu.ar/bitstream/123456789/10360/1/conversion-acto-juridico-nulo.pdf>

Palacios Martínez, E. (1998). Contribución a la teoría de la nulidad parcial del negocio jurídico. *THEMIS Revista De Derecho*, (38), 41–57. Recuperado a partir de <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/10309>

Real Academia Española (2014). Contrato. *En Diccionario de la lengua española*. Recuperado el 18 de noviembre de 2025 de <https://dle.rae.es/contrato>

Suescún de Roa, F. (2009). Control judicial de las cláusulas abusivas en Colombia: una nueva causal de nulidad. Revista de Derecho Privado, Disponible en: <https://hdl.handle.net/1992/47454>

Superintendencia de Sociedades. (2019). Sentencia 2019-800-00203. Colombia. Recuperado de: <https://app-vlex-com.ez.urosario.edu.co/search/jurisdiction:CO/Superintendencia+de+Sociedades+2019-800-00203./vid/905219871>

Tribunal Superior de Distrito Judicial de Medellín. (2025, febrero 12). MP. Sergio Raúl Cardoso González. Radicado: 05001 31 03 007 2018 00604 02.