

CONCEPTO

OBSERVACIONES CRÍTICAS SOBRE EL PROYECTO DE CÓDIGO CIVIL PRESENTADO POR LA UNIVERSIDAD NACIONAL

OBSERVATORIO SOBRE VIGENCIA Y REFORMA DEL CÓDIGO CIVIL COLOMBIANO

DEPARTAMENTO DE DERECHO CIVIL

UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA

2020

PROFESORES PARTICIPANTES

En el presente documento trabajaron distintos profesores de la Universidad Externado de Colombia de los Departamentos de Derecho Civil, Derecho Comercial, Derecho Romano, Derecho Constitucional, Derecho de los Negocios, Derecho Procesal, Derecho de Propiedad Intelectual, Derecho del Transporte, Centro de Estudios en Genética y Derecho y Derecho Administrativo:

Adriana Castro Pinzón

Adriana María Cely

Aida Patricia Hernández

Alexander Vargas

Alexandra Torres

Anabel Riaño Saad

Carlos Alberto Chinchilla Imbett

Carlos Alberto Mantilla Namen

Catalina Salgado Ramírez

Daniel Rojas-Tamayo

David Fabio Esborraz

Diana Carolina Rivera

Diego Franco Victoria

Diego Moreno Cruz

Édgar Cortés

Emilssen González de Cancino

Ernesto Rengifo

Fernando Alarcón Rojas

Grégory Torregrosa Rebolledo

Héctor Eduardo Patiño

Ingrid Duque Martínez

Ismael Arévalo Hernández

Jairo Rivera Sierra

Javier Mauricio Rodríguez Olmos

Jorge Herrera

Jorge Alberto Padilla Sánchez

José Luis Benavides

José Felipe Navia Arroyo

Juan Ángel Cárdenas

Juan Camilo Neira Pineda

Juan David Gómez

Juan Felipe Navia Revollo

Juan José Rodríguez Espitia

Julián Andrés Pimiento

Luis Carlos Sánchez

Luisa Herrera

Málory Zafra

Manuel Guillermo Sarmiento

Margarita Morales Huertas

Margarita Useche Meneses

María Cecilia M'Causland

María Elisa Camacho

María Eugenia Gómez

María Isabel Troncoso

María Julieta Villamizar

Mario Andrés Ospina

Martha Lucía Neme Villarreal

Milagros Koteich Khatib

Natalia Rueda

Néstor Raúl Charrupí H.

Orlando Enrique Santamaría

Pablo Moreno Cruz

Paula Robles Bacca

Ranfer Molina

Silvana Fortich

Tomás Restrepo

ADVERTENCIA PREVIA.

A lo largo del concepto, las lectoras y los lectores encontrarán desacuerdos y tensiones interpretativas, a veces fuertes, otras tantas sutiles. El grupo de coordinación optó por mantenerlos, en cuanto el concepto, fruto de un trabajo colectivo de varios docentes de la Universidad Externado, es también el reflejo de un pluralismo ideológico y dogmático. No obstante, ninguno de estos desacuerdos y tensiones interpretativas nublan la posición crítica frente al proyecto que, en el mejor de los casos, debería ser sometido a una revisión profunda.

CONTENIDO

PARTE I ASPECTOS GENERALES

1. Prefacio: La reforma del Código Civil colombiano: *Quo vadis?* 11
2. Posición del observatorio frente a la sustitución del Código Civil 17

PARTE II ANÁLISIS DEL PROYECTO DE CÓDIGO CIVIL PRESENTADO POR LA UNIVERSIDAD NACIONAL POR EJES TEMÁTICOS

1. Parte general y codificación. El proyecto asume una sistemática y técnica legislativas inconvenientes además de que adopta posiciones que generan confusión y que son incompatibles con los desarrollos recientes en materia de fuentes del derecho, interpretación, integración del derecho y de derecho internacional privado 29
2. Derecho de personas. La persona pierde centralidad en el proyecto de Código Civil y la estructura se aleja sin justificación de nuestra tradición jurídica 43
3. Derecho de familia. El proyecto desconoce el bloque de constitucionalidad y no representa la realidad de las familias en Colombia 55
4. Derecho de bienes. El proyecto introduce cambios radicales en la estructura y pilares fundamentales del derecho de bienes que son innecesarios e inconvenientes 69
5. Negocio Jurídico. Entre problemas sistemáticos y graves contradicciones conceptuales 79

6. Obligaciones. El proyecto desconoce la riqueza del concepto de obligación y el articulado en la materia no es consistente ni coherente con nuestra tradición civil	99
7. Responsabilidad contractual. La sistemática de los remedios frente al incumplimiento no permite una adecuada tutela del vínculo contractual	121
8. Tipologías de contratos. El proyecto describe los tipos contractuales tradicionales y contiene en su propósito de actualización otros que no gozaban de tipicidad legal	135
9. Responsabilidad Extracontractual. El proyecto es ambiguo y establece un régimen desarticulado de la responsabilidad civil extracontractual	149
10. Sucesiones. El régimen sucesoral propuesto es anacrónico y genera confusiones	165

PARTE III
ANEXOS

1. Relatorías de los conversatorios sobre el proyecto de reforma al Código Civil colombiano	177
a. Conveniencia y Estructura del Proyecto de Código Civil	177
b. El Derecho de Bienes en el Proyecto de Código Civil	187
c. Personas y Sujetos de Derecho	199
d. Familia	213

PARTE I

ASPECTOS GENERALES

1. PREFACIO

La reforma del Código Civil Colombiano: *quo vadis?*

El Código Civil es la más importante fuente normativa de las relaciones entre los privados, en la que se evidencian instituciones de una historia milenaria basada en la cultura, en una sólida organización doctrinal y en una fundamental función práctica; trata instituciones de diversa índole en las que el ciudadano se enfrenta en su día a día, es la imagen de la sociedad que pretende regular.

En esta medida, convendría no satanizar a Andrés Bello por haber hecho el mejor código posible para su tiempo, pretender juzgarlo porque se haya quedado corto para pensar problemáticas propias de la contemporaneidad, o porque haya concebido soluciones que hoy ya no tengan cabida; es un ejercicio de revisionismo histórico que no ofrece utilidad alguna en el derecho. Ahora bien, es claro que, por ejemplo, en materia de personas y familia el Código Civil colombiano padeció la fuga de contenidos, en virtud de la cual se dio un proceso de descodificación importante. Esta, que no necesariamente es una motivación suficiente para sustituir un código, como lo ha demostrado nuestra historia reciente, sí puede ser una buena excusa para hacer un ejercicio de modernización de la codificación civil; sin embargo, no puede tratarse de un proceso ligero y sin la debida reflexión.

Es claro que el derecho y la realidad avanzan a ritmos muy distintos, por ello, la codificación no puede pretender recoger en sí todas y cada una de las materias en su integridad. Pero ¿Acaso no pone esto en crisis el concepto mismo de código? Al margen de la respuesta, una cosa es cierta, sin pretender un derecho anquilosado, mal resulta defender una sustitución del código bajo el entendido de que el actual no responde al contexto nacional, con una propuesta

que ya desde la sistemática traiciona nuestra tradición jurídica, lo que comportaría serios problemas de aplicabilidad y efectividad de las normas.

Con el consenso, que se percibe como logrado, sobre la necesidad de reformar o modernizar el Código civil de Bello, corresponde entonces buscar un acuerdo colectivo sobre el resultado que queremos obtener como producto de este proceso: ¿Sustituir nuestro Código civil? ¿Desecharlo todo? ¿Algunas partes? ¿Reformar solo lo que tenemos claro que debemos modificar?

Sin querer ofrecer aquí todos los elementos necesarios para la reforma de un Código Civil, quizá sí es importante preguntarse por algunos elementos mínimos que partan de lo conocido y de nuestras fortalezas, de manera que el afán de modernizar no termine por arrollarnos anulando nuestra tradición y nuestra historia. Tal vez, esta es una importante ocasión para reconciliarnos con nuestro pasado, abrazando lo que somos y lo que nos identifica para ponerlo en el contexto de la sociedad moderna y dar soluciones que permitan concretar los reclamos de justicia material.

¿CONVIENE ALEJARSE DEL MODELO SISTEMÁTICO DEL CÓDIGO CIVIL VIGENTE?

En ese sentido, una reforma al código no puede convertirse en una simple reproducción de un modelo (el de Bello o el del BGB), al tiempo que debería considerar esos elementos del tan invocado contexto. Así pues, tendría que incorporar, aún de manera genérica, la actualización que ha comportado el proceso de constitucionalización del derecho privado. También debe considerar las problemáticas no resueltas por el código de Bello ligadas a nuestra conflictiva realidad, por ejemplo, el acceso a la propiedad y su explotación, especialmente en zonas rurales, así como ofrecer soluciones que permitan dar respuesta a las necesidades surgidas de los procesos de paz y la desmovilización de grupos armados. De igual manera, es imperativo considerar los enfoques diferenciales de género, edad (respecto de niños, niñas, adolescentes y ancianos), discapacidad, étnico, de la población privada de la libertad (por ejemplo, en materia de familia y crianza) para la regulación de todas las materias y como una línea guía importante para todos los operadores jurídicos. En fin, sería muy importante conservar una cierta coherencia en el lenguaje técnico jurídico, lo que puede ocurrir solo en la medida en que se atienda a esos mínimos y a una metodología rigurosa y consensuada.

Ahora bien, si la opción es la de sustituir el Código Civil vigente, como es la vía adoptada por el Proyecto, ¿por qué preferir la adopción del modelo sistemático y estructural del BGB alemán sobre el modelo vigente? Y de esta pregunta se derivarían otras muchas como, por ejemplo: ¿Cuáles son las razones explícitas de ese cambio radical hacia un modelo ajeno al pensamiento y cultura jurídica que se ha venido cultivando en nuestro país? ¿Cuáles son las ventajas evidentes que justificarían ese cambio de perspectiva? ¿Por qué no se podría lograr una modernización de nuestro Código (y derecho) Civil a partir de la sistemática institucional del Código vigente?

Entre las múltiples cuestiones que se podrían señalar al respecto, se resaltan tres: la primera, las razones por las cuales una elección de modelo sistemático es fundamental en la discusión de una eventual sustitución del Código Civil; la segunda, la importancia de la sistemática del Código Civil vigente y que coloca a la persona como centro del derecho civil; y, finalmente, la tercera, las dificultades que conllevaría la adopción del sistema pandectista (parte general – parte especial).

En primer lugar, se debe señalar que el modelo sistemático y estructural de un Código es vehículo de consideraciones políticas, éticas y valorativas. El derecho no es neutral y no puede negar su momento ‘político’ en la formación de las reglas jurídicas¹. La sistemática y estructural que se adopten en la ‘Constitución de las relaciones entre particulares’ deben por lo tanto ser sometidas a una discusión y comprensión profundas, tanto en relación con los valores que vehicula, como a las consecuencias que tendría en la práctica.

En segundo lugar, precisamente sobre esas implicaciones políticas y valorativas del modelo sistemático, una rápida mirada al Código Civil vigente resulta ilustrativa. Como Salgado² ha expuesto de manera cristalina, en el Código de Andrés Bello, que sigue el modelo institucional, la persona asume un papel central. Al margen de las discusiones válidas de los retos que se presentan en época contemporánea sobre la necesidad o conveniencia de extender la calidad de sujetos de derecho en el mismo plano (o uno similar) al ser humano, no se puede perder de vista que el derecho sigue siendo un producto humano y “un problema humano”

1 A. Somma, “Comparazione giuridica, fine della storia e spolticizzazione del diritto” en M. Brutti, A. Somma (eds.), *Diritto: storia e comparazione. Nuovi propositi per un binomio antico*, Max Planck Institute for European Legal History, Frankfurt am Main, 2018, 509. (Disponible en <http://dx.doi.org/10.12946/gplh11>).

2 C. Salgado Ramírez, “La sistemática del Código de Andrés Bello como punto de partida para una reflexión sobre la actualización del derecho privado en Colombia”, en F. Navia y C. Chinchilla (eds.), *La vigencia del Código Civil de Andrés Bello en la Sociedad Contemporánea. Análisis y Prospectivas*, U. Externado de Colombia, 2019, 25 y ss.

y, al mismo tiempo, que se debe reflexionar sobre el riesgo de invisibilizar a la persona en un modelo sistemático diferente.

En tercer lugar, el cambio radical de modelo sistemático tiene una serie de implicaciones que deberían considerarse. Es indudable que la propuesta de adoptar la sistemática del BGB alemán constituye un ejemplo de imitación jurídica que, desde la perspectiva del derecho comparado, tiene una serie de consecuencias serias que deben ser valoradas a profundidad³. No solo implicaría introducir un ‘cuerpo extraño’ con todo el patrimonio hermenéutico que le es propio y que debería ser estudiado y comprendido a fondo, sino que ese modelo terminaría siendo reinterpretado a la luz de los elementos identitarios autóctonos, lo cual puede llevar a confusiones, corto circuitos, fisuras, rupturas. Esto, además, sin contar que con dicha imitación se estaría perdiendo la oportunidad del autorreconocimiento del desarrollo de nuestra propia cultura jurídica e, incluso, su lugar como parte de una identidad jurídica latinoamericana⁴. Asimismo, se podría señalar que ese modelo pandectista no está exento de críticas en el mundo jurídico alemán⁵; que el cambio de sistemática implicaría también repensar de forma consistente la enseñanza del derecho civil en Colombia; y que esa elección sistemática ocasionaría no pocas dificultades al momento de su aplicación por parte de los operadores jurídicos. Al ponderar todas estas cuestiones, es inevitable preguntarse ¿es realmente necesario ese giro radical en cuanto al modelo sistemático de nuestro Código Civil?

UN DIÁLOGO HORIZONTAL PARA UNA CONSTRUCCIÓN LEGÍTIMA

Una iniciativa legislativa que pretenda construir las reglas del derecho civil es ambiciosa, puesto que existe una clara exigencia de adecuar el cuadro normativo a los continuos desafíos de la realidad socioeconómica, de forma armónica, y en respeto de los principios y valores que orientan la sociedad colombiana. Por ello, la base de ese discurso legislativo debe estar orientado por las preocupaciones que subyacen en la sociedad en términos de justicia, equi-

3 A. Somma, “Le parole della modernizzazione latinoamericana. Centro, periferia, individuo e ordine” en M. Rosario Polotto, T. Keiser y T. Duve (eds.), *Derecho privado y modernización. América y Europa en la primera mitad del siglo XX*, Max Planck Institute for European Legal History, Frankfurt am Main, 2018, 16 y ss. (Disponible en <http://dx.doi.org/10.12946/gplh2>).

4 A. Saccoccio, “Il sistema giuridico latinoamericano: storia di una storia”, en A. Saccoccio y S. Cacace (eds.), *Sistema giuridico latinoamericano*, Giappichelli, Turín, 2019, 31 y ss.

5 Una visión global sobre estas críticas es expuesta por J. P. Schmidt, *Zivilrechtskodifikation in Brasilien. Strukturfragen und Regelungsprobleme in historisch-vergleichender Perspektive*, Mohr Siebeck, Tübinga, 2009, 299 y ss.

dad, buena fe, solidaridad, dignidad humana, todas ellas maduras no solo en el seno de la jurisprudencia, sino también en la doctrina jurídica, en la práctica forense, en las asociaciones académicas, en la práctica notarial, en las dinámicas de la administración cuando el Estado se comporta como un particular, en las universidades y sus grupos de investigación.

En ese sentido, por ejemplo, el rol que tiene la academia canalizada primordialmente por medio de las universidades es fundamental. Los trabajos de investigación que se han publicado en revistas científicas, libros, monografías y tesis doctorales constituyen un insumo base y necesario que deberá ser atendido por la comisión que se encarga de la redacción de una propuesta legislativa de Código Civil. En ellos se encontrarán los asientos de muchas instituciones antes de pensar descartarlas; los aspectos problemáticos de un sin número de figuras del Código Civil de forma que permita entender cuál sería el camino para modernizarlas en la sociedad contemporánea; la revisión de institutos del derecho privado construidos en el derecho foráneo y su posible adaptabilidad al derecho colombiano en atención a nuestras particularidades y a las vicisitudes que tienen tales institutos en cuanto fueron construidos en otras circunstancias sociales, económicas y políticas. Creemos que solo así, una intervención reformadora del código podrá atesorar los resultados interpretativos más consolidados que permitan una codificación que comprenda nuestra realidad, la cual ha sido estudiada por nuestros académicos.

Igualmente, la rama judicial tiene mucho por decir. No solo las altas cortes deberán aportar en la consolidación de una propuesta legislativa de Código Civil en atención a su jurisprudencia, los jueces de todo el país deberán participar activamente, de manera que le demuestren al centralismo, que ha caracterizado nuestra historia, la realidad del país y sus necesidades. Tenemos una oportunidad de oro para que el Código Civil represente el instrumento de transformación y unidad de nuestra sociedad, no solo vista desde la capital, sino también desde sus regiones.

El diálogo abierto, concertado y horizontal entre los distintos sectores que se ocupan de las relaciones entre los privados y sus dinámicas, que vaya más allá de una simple socialización y notificación de un proyecto de Código, permitirá entender de qué forma se debería realizar una reforma al derecho civil vigente. Un diálogo, además, sosegado, pausado, reflexivo, que no siga los ritmos de la política, sino las finalidades de la justicia. Solo de esta manera se podrá lograr un objetivo que a todos interesa: una disciplina de las relaciones privadas más organizada sobre el plano sistemático, que responda a las exigencias de la práctica en consideración a una sociedad compleja, plural y que pretenda lo justo y lo bueno; instituciones que sean más

competitivas y siempre más atentas a la tutela de los derechos; un código que no se olvide que el discurso civil parte de la persona como el centro de la arquitectura normativa y la prevalencia de los valores que nos fundamentan como sociedad.

CARLOS ALBERTO CHINCHILLA IMBETT

SILVANA FORTICH

JAVIER MAURICIO RODRÍGUEZ OLMO

NATALIA RUEDA

Coordinadores del Observatorio

2. POSICIÓN DEL OBSERVATORIO FRENTE A LA SUSTITUCIÓN DEL CÓDIGO CIVIL

No cabe duda de que detrás de este proyecto hay un esfuerzo invaluable de la Universidad Nacional y quienes generosamente se embarcaron en la tarea de pensar el derecho civil a partir de la codificación. Sin embargo, preocupa el afán con el que se ha presentado a la comunidad académica este proyecto, pues no se puede limitar a una mera socialización; en otras palabras, debe tratarse de un debate horizontal que convoque a todos los actores jurídicos del país. Hoy más que nunca Colombia requiere de una academia sólida y dispuesta a abrirse al debate, con humildad, con la convicción de que somos un grupo heterogéneo enriquecido por nuestra experiencia y nuestra formación.

Los argumentos que sustentan la posición del Observatorio se sintetizan a continuación y son profundizados en cada uno de los capítulos que analizan los distintos temas abordados por el Proyecto o que constituyen los pilares del Derecho Civil colombiano. En cualquier caso este concepto no puede entenderse como una legitimación del Proyecto preparado por la U. Nacional, pues sus conclusiones llevan, por el contrario, a poner en guardia sobre su inconveniencia y la necesidad de explorar vías alternativas para ajustar el derecho privado codificado a las necesidades contemporáneas.

1. En primer lugar, sobre la conveniencia del camino adoptado por el Proyecto y su sistemática. Una reforma al código civil se revela como necesaria y quizás no dé espera, pero no es una cuestión urgente o que se pueda o deba agotar con prisas; un trabajo de tal trascendencia debe ser de muy amplio respiro; la experiencia de otros países nos indica que la importancia de tal tarea ha hecho que se tome al menos una década en la construcción de un proyecto que finalmente logre el consenso que le debe brindar toda la comunidad

jurídica nacional y el país en general, para evitar que una reforma tan importante aparezca como una imposición.

La primera pregunta acerca de si se debería cambiar el código o si, por el contrario, se debería solamente reformar el existente depende de la identificación previa que se haga de la extensión de los cambios que se necesitan, y ese es un paso que no se ha hecho, aunque intuitivamente la comunidad jurídica nacional parece entender que, no obstante la extensión de las reformas necesarias, es posible trabajar sobre el código existente, partir de ahí, para hacer su modernización, y esta misma es la conclusión a la que se ha llegado del análisis integral realizado por el Observatorio. Este es el primer dato que sería necesario verificar, cosa que no ha sucedido previamente a la presentación del proyecto de la Universidad Nacional que se ha puesto a nuestra consideración. Por lo demás, aún de hacerse tal verificación y llegar a la conclusión de que es mejor expedir un nuevo código, eso no quiere decir que se pueda, sin más, dar paso a un nuevo modelo que cambie de tajo la tradición. Y esta es la primera objeción al proyecto en cuestión, pues se nos ha presentado un nuevo modelo de código que, en cuanto a su estructura y su sistemática, rompe completamente con la del código actual, lo cual, lejos de representar una ventaja como se podría pensar si se tiene en cuenta el espíritu de transformación que debe haber en todo proceso de renovación, ofrece grandes inconvenientes.

La ciencia jurídica de un país se construye a partir de las que son las cuestiones controvertidas en cada ordenamiento y que responden al modo de ser de la misma sociedad a sus vivencias y a sus necesidades. Bajo el amparo del Código Civil vigente se han abordado y resuelto muchas cuestiones; cambiar radicalmente puede hacer vanas todas esas ricas discusiones que en buena medida han moldeado la sociedad civil; cambiar al improviso puede imponer un discurso nuevo sin haber resuelto los debates que estaban en curso de maduración; pretender un cambio radical sin justificación mayor, podría causar confusión a nivel social y a nivel jurisdiccional, situación no deseable en una sociedad que soporta otras crisis sociales; si bien es cierto que la norma actual no entra en el mundo de la perfección, no hay un estudio o análisis que justifique un cambio de esa magnitud.

Si se rompe, de pronto, con una tradición jurídica, construida, con mucha fatiga sobre el modelo de Bello, y sobre la cual se han formado las diferentes generaciones de juristas nacionales, se rompe con un modo de ser que puede no corresponder a nuestra historia y contexto social y cultural; partir de un nuevo modelo podría comportar un brusco freno en un recorrido que, con todos sus altibajos, la civilística nacional empieza a reconocer como

propio; cuando la cultura jurídica nacional muestra signos de madurez, cambiar de modelo podría comportar un estancamiento o una desviación de camino sin ninguna justificación plausible, con las consecuencias obvias sobre el ejercicio del derecho, su enseñanza y la seguridad que debe ofrecer el ordenamiento. ¿Vale la pena renunciar al esquema de Bello? ¿Vale la pena aprender de nuevo, comenzar de nuevo?, ¿cuáles serían las ventajas? ¿Cambiar solo por un espíritu de innovación?

Antes de reformar o de cambiar hay un gran trecho por recorrer: lo primero que deberíamos preguntarnos es qué tenemos, dónde estamos y en consecuencia qué queremos y hacia dónde queremos ir. Luego hay que reconocernos en los propósitos, en los objetivos, como paso previo para adelantar cualquier trabajo. Todo para identificar un punto de partida, pues la metodología que se emplee debe ser clara, tanto en la técnica con que se debe abordar el trabajo de construcción, como en la técnica para definir los contenidos de las normas, de los artículos, que deben responder a una explicación razonada de la escogencia llevada a cabo y sus fuentes de inspiración, y por eso se convierte en una objeción insalvable la falta de actas de los trabajos preparatorios, que podrían ayudar a entender los motivos.

En fin, la conveniencia o no de dar paso a una unificación del código civil con el código de comercio es una discusión que ya se está adelantando, la discusión está en curso y debe dársele el tiempo necesario para que encuentre una solución. En cualquier caso, la decisión que adopta el proyecto, de unificar solo la materia de los contratos, no parece más afortunada, podría ser un paso en falso pues enfrenta el problema pero no lo resuelve; en efecto, se parte de un estatuto civil que se refiere a las personas y a los bienes de derecho civil y, al llegar a la parte de contratos, se presenta ese cambio significativo pues ahora se involucra la cuestión comercial, con una falta evidente de coherencia y unidad, a más de una grande dificultad de interpretación sistemática si se tiene en cuenta que los principios del derecho comercial seguirían en el código de comercio.

2. En relación con el derecho de personas, el ordenamiento jurídico requiere una actualización. Sin embargo, esta no puede pasar por subvertir la sistemática y estructura del Código Civil, mediante la adopción de un modelo ajeno a nuestra tradición jurídica por cuanto conduce a una pérdida de la centralidad del sujeto de derecho, pues hace reposar su regulación en un libro destinado a la “Parte General”. Además, la estructura del libro resulta incoherente e incomprensible, por la inclusión de la normatividad relativa al negocio jurídico, pero también por la dispersión e incompletitud de la regulación propuesta en

relación con los distintos sujetos de derecho y los atributos de la personalidad. Es necesario considerar los efectos que este cambio puede tener en un país como Colombia, con los antecedentes de violación sistemática de derechos humanos y las enormes dificultades de acceso a la justicia. Por ello, lo recomendable es que el proyecto de Código Civil cuente con un libro dedicado exclusivamente al tratamiento del sujeto de derecho.

Ahora bien, el derecho de personas es una de las materias que mayores problemas presenta en relación con la falta de una regulación completa y sistemática, motivo por el cual no resulta exagerado afirmar que con esta propuesta el código corre el riesgo de nacer descodificado (piénsese en la regulación en materia de registro civil o de capacidad legal, para mencionar solo un ejemplo). Entre otros motivos, este libro no recoge las novedades jurisprudenciales y doctrinales, al tiempo que desconoce principios constitucionales y convencionales. En relación con las personas jurídicas hay una confusión en la clasificación.

3. En materia de derecho de familia este proyecto introduce una enorme cantidad de cambios no necesariamente justificados. De hecho, el derecho de familia ha demostrado que la sustitución sin más no siempre es imperativa o necesaria, toda vez que se ha actualizado mediante la “jurisprudencialización” del derecho. Seguramente con la mejor voluntad se han propuesto cambios importantes, pero, en no pocas ocasiones, esta propuesta de libro de familia desconoce principios y garantías constitucionales como el principio de igualdad, no discriminación, debido proceso, derecho de contradicción; al tiempo que ignora el bloque de constitucionalidad y, en particular, los Tratados en materia de protección de los derechos de sujetos históricamente vulnerables: niños, niñas, adolescentes, ancianos, mujeres.

Sustituir el código civil en un momento como este nos pone frente a muchas encrucijadas, por lo que sería un gran acierto pensar el derecho civil y de familia como un derecho profundamente técnico, pero asumiendo que la técnica no es impermeable a los principios y a la posibilidad de construir un modelo jurídico de familia que reconozca y promueva la pluralidad, las familias, las múltiples masculinidades, las múltiples feminidades, la igualdad material, real y efectiva de todos los miembros de la familia. El reto es concebir un derecho civil que rompa desde la base con las causas estructurales de la violencia, como los estereotipos de género y los mitos del amor romántico. Un derecho de familia que no tenga pretensiones homogeneizadoras.

4. En materia de derecho de bienes, surgen serias dudas sobre si la manera como se reconfigura esta materia es la más adecuada y si es necesaria. Del análisis realizado, no parece que las propuestas de cambios estructurales, terminológicos y sustanciales propuestas por el Proyecto cumplan la finalidad de hacer más comprensible o actualizar la materia. En otras palabras, no constituyen una mejora a lo que actualmente consagra el Código Civil.

En esta misma línea, surge con fuerza la consideración de que una eventual reforma al libro de bienes, su adaptación a las circunstancias y necesidades contemporáneas podría realizarse sin alterar de forma radical la organización del libro en el Código Civil vigente como lo propone el proyecto. Sin lugar a duda, el Proyecto tiene varios aspectos que resultan necesarios y pertinentes, pero estos podrían incorporarse siguiendo la estructura actual, haciendo modificaciones y/o adiciones a la regulación vigente. De esta manera se evitaría además un mayúsculo trastorno interpretativo y aplicativo de las diferentes figuras, al tener que afrontar nuevas categorizaciones y terminología ajenas a nuestra tradición jurídica (por ejemplo, en materia de propiedad y de posesión), que podrían tener consecuencias indeseables en el ámbito del derecho patrimonial de bienes.

5. En materia de negocio jurídico, atendiendo la ausencia de justificación aparente frente al cambio de modelo y las dificultades interpretativas fruto del proceso de adopción de un modelo sistemático foráneo respecto de la figura del negocio jurídico, el Observatorio llama la atención sobre el problema de sistemática subyacente en la íntima conexión entre la parte general y la consagración del negocio jurídico. De igual manera, hay inconsistencias en materia de sistemática al interior del Libro III, dedicado en realidad no sólo al contrato sino también a la declaración unilateral de voluntad. Adicionalmente, llama la atención la ausencia de regulación de ciertas materias tradicionales que están previstas en el Código Civil vigente, y que todavía se demuestran de utilidad, como es el caso de la causa del contrato y la normatividad relativa a los elementos esenciales, naturales y accidentales. El proyecto incurre en graves omisiones, como la no incorporación de la buena fe como principio de interpretación de los contratos, así como de unos verdaderos criterios de interpretación en materia de contratos coligados.

Por otro lado, respecto de la definición de negocio jurídico, el proyecto presenta contradicciones y, se dejan por fuera los desarrollos y discusiones en torno a la orientación del negocio y cómo se refleja en materias como la interpretación y el error, así como la orientación que ha tenido el derecho de los contratos hacia la autorresponsabilidad y la buena fe como criterios determinantes en el reconocimiento jurídico de la autonomía privada. De

igual forma, el proyecto trae contradicciones en materia de “excesiva onerosidad por cambio de circunstancias” confundiendo las categorías riesgo, responsabilidad, imposibilidad, dificultad, inexigibilidad.

Respecto del principio del consensualismo, a pesar del avance que implica la consagración de un artículo específico sobre la materia, poniendo fin al silencio del Código Civil vigente, el Observatorio encuentra que dicha definición deja por fuera el elemento fundamental de dicho principio: la libertad de escogencia de la forma.

Por último, en relación con el tratamiento del contrato electrónico, a pesar de encontrarse una apertura en el proyecto hacia la consagración de los medios electrónicos para la celebración del contrato, no se entiende la falta de armonía de las normas propuestas con lo dispuesto sobre la materia en la Ley 527 de 1999 o Ley de comercio electrónico, y demás normas pertinentes, y el silencio del proyecto frente a los contratos que son ejecutados por medios electrónicos.

6. En materia de derecho de obligaciones, surgen dudas sobre la manera en que se afrontó el concepto de obligación y la regulación de la sistemática de la teoría general de las obligaciones. El Proyecto no trata de manera sistemática las materias propias de las obligaciones, como quiera que la teoría general de las obligaciones, aplicable por tanto a todas las obligaciones, aparece diseminada dentro del libro III, entremezclada con disposiciones que regulan específicamente las fuentes de las obligaciones (declaración de voluntad, hechos ilícitos y enriquecimiento sin causa); v. gr. el contrato y las demás fuentes de las obligaciones aparecen reguladas en el medio de la teoría general de las obligaciones, luego de los capítulos dedicados a ciertos temas generales (como el concepto, la clasificación de las obligaciones y el patrimonio del deudor como garantía del acreedor) y antes de otros que también refieren a las obligaciones en general (como el incumplimiento, la transmisión y la extinción de las obligaciones). Esta falta de sistemática se evidencia igualmente en el hecho de que temas como la prenda general de los bienes del deudor o el “Derecho de los acreedores sobre el ejercicio de derechos del deudor” no se traten al inicio de la teoría general de las obligaciones, siendo cuestiones de carácter general.

De otra parte, la regulación de algunos temas resulta inconveniente, imprecisa o inadecuada. Así, por ejemplo: la grave omisión de la patrimonialidad como requisito de la prestación, la ausencia de correlación del ámbito de autonomía en materia de **pactos o declaraciones precontractuales** frente a los límites que impone la buena fe; la desafortunada

elección de asumir el riesgo de la cosa debida en cabeza del vendedor, sin miramiento a las particularidades de la regla equitativa del *comodum-incomodum*; en materia de fuentes de las obligaciones el renunciar a la categoría de los “cuasicontratos”, que no deja de ser actualmente útil a nivel sistemático; en materia de clasificación de las obligaciones el omitir incorporar dentro la clasificación de las obligaciones las prestaciones de “garantía” de gran relevancia en el derecho contemporáneo, la inconveniente introducción de la clasificación de obligaciones “de medio y resultado”; en relación con los tipos específicos de obligaciones: la supresión de las normas generales sobre la solidaridad, la consagración de la discutible ‘presunción de solidaridad’ en detrimento del ‘*favor debitoris*’; en materia de cesión de crédito, pese a que la orientación de la reforma parece ser la de adoptar la tesis relativa al carácter exclusivamente traslativo de la cesión, lo que merecería una mayor discusión ya que el hecho de negar que la cesión en sí misma es un título de adquisición posee importantes consecuencias prácticas, permanecen dudas acerca de la naturaleza de dicho acto de transferencia (i) acto de tradición del crédito o (ii) acto de disposición de carácter abstracto (lo que se alejaría de nuestra tradición jurídica; en cuanto a la transmisión de deudas, si bien es interesante pensar en la regulación de la asunción de la deuda, sobre todo con el fin de consagrar la asunción sin efecto novatorio, no parece pertinente suprimir del Código Civil mecanismos generales como el de la delegación novatoria, los cuales hacen parte de nuestra tradición jurídica y son conocidos y manejados en la práctica. Finalmente, en cuanto a la cesión del contrato, la definición prevista en el artículo 618, que alude a “transferencia de derechos y obligaciones”, genera confusión. Debería tenerse en cuenta que lo característico de la cesión de contrato es la “sustitución” de uno de los contratantes en la posición contractual; en materia de extinción de las obligaciones la consagración del cumplimiento como mero mecanismo de extinción de las obligaciones perdiendo de vista que el eje de rotación de esta institución es la realización sustancial del contenido de las obligaciones; entre otros aspectos que deberán ser revisados para que no se desconozca nuestra tradición civil.

7. En materia de responsabilidad contractual, el proyecto introduce un título bajo la rúbrica “Responsabilidad por inexecución de las obligaciones”, la cual no obedece a lo que se está proponiendo, puesto que, por una parte, se confunde con uno de los mecanismos que tiene el acreedor para tutelar su interés, la indemnización de perjuicios, y por otra, la realidad solo se centra en su regulación remedial en incumplimiento contractual, mas no en incumplimiento obligacional.

La regulación en materia de incumplimiento es defectuosa, pues parte de un concepto objetivo de incumplimiento sin medir las consecuencias en su sistema remedial. Pierde la oportunidad de poder identificar los distintos matices de la inejecución y cuál es la respuesta que debe o puede ofrecer el ordenamiento frente a cada supuesto de hecho. Luego, la regulación en materia de remedios no es armónica, desconoce la jurisprudencia nacional y los importantes avances doctrinales que ha tenido nuestra academia, como sucede en materia de resolución del contrato por incumplimiento, de cumplimiento específico del contrato y de la excepción de incumplimiento contractual, todo lo cual no sólo es contrario a nuestra tradición jurídica, sino contrario a la más básica comprensión del funcionamiento de los remedios que permiten tutelar los intereses de las partes y superar el mal funcionamiento del contrato.

8. En materia de las tipologías contractuales consagradas en el proyecto, la regulación propuesta busca atender el llamado que de tiempo atrás ha hecho la doctrina en cuanto a la necesidad de establecer una regulación unitaria de los contratos presentes tanto en el Código Civil como en el Código de comercio. Igualmente, de manera general, recoge, en puntos concretos, desarrollos jurisprudenciales y resuelve ambigüedades y contradicciones de la legislación actual. Sin embargo, en cuanto a la técnica, debe mirarse qué grado de regulación deberían tener en un código de derecho privado contratos que ya disfrutaban de desarrollo en leyes especiales, así como la pertinencia de positivizar una gran cantidad de contratos que gozan de tipicidad social, más no legal, como sucede con muchas figuras que afloran en la intermediación mercantil. Igualmente, existen contratos respecto de los cuales, más allá de una actualización, merecerían un tratamiento normativo más profundo.

Además, la regulación en materia de tipologías negociales constituye una oportunidad única para discutir cómo debería realizarse la adaptación de los regímenes contractuales a unas nuevas realidades sociales, económicas y tecnológicas del primer cuarto del siglo XXI, muy diferentes a las existentes en el siglo XIX e incluso a las existentes para el momento en que se actualizó el Código de comercio mediante el decreto 470 de 1971.

9. En materia de responsabilidad civil extracontractual, el Observatorio encuentra que el proyecto es ambiguo y establece un régimen desarticulado. En particular, la noción de “*hechos ilícitos*” para denotar la fuente de la responsabilidad civil extracontractual es ambigua e inadecuada. De igual manera, se encuentra una regulación desarticulada en materia de abuso del derecho, buena fe, solidaridad, pluralidad de actividades y causalidad, responsabilidad de las personas con discapacidad, hecho de la víctima, legítima defensa, estado

de necesidad y equidad, habida cuenta de que no existe coherencia ni sistematicidad en su tratamiento. Adicionalmente algunas disposiciones relativas a la responsabilidad extracontractual son antitécnicas, a la luz de los desarrollos doctrinales y jurisprudenciales actuales de la materia, y que se introducen elementos sancionatorios extraños a la responsabilidad civil. También se encuentran contradicciones en la consagración de la noción de actividad peligrosa e imprecisiones como, por ejemplo, en la definición de fuerza mayor y caso fortuito.

Por otro lado, el proyecto trae conceptos anacrónicos, como es el caso de la concepción misma de la responsabilidad extracontractual de las personas jurídicas. Sobre esta materia el proyecto parece consagrar la tesis organicista, desechada por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia desde 1962. De igual manera, en materia de responsabilidad por el hecho ajeno, la regulación es desactualizada incluso preconstitucional. Sin pasar por alto que en tratándose de la responsabilidad civil por los daños causados por las personas con discapacidad se encuentra que la regulación propuesta es contraria a la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad y a la Ley 1996 de 2019. Por último, el proyecto incurre en graves omisiones como es el caso de la no previsión de una regla general aplicable en materia de responsabilidad por el hecho de las cosas, o el silencio respecto del concepto de perjuicio extrapatrimonial o inmaterial.

10. En materia de sucesiones, el régimen sucesoral propuesto es anacrónico y genera confusiones. En efecto, el proyecto incorpora algunas modificaciones a ciertas instituciones jurídicas que, en la práctica, se traducen en un retroceso a los logros alcanzados en la evolución legislativa. En cuanto a la sistemática y ubicación del libro dedicado a las sucesiones, el Observatorio encuentra que sería conveniente que este tema fuere tratado como un capítulo del libro de bienes o a continuación de aquél. Adicionalmente, el proyecto no es suficientemente claro en la definición de algunos conceptos, como, por ejemplo, al definir vocación sucesoral, sucesión y purga de indignidad. De igual forma, propone normas contradictorias, como cuando se afirma que el testamento es un negocio jurídico para luego definirlo como un acto de una sola persona.

Imposible ignorar las múltiples oportunidades en las cuales el proyecto incluye conceptos anacrónicos e incluso discriminatorios, como es el caso referido al concebido no nacido, donde el proyecto se refiere a la vieja regla decimonónica, sin referirse si quiera a la prueba científica. Del mismo modo, retoma el tratamiento diferenciado entre compañero perma-

nente y cónyuge y hace referencia a clasificaciones odiosas como la de hijos matrimoniales, extramatrimoniales y adoptivos.

Teniendo en cuenta todo lo anterior, si la decisión es la emprender la delicada senda de reformar el derecho privado colombiano, este Observatorio sobre Vigencia y Reforma del Código Civil colombiano de la Universidad Externado de Colombia invita al Ministerio de Justicia y el Derecho a considerar la necesidad de reducir el ritmo y la velocidad de la discusión, reevaluar la metodología para adelantar una tarea tan importante para el país, como podría ser la organización de comisiones lideradas por un comité de expertos plural que incluya los distintos actores (academia y universidad, rama judicial, sector productivo, cámaras de comercio, notarios, entre otros) de manera que se dote de legitimidad a ese proceso y se pueda concebir de forma concertada una reforma de nuestro derecho privado después de un estudio serio y completo.

PARTE II
ANÁLISIS DEL PROYECTO
DE CÓDIGO CIVIL PRESENTADO
POR LA UNIVERSIDAD NACIONAL
POR EJES TEMÁTICOS

1. PARTE GENERAL Y CODIFICACIÓN

El proyecto asume una sistemática y técnica legislativas inconvenientes además de que adopta posiciones que generan confusión y que son incompatibles con los desarrollos recientes en materia de fuentes del derecho, interpretación, integración del derecho y de derecho internacional privado

Responsable:

Édgar Cortés

Coordinadores:

Daniel Rojas Tamayo

Catalina Salgado Ramírez

Profesores participantes:

Juan Ángel

Ismael Arévalo Hernández

Adriana Castro

Carlos Chinchilla

Diego Moreno Cruz

Pablo Moreno Cruz

Juan Felipe Navia Revollo

Javier Mauricio Rodríguez Olmos

María Isabel Troncoso

1. SISTEMÁTICA Y TÉCNICA LEGISLATIVA

En primer lugar, respecto a la **sistemática por la que opta el proyecto**, es necesario comprender la filosofía subyacente al sistema de la parte general: en ella se pretende regular, de la manera más general y abstracta posible, instituciones jurídicas que han de ser utilizadas en un momento posterior a la aplicación de cada una de las normas particulares de las partes especiales.

La idea central de la parte general tiene hondas consecuencias metodológicas con graves efectos negativos para la administración de justicia y para los diferentes actores de la sociedad. Para el operador jurídico, dicha parte general comporta una obligación de solucionar los casos concretos haciendo una comprobación, tanto de la normativa aplicable de las partes especiales, como de la eventualmente aplicable de la parte general. Esto no solamente implica un mayor y más complejo nivel de análisis, y, consecuentemente de esfuerzo en términos interpretativos y de tiempo, sino también el uso de herramientas metodológicas afinadas, con el fin de llegar a una correcta aplicación de la ley; directamente proporcional a ese doble esfuerzo interpretativo es el incremento de probabilidades de interpretaciones desatinadas.

A diferencia de lo que pudiera pensarse a primera vista, la resolución del caso en concreto en un sistema con parte general no parte de las normas de esta última, para proseguir después a las de las partes especiales. El procedimiento es, por el contrario, el inverso. La problemática que de allí resulta en la solución de los casos concretos, es decir, omitir elementos relevantes tanto de la parte especial, como de la general, es ilustrada de la siguiente manera por Petersen:

El arte consiste, entonces, en comprobar por su orden la aplicación de lo especial, para finalmente llegar a lo general. Por ello es indispensable hacer conciencia de dónde se encuentran los puntos de contacto entre lo general y lo especial. Pues sólo así puede evitarse omisiones graves en casos determinados. De lo contrario existe el peligro de que, en supuestos casos especiales, toda una dimensión completa, esto es, la de la parte general, se pase por alto⁶.

6 Petersen J., “Die systematische Stellung des Allgemeinen Teils vor der Klammer der anderen Bücher”, *Juristische Ausbildung* 10, 2011, 759: „Die Kunst besteht dann darin, das Besondere der Reihe nach zu prüfen, um schließlich zum Allgemeinen zu gelangen. Deswegen ist es unerlässlich, sich bewusst zu machen, wo die Berührungspunkte zwischen Allgemeinem und Besonderem angesiedelt sind. Denn nur so können in bestimmten Fällen gravierende Auslassungen vermieden werden. Andernfalls besteht die Gefahr, dass in vermeintlichen Spezialfällen eine ganze Dimension – nämlich die des Allgemeinen Teils – verfehlt wird“.

De cara a esta dificultad, habrá de tenerse en cuenta en el debate que se ha abierto para discutir el nuevo proyecto, si existe consciencia de la dimensión del cambio metodológico que se pretende introducir, **si el operador jurídico colombiano, formado y ejercitado en un sistema completamente distinto, está preparado, sin más, para dominar los desafíos que el nuevo método plantea** y si, en vista de esos desafíos, son de esperar, a lo menos en el corto plazo, resultados auspiciosos, especialmente desde la perspectiva de la praxis judicial. Una cosa sí debería tenerse por segura: si se aprobara el cambio de sistema que se propone, los **riesgos intrínsecos que él conlleva para la estabilidad y claridad de dicha praxis judicial, para la seguridad jurídica en general y para la paz social**, deberían conducir a la provisión y financiamiento de mecanismos de formación continuada necesarios para preparar a los operadores jurídicos en el nuevo sistema. Es posible dudar, con todo, que tales mecanismos eviten dichos riesgos o, peor aún, que los mitiguen siquiera.

Desde el punto de vista metodológico, existe una profunda consecuencia de la adopción de una parte general. Recientemente ha sido puesto de presente por el profesor Christian Baldus, de la Universidad de Heidelberg, que el método típico para suplir lagunas del jurista que proviene de un sistema sin tradición de parte general consiste en la analogía *legis*. Teniendo en cuenta la *ratio legis* de una normativa determinada, y habida consideración de las peculiaridades y naturaleza de una situación particular no regulada expresamente, el jurista de ese sistema concluye, si el caso lo permite, en la aplicación de la norma existente a dicha situación. Por otra parte, no es improbable en un sistema como el nuestro, que un operador jurídico deba recurrir al principio hermenéutico según el cual lo posterior deroga a lo general. Ninguna de estas dos cosas es evidente en un sistema con parte general. No lo es el principio hermenéutico mencionado, pues la razón de ser de la parte general es, precisamente, regir en las partes especiales. Con otras palabras: la vigencia de un tal principio equivaldría a una anulación del valor metodológico que corresponde a la parte general, en un código que la adopta; la exclusión de la aplicación de la parte general en un problema a resolver con normas de partes especiales no puede, sin más, justificarse con una tal regla hermenéutica. Por lo que hace a la analogía, el método usual en sistemas con parte general es normalmente el contrario, es decir, el de la interpretación restrictiva o reducción teleológica. La aplicación de la reducción teleológica es todo menos algo sencillo y evidente. El lugar que esta forma de método ocupa en la profusa literatura alemana especializada, debería servir para poner de presente esta circunstancia.

En relación con la técnica legislativa se debe tener en cuenta que, si se pretende regular una acción humana, una relación intersubjetiva, o definir una institución o categoría jurídica, una reforma se debería guiar por las siguientes directivas: (i) además de la pertinencia, (ii) debe

aumentar y no disminuir la claridad del significado de la normatividad que es objeto de reforma y, de este modo, (ii) ha de propender por hacer más simple, y no más difícil de entender, el contenido del significado de cada una de las disposiciones.

El contenido de la reforma, al menos en relación con algunas de las disposiciones objeto de análisis, *no es pertinente*. Pareciera que la redacción de varios de los enunciados normativos está animada por llevar a la codificación el fenómeno de la constitucionalización que nuestro ordenamiento jurídico ha experimentado desde el año 1991. De hecho, muchas partes de las disposiciones expresan el afán de los autores de la reforma propuesta por expresar su acuerdo y confirmar una jurisprudencia vinculante que, por casi tres décadas, también en atención al contenido del código civil vigente, ha tratado de decantar acuerdos no solo en relación con la interpretación, la integración y la aplicación del derecho, sino también en relación con la jerarquía de las fuentes del derecho y con el contenido y la titularidad de los derechos (subjetivos) fundamentales y demás posiciones normativas de ventaja. Este esfuerzo de capturar en la redacción de algunos enunciados del proyecto de código civil la compleja articulación de la normativa constitucional y el dinamismo interpretativo a manos de la jurisprudencia constitucional conduce, precisamente, a que **la propuesta de reforma aumente el grado de equívocidad innecesariamente pues disminuye la simplicidad y la claridad en relación con la formulación de disposiciones normativas del código civil vigente**, a su vez ya cargado de un alto grado de equívocidad.

Una rápida lectura de varias de las disposiciones haría pensar en una obediente adopción de la normativa constitucional e, incluso, en una pacificación definitiva de intensos desacuerdos interpretativos. Sin embargo, una lectura solo algo más detenida muestra, en varias disposiciones, una **desarticulada reproducción o reformulación de fracciones de enunciados constitucionales y de rationes decidendi que parecen incrustarse de forma algo forzada en el texto**, aumentando la equívocidad del significado de cada una de ellas y, por lo tanto, potencializando innecesariamente una cantidad de desacuerdos interpretativos futuros.

Muchas son las preguntas que se derivan del posible significado de algunos de los enunciados analizados. Preguntas que seguramente no se generarían si se recurriese, no a una “colcha” de citas acompañadas por el uso del lenguaje propio del código vigente, sino a un *simple* y *claro* reenvío a la Constitución y la jurisprudencia constitucional vinculante.

Algunas de esas preguntas que se podrían plantear, a manera de ejemplo, referidas al análisis de la forma en que se abordan los derechos subjetivos, podrían ser: (1) En la justificación

de los derechos subjetivos se adopta la teoría del interés: los derechos se justifican como exaltación de la dignidad humana. Sin embargo ¿por qué, en el mismo artículo, precisan que los derechos tienen también por objeto la satisfacción de las necesidades de las colectividades y las comunidades étnicas? (art. 34). (2) ¿La colectividad es sujeto de derecho o solo los individuos que la conforman? (art. 12 vs. art. 34). (3) Aunque no se entiende muy bien qué es la “puesta en marcha de los poderes jurídicos de su contenido”, ¿qué diferencia hay entre poder y derecho subjetivo? ¿el contenido de los derechos son poderes? Si es así, ¿el derecho de acción no sería un poder? (art. 35). (4) No obstante la pretensión de constitucionalización del texto de la reforma y la expresa referencia a la locución ‘sujetos de especial protección constitucional’ ¿por qué en el art. 38, inciso 1, se fijan como límites a la libertad económica solo la ley, el orden público, las buenas costumbres y, en el inciso segundo, se agrega el “medio ambiente” y “los compromisos internacionales”? (5) ¿Las libertades y las protecciones no son derechos? (art. 38 inciso 2). (6) ¿El medio ambiente es un límite o lo es, más bien, el derecho a un ambiente sano de los otros? (Art. 38, inciso 2). (7) ¿Qué significa tener “la responsabilidad social pertinente”? (art. 38, inciso 2). (8) ¿Se sanciona el no ejercicio de un derecho o, más bien, el no cumplimiento de un deber correlativo al derecho de otros? (art. 39).

2. INTERPRETACIÓN INTEGRACIÓN Y FUENTES DEL DERECHO (ARTS. 3 A 7)

El capítulo II del título I de la parte general del proyecto de código civil trata sobre la interpretación e integración del derecho. Sin embargo, reduce la regulación a los aspectos relacionados a los problemas hermenéuticos de la ley, como fuente principal del derecho; posición que **desconoce la fuerza normativa de los principios generales del derecho, el valor de la jurisprudencia y el proceso de aplicación del derecho a través del sistema abierto de fuentes.**

El proceso de interpretación no puede reducirse a la lectura del ordenamiento jurídico a partir de la ley. El precedente judicial y administrativo, los principios generales del derecho, el rol activo del juez ha transformado el sistema de fuentes permitiendo la prevalencia de la justicia material sobre la formal, lo cual es característico de sociedades heterogéneas y complejas, como la colombiana. Así, el esfuerzo que debe realizar el legislador de un código civil para cumplir con los desafíos de una sociedad contemporánea debe partir del reconocimiento de la pluralidad de fuentes, en el que circulan la ley, los pronunciamientos jurisprudenciales, las normas del sector, todos alrededor de la Constitución Política. El proyecto no

toma en cuenta que muchas instituciones, conceptos, términos y palabras ya han soportado un escrutinio constitucional y hacen ya parte de nuestro ordenamiento, es decir, cambiar unas normas no comporta solamente la reforma de las mismas, sino de todo un sistema de fuentes que ya tiene elementos de complejidad. Sobre el sistema de fuentes la Corte Constitucional ha trazado un camino hacia un sistema abierto de fuentes que el proyecto parece desconocer.

Hoy, el juez al interpretar y aplicar el derecho no se limita a elegir la ley y en caso de oscuridad proceder a otra fuente, debe individualizar de la pluralidad de fuentes, en el respeto de su jerarquía, las normas adecuadas para solucionar el caso concreto en prevalencia de la justicia y los valores constitucionales. Así el artículo 3 del proyecto consagra lo que la doctrina mayoritaria ha denominado “la constitucionalización del derecho privado”. La bondad de la norma consiste en fijar legislativamente la idea en virtud de la cual el derecho civil es una rama del derecho que debe analizarse, interpretarse y aplicarse en una constante comunicación con las normas de orden constitucional. Sería aún más bondadosa la norma si no se limitara a hablar de una comunicación de jerarquía y, mejor, propendiera por una aplicación armoniosa entre las normas del código civil y los principios constitucionales, pues solo de esa manera, se resaltaría que la aplicación de los principios constitucionales deberá ser por medio de las normas que se expiden en ese código o que la aplicación de las normas del código expresan valores constitucionales, en cuanto están guiados por los principios.

Además de esas consideraciones generales, sobre la técnica en que se consagran las normas sobre interpretación también se pueden hacer algunos reparos: Si bien el artículo 3 incorpora el natural respeto de la supremacía de las normas constitucionales, reflejado en la interpretación que debe ajustarse a dichas normas, orientación que se ve reforzada por las finalidades de protección de derechos fundamentales, de protección de las personas en situación de debilidad manifiesta y de “realización del interés general”, se podría objetar esta última referencia, sino se toman en cuenta, también, los intereses propios de los particulares (el interés particular) cuando ello sea pertinente, pues de lo contrario se podría estar frente a una asimetría peligrosa. En efecto, parafraseando a R. Guastini (a propósito del código civil brasileño que remite en la interpretación a los “fines sociales” y las “exigencias del bien común”), la referencia al interés general “equivale, más o menos, a decir que los jueces pueden hacer lo que les parezca”.

Por lo demás, la redacción del artículo 3 resulta redundante. Con el ánimo de reconocer el lugar privilegiado de la ley (entendida como la derivada del órgano legislativo), el primer inciso se dedica a esta fuente del derecho, y luego en el segundo inciso, con el fin de incluir la

interpretación de las “demás fuentes de derecho”, se vuelve a repetir lo ya mencionado sobre la necesaria conformidad de dichas normas con los postulados constitucionales. Quizá bastaría con la mención de las “demás fuentes del derecho” en el primer inciso del art. 3, y con eso se podría prescindir del inciso segundo.

Luego, en el artículo 4 se pasa a desarrollar la interpretación de las normas jurídicas propiamente dichas y allí se incorporan en aparente pie de igualdad varios de los argumentos ya consolidados dentro de la teoría de la interpretación jurídica. Pero más allá de algunos problemas de redacción, aparece un problema de fondo cuando el artículo parece proponer los criterios de la racionalidad, la justicia y la armonía con el ordenamiento jurídico, para resolver la situación de polisemia derivada de la aplicación de los diferentes argumentos interpretativos (cada argumento interpretativo puede dar un sentido diferente). Al margen de que en la teoría de la interpretación se reconoce la falta de consenso en el establecimiento de una jerarquía entre los distintos argumentos, o la dificultad para establecer una jerarquía entre los diferentes significados que pueden resultar de su aplicación, el recurso a los criterios de racionalidad, justicia y armonía no parecen aportar mucho y sí pueden crear confusión. En efecto, la racionalidad está implícita en el argumento interpretativo teleológico objetivo, en cuanto, en última instancia, ese argumento apunta precisamente a la construcción normativa de un significado que prescinde de una ficticia voluntad del legislador para abrazar una comprensión racional (como lo señala R. Alexy).

En segundo lugar, la referencia a la armonía con la integridad del ordenamiento jurídico parece también redundante, teniendo en cuenta que el contenido del argumento sistemático es precisamente un encuadramiento de la norma o normas jurídicas en su contexto dentro del entramado de normas jurídicas que constituyen ese ordenamiento. Como lo señala R. Guastini, el argumento sistemático precisamente se refiere a la congruencia o armonía axiológica del ordenamiento. Si esto es así, la remisión a la «armonía con...», **terminaría por ser una repetición que no aportaría nada en la determinación de la prevalencia de un significado en caso de polisemia**, que es lo que en principio se debería lograr.

En fin, la referencia a la justicia como otro criterio para resolver la polisemia tampoco parece muy acertada. En primer lugar, porque racionalidad y justicia (lo que sea que por esta se entienda) no necesariamente van a corresponder. Como la norma proyectada no establece una jerarquía entre racionalidad y justicia (tampoco frente a la armonía), además de la dificultad de la aplicación de ese criterio, en caso de poder determinar cuál significado sería el más racional o el más justo, no se sabría cuál de ellos debería prevalecer. Y todo esto, al margen del difícil

problema de determinar qué sería un resultado justo. Dado que de los textos no se deducen significados o sentidos, en cuanto la interpretación no es un razonamiento lógico–deductivo ¿por qué en el art. 4 parece suponerse lo contrario?

Si se observa, luego, el art. 5, surgen dudas sobre la necesidad y la finalidad de una norma referida específicamente a la oscuridad y la contradicción. El art. 5 trae dos criterios para resolver la oscuridad y la contradicción. Según la estructura que parece proponer el proyecto, la lógica para proceder a la actividad interpretativa sería la siguiente: En un primer nivel, se establecen los argumentos interpretativos para determinar el significado de las normas jurídicas; en un segundo nivel, en caso de polisemia (pluralidad de sentidos derivados de la aplicación de los diferentes argumentos) se ofrecen unos criterios (lo razonable, lo justo, lo armónico, con las críticas ya señaladas). Finalmente, en un tercer nivel, si mediante estos criterios no es posible esclarecer un significado (¿oscuridad?) se aplicarían los principios ‘fundamentales’ del derecho (¿por qué sustituir una expresión consolidada como “principios generales del derecho”, máxime cuando en otros artículos sí se utiliza esta última?) y la equidad. Este tercer nivel tampoco escapa a la crítica.

En efecto, en primer lugar, no es necesariamente clara la relación entre ambigüedad (derivada de la polisemia) y oscuridad. Si bien en ocasiones se distinguen las dos situaciones, señalando que la oscuridad equivale a la imposibilidad definitiva de establecer un significado racional, en muchos casos ambigüedad y oscuridad se tratan como sinónimos. De hecho, la ambigüedad (derivada de la polisemia) también ha sido considerada una especie del género oscuridad, siendo la oscuridad cualquier área que implique la “no claridad”. Por lo tanto, se debería asumir que el proyecto parte de una distinción tajante entre ambigüedad y oscuridad, y se entiende la oscuridad como la imposibilidad de extraer cualquier significado razonable de un ‘pasaje’. Pero, nuevamente, si este es el sentido de la oscuridad, no se vería cómo a partir de los principios generales del derecho, o la equidad, se podría extraer ese significado, máxime cuando la aplicación de los principios generales del derecho requiere de su concreción.

Igualmente problemática resulta la referencia en el artículo 5 a “pasajes contradictorios” y la directriz de interpretación referida a los principios fundamentales del derecho y la equidad. ¿Acaso no se trata precisamente de que los argumentos interpretativos del artículo 4º resuelvan las eventuales contradicciones que se puedan presentar entre diferentes ‘pasajes’? ¿no es esa la finalidad, por ejemplo, del argumento sistemático?

Por otra parte, llama la atención, y preocupa, que si la progresión que se busca en la (argumentación de la) actividad interpretativa corresponde a los tres niveles señalados, se dejen los principios generales del derecho como un criterio subsidiario y casi marginal, como *última ratio*, para el caso exclusivo de oscuridad, dado que **los principios generales del derecho deberían iluminar toda la actividad interpretativa.**

En materia de integración del derecho (art. 6), surge esa misma preocupación, pues allí se recurre, en primer lugar, a la analogía para afrontar las denominadas lagunas jurídicas, y, en segundo lugar, si el recurso a la analogía no es posible, se incluyen una serie de criterios auxiliares para eliminar la laguna: costumbre(s), equidad, jurisprudencia, principios generales del derecho y la doctrina. Las preguntas son: ¿En realidad los principios generales del derecho son meros criterios auxiliares? ¿Qué se entiende por norma jurídica? Esto porque ¿acaso la jurisprudencia siempre es criterio meramente auxiliar? Esta discusión ya se dio en relación con el artículo 230 de la Constitución Política y fue resuelta por la misma Corte Constitucional en el sentido de que la jurisprudencia, en múltiples casos no es meramente auxiliar y, sin embargo, **el proyecto de Código Civil parece ir en contravía de la tendencia contemporánea, también acogida por jurisprudencia constante de la Corte Constitucional, introduciendo una posible fuente de confusión.**

Finalmente, en el artículo 7 también hay un aspecto preocupante. En un primer momento, se acoge la prohibición de “rehusar a decidir” por parte de todos aquellos que estén investidos de la facultad de administrar justicia. Más allá de la discutible mención a la “decisión razonable”, preocupa que **al parecer el proyecto elimina la figura de la doctrina probable y su cercana vinculación con la figura del precedente judicial en el ordenamiento jurídico colombiano.** En efecto, se afirma que la jurisprudencia “deberá ser considerada y acatada por jueces y magistrados”. ¿Cuál es el concepto de jurisprudencia al que se hace referencia? ¿Cualquier decisión? Y se complementa con la posibilidad de “apartarse de la jurisprudencia (nuevamente, ¿cuál?), exponiendo, de manera clara y expresa, los motivos que justifiquen la separación”. Para el debido funcionamiento de esa posibilidad de ‘apartarse’, es necesario determinar qué se entiende por jurisprudencia.

En fin, ¿Qué incidencia tiene la aceptación de la prevalencia del derecho de los grupos indígenas al momento de la interpretación, integración o la aplicación de la ley? ¿Si la jurisprudencia constitucional ya ha fijado límites al respecto, por qué se ignoran? (art. 12).

3. APLICACIÓN DE LA LEY EN EL ESPACIO, DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO (ARTS. 21 A 33)

Las disposiciones que refieren a la aplicación de la ley en el espacio (Derecho internacional Privado), se encuentran principalmente en los proyectos de artículo 21 a 33 y en otros artículos dispersos a lo largo del proyecto. **No cabe duda de que el régimen del Derecho Internacional Privado en Colombia requiere de actualización, sin embargo, no se identifica que el proyecto de Código aporte a dicho propósito.** Los aspectos problemáticos frente a la concordancia del proyecto con el ordenamiento jurídico colombiano o frente a la política legislativa que debería guiarlo, se pueden presentar así:

a. Respetto de la noción de orden público

En general, el proyecto aborda la nomenclatura de “orden público” cuando se refiere a las limitaciones al reconocimiento de efectos en Colombia de ley extranjera (art 21) o las limitaciones a la autonomía privada (art. 11). Sin embargo, en algunos artículos el proyecto acoge los calificativos *nacional* o *internacional*, o lo delimita a normas, preceptos o reglas. No sería deseable que dichas calificaciones se encontraran en el texto del Código Civil. Sería preferible recoger en el texto la noción de orden público sin calificativos. A efectos que sea interpretada y aplicada por los operadores jurídicos caso por caso. Así, por ejemplo, cuando remita a situaciones propias del derecho internacional privado, el intérprete podrá aproximarse a la noción y función del orden público de derecho internacional privado⁷, o en el campo internacional⁸ y así se deja que sea la doctrina y la jurisprudencia las que continúen en la constante reflexión y construcción respecto de la noción de orden público de derecho internacional privado.

Pero antes que nada, es necesario detenerse en el concepto mismo de orden público que propone el proyecto pues parece incurrir en la confusión de asimilar la noción de orden público a la de normas imperativas. Si bien los fundamentos sociales, políticos y jurídicos del Estado se expresan en normas, preceptos o reglas, sería impreciso hacer referencia a normas de orden público como límite a la autonomía de la voluntad. Por ejemplo, al señalar la limitación de la

7 García, L., “Revisión del concepto de orden público de derecho internacional privado. Estudio en homenaje a Carlos Holguín Holguín”, *Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia*, n.º 1 (370), 2020, 163-179, disponible en https://revistaacademiacolombianajurisprudencia.acj.org.co/index.php/revista_acj/article/view/9, 9 [consultado el 11 de septiembre de 2020].

8 Holguín, C., “La noción de orden público en el campo internacional”, *Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia*, n.º 290-291, 1990 – 1991, 9-19.

autonomía de la voluntad con la prohibición de derogar mediante negocios jurídicos las “normas” de orden público (art 10). Ejemplos similares, se encuentran en los proyectos de artículo 29 (normas de orden público nacional), 883 “normas de orden público”, 1511 que califica algunas de las disposiciones del título como preceptos de orden público, y 1668 que acoge la expresión “reglas de orden público”. La referencia al orden público sin condicionar a que se encuentre incorporado en una norma se recoge en la mayoría del texto (art. 6, 11, 21, 38, 47, 49, 133, 134, 136, 149, 161, 188, 489, 564, 873, 1511, 1630, 1984).

b. Respecto de los bienes

El proyecto de artículo 24 refiere a los derechos reales y parece recoger la aproximación del Tratado de Derecho Civil de Montevideo (1889, arts. 26, 30 y 31), ratificado en Colombia por la Ley 33 de 1992. La regla de conflicto *Lex loci sitae* en el proyecto de artículo 24 se extiende al de capitulaciones matrimoniales, sucesiones, y prescripción extintiva de acciones reales. Sin embargo, el proyecto no recoge una disposición sobre los derechos de crédito.

El proyecto desconoce convenios internacionales y normas que reflejan las realidades del comercio internacional. Situación que amerita revisión en consideración del objeto del Código en los términos del proyecto de artículo 1.

El cambio de la ley aplicable en cuanto a su calidad, posesión, enajenabilidad absoluta o relativa y las relaciones de derecho de carácter real de que son susceptibles, en consideración del cambio de situación del bien, debe ser revalorada conforme al régimen de garantías mobiliarias, así como al de la insolvencia transfronteriza.

Sobre el régimen de garantías mobiliarias, Colombia suscribió y ratificó el Convenio UNIDROIT relativo a garantías internacionales sobre elementos de equipo móvil, firmado en Ciudad de El Cabo (2001). El convenio prevé un régimen para la constitución y efectos de garantías internacionales sobre categorías de elementos de equipo móvil y derechos accesorios (art. 2.1). El ámbito de aplicación de la Convención se determina conforme la ubicación del deudor en un Estado contratante al momento de constituir una garantía internacional; sin embargo, en varios apartes se refiere a la ley aplicable, esto es la ley doméstica que sería aplicable en virtud de las normas de derecho internacional privado del foro que conozca el caso (art. 5.3).

La ley colombiana de garantías mobiliarias, Ley 1676 de 2013, acoge *lex rei sitae*, pero plantea hipótesis que flexibilizan la regla. La ley aplicable a la constitución, oponibilidad, registro, prelación y ejecución será la del Estado en el que se encuentre el bien objeto de la

garantía mobiliaria (art 83). Sin embargo, frente a bienes garantizados que se utilizan en más de un Estado, caso en el que la ley aplicable será la del Estado en el que se encuentre el garante. En todo caso, si el bien garantizado es objeto de inscripción en un registro especial, la ley aplicable sería la del Estado bajo cuya jurisdicción esté el registro.

Sobre el régimen de insolvencia transfronteriza (Ley 1116 de 2006), la ley permite acceso de los representantes y acreedores extranjeros ante las autoridades colombianas competentes (Art 94 y ss.) y permite el reconocimiento de un proceso de insolvencia extranjero (art, 100 y ss.).

c. Respeto de los contratos internacionales

1. LIBERTAD DE ELECCIÓN

No es clara la propuesta de artículos 26 y 27. De una parte, la relación entre los proyectos de artículos podría concluir que no es posible la selección de ley respecto de la existencia y validez de los negocios jurídicos. En la regla incorporada en el proyecto de artículo 26, no se encuentra incluida la opción de elección de las partes de someterse a ley extranjera.

De otra parte, el proyecto de Código propone bifurcar la ley aplicable a los contratos internacionales en lo relativo a su existencia y validez y en lo relativo a su naturaleza y efectos. Conforme la redacción propuesta, esa situación podría ser superada sólo en el caso que las partes acuerden expresamente someterse a la ley del lugar de celebración para los asuntos relativos a la naturaleza y efectos (de conformidad con el proyecto de art. 27, inc. 2). O que cuenten con la afortunada coincidencia que no sea posible determinar el lugar de ejecución para pasar a ser aplicable la ley del lugar de celebración (en los términos del proyecto de art 27, inc. 2). Con esta presentación sólo se muestra la consecuencia lógica, pues no se defiende, de ninguna manera, que deba ser la ley de celebración del contrato la que gobierne todos los contratos internacionales.

Adicionalmente, en los términos del proyecto de artículo 27 puede presentarse una anti-nomia al no ser clara la regla y la excepción. El primer inciso del proyecto de artículo señala por norma de conflicto la ley del lugar de ejecución de los negocios jurídicos. Sin embargo, en el siguiente inciso acoge la expresión “contratos” para reconocer la libertad de elección de una “ley” que tenga conexión con el negocio, salvo que la ley lo prohíba. En seguida, en el mismo inciso segundo, señala la regla de conflicto en defecto de la elección expresa de las partes: la ley del domicilio del benefactor en los contratos de beneficencia; la ley del lugar de celebración,

para los negocios en los que no pueda determinarse lugar de cumplimiento; y la ley del lugar de ejecución cuando no pueda determinarse el lugar de celebración.

Por último, proscribiremos la opción de elección tácita. El artículo se refiere a la opción de selección expresa de una ley a la que decidan someterse las partes. Con ello, queda proscribida la selección tácita que ha sido reconocida en instrumentos de Derecho Internacional Privado “adoptados por la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado (HCCH)⁹ o por el Comité Jurídico Interamericano de la OEA¹⁰.

2. “DERECHO APLICABLE”

Las normas de conflicto en el subcapítulo sobre los negocios y hechos jurídicos que recoge el proyecto de Código limitan la opción a una “ley” (arts. 26 al 28). Textos modernos del Derecho internacional privado tienen una aproximación más amplia que prefiere la expresión “derecho aplicable”. Por ejemplo, la Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales (1994); que no ha sido suscrita ni ratificada por Colombia. En igual sentido, la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado acogió la expresión derecho aplicable en los Principios sobre la elección del Derecho aplicable en materia de contratos comerciales internacionales (2016); y el Comité Jurídico Interamericano (2019) aprobó la Guía sobre el derecho aplicable a los contratos comerciales internacionales en las Américas.

La expresión “derecho aplicable” ofrece apertura hacia el derecho no estatal, abarca usos internacionales, principios del comercio internacional, la *lex mercatoria* y expresiones similares¹¹. Así, por ejemplo, no restringe la opción de aplicación de los Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales.

9 Ver, art. 4, Principios sobre la elección del Derecho aplicable en materia de contratos comerciales internacionales, Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado [HCCH], 2016, disponible en <https://assets.hcch.net/docs/21356f80-f371-4769-af20-a5e70646554b.pdf> [consultado el 11 de septiembre de 2020].

10 Ver, pp. 72 y ss. Guía sobre el derecho aplicable a los contratos comerciales internacionales en las Américas, aprobada en el 94.º Período Ordinario De Sesiones OEA/ser.Q del 18 al 22 de febrero de 2019, CJI/doc. 577/19 rev.1corr.2 Río de Janeiro, Brasil 8 de agosto de 2019, pp. 72 y ss., disponible en http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/Guia_Derecho_Apliable_Contratos_Comerciales_Internacionales_Americas_2019.pdf [consultado el 11 de septiembre de 2020].

11 Ibid, Ver para. 185.

3. DEL USO DE COMUNICACIONES ELECTRÓNICAS (MENSAJES DE DATOS)

Los proyectos de artículos 474, 482, y 487 presentan fallas. No es posible identificar causa justificada para que se separen de la Ley 527/99, que recoge el instrumento de derecho uniforme de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional.

4. CONTRATOS CON CONSUMIDORES

Aunque el proyecto tiene un capítulo dedicado a consumo (arts. 531 y 532), algunas disposiciones sobre la materia se encuentran dispersas. Ello no facilita el entendimiento del régimen especial del consumidor y en ocasiones no es clara la existencia de unidad de materia.

Así, por ejemplo, el proyecto de artículo 487, que incorpora una regla sobre tiempo y lugar de envío y recepción de mensajes de datos, a su vez señala una regla de jurisdicción para el consumidor. De la redacción del proyecto, no es claro si dicha regla de jurisdicción está sujeta al perfeccionamiento del contrato por medios electrónicos.

Adicionalmente, el lugar en el que el consumidor recibió o debió recibir la prestación como regla para fijar la jurisdicción no tiene justificación clara. Esta regla fácilmente se comprueba contraria a los intereses del consumidor en contratos internacionales. Por ejemplo, en un contrato de tiempo compartido o paquetes turísticos en el extranjero, de una empresa que ofrece los servicios o dirige su publicidad a Colombia. El consumidor, entonces, quedaría sometido a la jurisdicción extranjera. En algunos países se ha acogido la regla de jurisdicción a elección del consumidor.

2. DERECHO DE PERSONAS

La persona pierde centralidad en el proyecto de Código Civil y la estructura se aleja sin justificación de nuestra tradición jurídica

Responsable:

Jairo Rivera Sierra

Coordinadoras:

Adriana María Cely

Diana Carolina Rivera Drago

Profesoras participantes:

Ingrid Duque

Milagros Koteich

Natalia Rueda

María Julieta Villamizar

Este documento presenta el análisis sobre la necesidad, conveniencia, nueva estructura, sistemática y desafíos en ‘Derecho Civil Personas’ en el Proyecto de Reforma del Código Civil colombiano elaborado –con base en el proyecto que otrora concibiera Arturo Valencia Zea– por la Universidad Nacional de Colombia; fuertemente inspirado, al menos en su estructura y sistemática, en el Código Civil Alemán de 1900.

Para ello, en primer lugar y antes de descender a un plano más concreto, se pondrá de presente la necesidad de que cualquier reforma al Código Civil tenga como eje central a la persona, concepto que no parece tener el peso suficiente dentro del proyecto que nos ocupa. En segundo término, se analizará, de manera general, la nueva propuesta frente a los tres ejes temáticos que componen el estudio de la institución ‘Personas’, es decir, la persona natural, la persona jurídica y, por último, los demás sujetos de derecho. Para finalizar, se presentarán algunas conclusiones, principalmente atinentes a los enormes desafíos que implica una reforma

de esta magnitud y al especial cuidado que debe ponerse en no desdibujar las instituciones que por siglos han tenido un papel protagónico en el derecho colombiano sin una razón de peso.

Lo primero que debe mencionarse en este punto, frente a la sensibilidad de una reforma de esta envergadura, es que esta no puede ser fruto ni de una intención de seguir a otros países que ya han dado el paso de hacerla, ni de una oportunidad histórica para el impulso por parte del Gobierno Nacional. **Una reforma como esta debe ser fruto de discusiones profundas y prolongadas entre todos los sectores involucrados e interesados**, en las que el tiempo no apremie y haya lugar al análisis de la verdadera necesidad de una reforma absoluta e integral del código.

Es cierto que en materia de “Personas” el Código Civil amerita una actualización que lo armonice con una realidad marcada por los avances científicos y la evolución social y cultural; sin embargo, no parece necesario acudir a una reforma total que no solo desconoce la actual estructura de estatuto civil, sino que **plantea un desarrollo desordenado, no secuencial, de la materia** y que olvida la extrema importancia de una adecuada distribución de las normas dentro del código, con miras a evitar repeticiones y contradicciones y facilitar una interpretación sistemática y armónica del mismo.

Los códigos civiles son anteriores a las Constituciones Políticas de los Estados en el mundo, y fueron ellos los primeros instrumentos de protección de los derechos y garantías de los seres humanos. Fue en los códigos civiles donde por primera vez aparecieron los aún hoy llamados derechos de la persona y los atributos de la personalidad y solo hasta el siglo pasado dichos derechos y atributos adquirieron la categoría de constitucionales. El Código Civil es un cuerpo normativo que irradia todas y cada una de las manifestaciones de la persona, frente a sí misma, a la familia, a sus bienes y relaciones patrimoniales, a sus obligaciones y responsabilidades, e incluso a las consecuencias después de su muerte. Sin la persona, en un ordenamiento como el colombiano, las demás instituciones no tendrían sentido alguno.

El Código Civil de Andrés Bello, así como el de Napoleón, a diferencia del alemán, fueron códigos hechos para el ciudadano y la protección de sus derechos; de hecho, desde su misma estructura, sistemática, redacción y lenguaje, se trata de códigos comprensibles y accesibles. Es por esto por lo que, entre otras razones, no parecería razonable alejarse de la tradición jurídica colombiana desde el punto de vista de la persona, máxime si esta ha funcionado de manera adecuada y ha sido compatible con las costumbres y cultura del país.

Es cierto que, algunas de las materias más desactualizadas del Código actual son aquellas relacionadas con los temas de personas y familia, sin embargo, ello no puede traducirse en una reforma que desconozca el papel central y principalísimo de la persona, cuyos derechos han sido objeto de los más completos y novedosos desarrollos por parte de la ciencia jurídica, los cuales no se ven reflejados en el proyecto.

Tal y como se verá más adelante, en la propuesta bajo análisis **la persona ya no tiene ni siquiera un título para su regulación y la de sus derechos**, dejándola en un segundo plano y desmembrando los atributos de su personalidad, para convertirlos las más de las veces, en parte de otras instituciones jurídicas que parecen ser más importantes que la persona misma.

En segundo lugar, llama la atención el hecho de que a pesar de que el proyecto se encuentra fuertemente inspirado en el BGB, no haya acogido una categoría jurídica de la pandectística que, si bien es desconocida para el Código Civil de Andrés Bello, ha sido objeto de apropiación por parte de la jurisprudencia y la doctrina nacionales: el ‘sujeto de derecho’, macro-categoría que comprende a la persona natural, a la persona jurídica, y a los otros sujetos, como los colectivos y, eventualmente –por cuanto esta discusión aún no está zanjada–, de acuerdo con los múltiples avances jurisprudenciales tanto de la Corte Constitucional como de la Corte Suprema de Justicia, los elementos de la naturaleza y los animales¹².

Tradicionalmente, el sujeto de derecho por antonomasia ha sido el ser humano y, por extensión, las organizaciones de seres humanos creadas para el cumplimiento de un determinado fin¹³; en esa concepción clásica, los sujetos de derecho tenían que cumplir con la condición de estar dotados de voluntad y capacidad y estas condiciones solo las cumplían las personas, naturales y jurídicas. Sin embargo, actualmente se habla de una concepción moderna, en la que ya no solo se incluyen las personas sino otros, y a la que muy probablemente seguirán sumándose otros tantos con el paso del tiempo. Se esté o no de acuerdo con esta comprensión del sujeto de derecho, esta no puede pasarse por alto en un proyecto de reforma del Código Civil colombiano, máxime cuando lo que se pretende con ella es la actualización de las materias. Es cierto que el Código Civil vigente tampoco incluye con precisión esta categoría y sus distintos

12 Sobre el particular, pueden consultarse, entre otras, las sentencias: Corte Constitucional, C-222 de 2019; T-622 de 2016, T-380 de 1993; Corte Suprema de Justicia, cas. civ., 26 de julio de 2017, exp. 17001-22-13-000-2017-00468-02; 5 de abril de 2018, exp. 11001-22-03-000-2018-00319-01.

13 Valencia Zea, A. y Ortiz Monsalve, Á., *Derecho Civil, Parte General y Personas*, t. I, 18.ª ed., Bogotá, Temis, 2016.

componentes, motivo que justificaría una reforma, principalmente para actualizar los temas e incorporar todos los avances normativos y jurisprudenciales, para, con una argumentación fuerte, tomar posición sobre la ubicación y tratamiento de estas nuevas realidades dentro del Código.

La falta de centralidad del sujeto hace que la estructura del proyecto sea inadecuada. Una estructura más apropiada debería partir del concepto de sujeto de derecho en un libro exclusivamente dedicado a ello –y no en la Parte General– para desarrollar de forma integral, ordenada y consecutiva toda la materia.

Agotadas estas consideraciones preliminares, se procede entonces a ahondar de manera más específica en la necesidad, conveniencia, nueva estructura y sistemática del proyecto.

En relación con la necesidad y conveniencia de una reforma en materia de Derecho Civil Personas, es indiscutible que ésta es necesaria y conveniente, principalmente teniendo en cuenta que es una de las materias que más adiciones, modificaciones, derogaciones y desarrollo jurisprudencial ha tenido. Sin embargo, una reforma de tal magnitud e importancia además de tener que partir de la realidad jurídica colombiana, del concepto de sujeto de derecho y estar a tono con los avances legislativos y jurisprudenciales que han venido a completar y nutrir el Código de Bello, debe incluir de manera mucho más detallada, profunda y completa todo lo relativo a disposición del cuerpo (órganos, tejidos y fluidos), bioética, métodos de fecundación asistida, investigación en embriones y células madre, concepción y regulación del *nasciturus*, y consentimiento informado. La mención a estos puntos es excesivamente general y carente de los fundamentos y principios que deben regirlos, aunque exista legislación y jurisprudencia más específica al respecto. Baste mencionar el ejemplo de la gestación por sustitución, figura recogida en un solo artículo que ni siquiera diferencia la práctica onerosa y la gratuita y tampoco menciona las demás condiciones que deben rodear esta práctica; frente a un tema tan delicado, sería preferible su no inclusión a una inclusión incompleta que puede traer más problemas que beneficios.

La estructura del proyecto no parece la más adecuada. La regulación de las *Personas* se encuentra dispuesta en el Título III del Libro Primero, atinente a las generalidades o “*Parte General*” de la propuesta. Dicho Título se encuentra precedido por el Título I: “*De la aplicación de las leyes*” y el Título II: “*De los derechos subjetivos y de su ejercicio*”; y le siguen el Título IV: “*De los Negocios Jurídicos*”; el Título V: “*De las Personas Jurídicas*”; y, por último, el Título VI:

“De los sujetos colectivos y otros derechos” (*sic*)¹⁴. Dicha sistematización, merece las siguientes observaciones:

En primer lugar, **no parece adecuado tratar a la persona dentro de las generalidades de un proyecto de codificación**, dado que, en efecto, dicha institución, después de todo su trasegar, reclama un libro autónomo que hable de su centralidad. De donde resultaría más apropiado conservar la sistematización del Código de Bello: Título Preliminar; Libro Primero: De las Personas (...).

En segundo término, **resulta incomprensible que (a) la regulación sobre el Negocio Jurídico se encuentre en el libro introductorio del proyecto; (b) ubicado entre los distintos sujetos de derecho** (persona natural, persona jurídica y sujetos colectivos); (c) **y antes del tratamiento de las Obligaciones.**

Tampoco resulta coherente que, en un título independiente (Título II) dentro del libro ‘Parte General’ se encuentre la regulación de los derechos subjetivos y su ejercicio, desvinculados de la persona como tal y, **de manera incomprensible, no se recogen dentro de este capítulo los denominados atributos de la personalidad**, sino solamente algunos de ellos.

Lo mismo podría decirse frente a los nuevos “derechos de la personalidad” (entendiendo por estos, aquellos derechos fundamentales antes ignorados por el Código Civil, como la vida, la integridad psicofísica, la intimidad, etc.), que tienen en el proyecto una regulación fragmentaria o parcial, lo cual puede ser, quizás, más pernicioso que no tener regulación alguna. Es decir, el proyecto, al abordar el tema, se ocupa en exclusiva de algunos derechos de la personalidad, dejando por fuera otros de igual importancia¹⁵, sin que se entienda el criterio de selección empleado; lo cual, podría llevar a pensar que los previstos expresamente son los únicos dignos de protección civil.

También debe advertirse del peligro implícito que comporta regular normativamente conceptos o institutos que, como el de los “derechos de la personalidad”, probablemente aún no están lo suficientemente decantados por la ciencia jurídica como para ser petrificados en la previsión legal.

14 Se supone que se quiso decir “sujetos de derecho”.

15 Dignidad, buen nombre, libertad, honor, entre otros.

Ciertamente constituye un avance muy importante el hecho de que derechos que antes eran tutelados exclusivamente por el derecho público (el penal, y luego, el constitucional) sean ahora protegidos también por el derecho privado, amparándolos y sancionando (con la responsabilidad civil) su transgresión. Sin embargo, en este terreno hay que proceder con mucha cautela, dado que, por dar solo un ejemplo, ni siquiera se sabe con certeza si aquello que debe indemnizarse es la sola transgresión culposa al derecho de la personalidad de que se trate, o si, más bien, es necesario que esa lesión produzca ulteriores consecuencias para que proceda la indemnización. Sin saberlo, y sin que la sociedad se haya decantado por una de las opciones, parece inconveniente la regulación legal¹⁶.

Menos coherente aún es que la regulación de las personas naturales ya no se encuentre en el Libro Primero ni tenga un libro propio, sino que finalmente aparece en el título III de la ‘Parte General’. En este título se abordan de manera desordenada varios temas: el principio de la personalidad del ser humano, en modo confuso y contradictorio pues se afirma, de una parte, que todo ser humano es persona, y, de otra, que la personalidad del ser humano principia al nacer y que el que está por nacer está protegido salvo en los límites establecidos en la ley, sin hacer claridad frente a ninguno de estos temas en concreto. Acto seguido, se mencionan los derechos de la personalidad, por fuera del capítulo de los derechos subjetivos, para luego pasar a los derechos sobre el cuerpo y sus partes integrantes de manera exageradamente sucinta, y, a la situación jurídica del cadáver humano; luego, se regula el tema del derecho sobre el nombre, los apellidos y la imagen, así como el derecho a la vida privada; se salta al fin de la personalidad humana y a la presunción de muerte por desaparecimiento; y, se devuelve al domicilio y al estado civil.

En estas materias, se presentan muchas inconsistencias, vale la pena mencionar desde ya las falencias, por ejemplo, en materia de estado civil: la posesión notoria se admite sin ningún matiz ni precisión, se dice que no podrá impugnarse la paternidad cuando haya precedido la crianza y posesión notoria por cinco años, se habla de la familia de crianza, pero no se define con precisión, se admite el uso del apellido del marido por parte de la mujer, pero se restringe de manera confusa.

.....

16 Sobre el particular, no se desconoce que desde el año 2014 tanto el Consejo de Estado como la Casación Civil asumieron, al menos desde el punto de vista formal, una determinada postura en la materia: se indemniza la lesión a los derechos de la personalidad, sin que se requiera de la prueba de alguna consecuencia posterior (para corroborar lo cual, bastaría con revisar la denominación de la categoría a la cual se alude: “daño a bienes jurídicos de especial protección constitucional” y ciertos apartes de las sentencias en cuestión), aun si materialmente, es decir en la práctica jurisprudencial posterior, el panorama no sea ya tan límpido.

El título IV de la misma ‘Parte General’ se dedica al tema del negocio jurídico para abordar desde allí la capacidad. Si bien es cierto que en el Código Civil vigente también se desarrolla este tema como parte del negocio jurídico (*rectius*, del acto jurídico), una reforma actual podría diferenciar estos dos conceptos teniendo en cuenta que la capacidad no sólo cobra relevancia dentro del ámbito del negocio jurídico; además, el proyecto de reforma no toma en consideración ni resuelve los enormes interrogantes que ha dejado desde su expedición la Ley 1996 de 2019 al respecto. Desde el punto de vista de la estructura, no termina de comprenderse el porqué de ubicar en la ‘Parte General’ del Código al negocio jurídico, lo cual solo podría explicarse como una consecuencia de la necesidad de tratar allí la capacidad, pero aun así no termina de comprenderse la lógica de este punto.

Del negocio jurídico se salta de nuevo a la persona, pero esta vez a la persona jurídica en el título V de la mencionada ‘Parte General’, y, para cerrar el Título, se incluye un solo artículo relacionado con los sujetos de derecho colectivos.

Queda claro que **el cambio estructural que se propone no corresponde a la tradición jurídica colombiana** y que, probablemente serán más las problemáticas que las ventajas que pueda traer consigo. Además de las falencias ya anotadas, no hay un hilo conductor ni un orden en la exposición de las materias, los ejes temáticos se abordan de manera desorganizada e incompleta.

De manera más específica, hay muchas instituciones del derecho civil que sufren modificaciones en el proyecto que no parecen las más adecuadas. Basta pensar en los siguientes ejemplos entre muchos otros:

El concepto de persona se simplifica en el artículo 43 sin cambiar su esencia, por cuanto al establecer que todo ser humano es persona, no impacta la eliminación de “cualquiera que sea su edad, sexo, estirpe o condición”, aun cuando reiterar lo omitido refuerza el respeto al derecho de no discriminación e igualdad de las personas.

El artículo 45 del proyecto modifica la redacción del artículo 92 de Código Civil, que es, en todo caso, más adecuada y establece la posibilidad de desvirtuar la presunción mediante “prueba cierta”, opción que independientemente de su consagración, es propia de las presunciones legales.

En el libro IV, capítulo II, Parte General, se encuentra la regulación de la figura de la ‘presunción de muerte por desaparecimiento (arts. 63 al 67). Sin embargo, de forma inconveniente, deja de lado la figura de la ‘mera ausencia’ como primera forma del desaparecimiento de las personas e ignora sus implicaciones legales, de las cuales se ocupan normas especiales como la ley 1306 de 2009; el Código General del Proceso; el Decreto 1664 de 2015¹⁷ y otras normas especiales que regulan casos concretos como la declaración de ausencia en casos de desaparición forzada y otras formas de desaparición involuntarias. Asimismo, en el artículo 63 del proyecto se dispone la ‘presunción de muerte por desaparecimiento’ en casos de secuestro, dejando de lado que éstos tienen hoy una regulación diferente a la declaración de muerte.

El artículo 66 del proyecto señala que la ‘declaración de muerte por desaparecimiento’ se revocará de plano en cualquier tiempo, cuando reaparezca el desaparecido. Disposición similar a la del art. 109 del Código Civil, pero opuesta a una norma posterior del Código General del Proceso, que en su artículo 584 señala el término de 10 años para obtener la rescisión de la sentencia aprobatoria de la partición o adjudicación de los bienes.

Algunas disposiciones en relación con el nombre de las personas naturales no resultan acordes con las normas actuales que consagran la igualdad entre hombres y mujeres; ejemplo de ello son los dos últimos incisos del artículo 55. Los apartes de esta norma prescriben que la mujer casada podrá tomar el apellido del marido, precedido o no de la preposición “de”. Además, en contradicción con principios constitucionales y convencionales¹⁸, se permite al marido oponerse a que la mujer se identifique con su apellido cuando se utilice para una actividad diferente a la vida conyugal. Lo mismo se pone en evidencia en relación con el cambio de nombre de las personas naturales (art. 56) y sus aclaraciones, correcciones y modificaciones (art. 57 inciso final), pues pareciera que estas disposiciones no tienen en cuenta las disposiciones especiales que regulan la materia en la actualidad.

Por último, el proyecto de código adolece de una completa falta de consideración de los enfoques diferenciales que hoy resultan de obligatoria consideración por orden de la Corte Constitucional, en virtud del mayor peso que toda decisión, judicial o administrativa, puede tener en ciertos grupos poblacionales vulnerables o históricamente discriminados, como los niños, niñas y adolescentes, las personas con discapacidad, los ancianos y, en fin, las mujeres.

17 Decreto 1664 de 2015, subsección 2, artículo 2.2.6.15.2.2.1 y siguientes.

18 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Convención sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer.

De un lado, el proyecto adopta una perspectiva del todo adultocéntrica, hoy incompatible con el bloque de constitucionalidad; y, de otro, refleja una falta total de consideración por la perspectiva de género y un sesgo que perpetúa una visión estereotipada de la mujer. Se sugiere la inclusión en materia de Personas y Familia de un enfoque diferencial, y especialmente de género. En palabras de Stefano Rodotà, “nos encontramos en un mundo que hemos empezado a conocer gracias a la manera en que la diferencia de géneros ha construido las estructuras y las reglas jurídicas”¹⁹.

Se considera que, en efecto, el claro, preciso y conciso Código de Bello (para parafrasear a Hinestrosa) podría ser modernizado y reformado para hacerlo responder a las necesidades actuales, pero **una reforma por libros después de un estudio serio y completo sería la más apropiada para readaptar el contenido sin perder la estructura de nuestro Código Civil vigente**. Esta es la estructura a la que nuestra tradición jurídica está habituada y no tendría sentido cambiarla para importar otro tipo de estructura foránea, máxime cuando la actual ha mostrado durante casi 150 años su calidad y suficiencia.

En relación con la “Persona Jurídica”, el proyecto de reforma tiene una gran ventaja y es el esfuerzo que se hace en la regulación de los aspectos generales relativos a las personas jurídicas a lo largo de su existencia legal, desde su constitución hasta su disolución, pasando por su funcionamiento (órganos que la componen y voto). Ese planteamiento detallado no existe en el Código actual, dentro del cual sólo pocos artículos están aún vigentes.

Sin embargo, el proyecto contiene varios aspectos concretos que merecerían ser revisados tanto respecto de su estructura como de su contenido.

Desde el punto de vista estructural, **debería hacerse una clasificación general de las personas jurídicas, que no aparece en el proyecto**, en el sentido de decir que existen dos tipos de personas jurídicas: unas de derecho público, regidas por el derecho público, y otras de derecho privado. Y que éstas últimas son de dos tipos: unas con ánimo de lucro y otras sin ánimo de lucro. Las que tienen ánimo de lucro son denominadas sociedades civiles y comerciales y están regidas por el derecho privado y en particular por el Código de Comercio. Las desprovistas de ánimo de lucro, denominadas ESAL, estarán regidas por el Código Civil y por leyes especiales para cada tipo. Esta sería una disposición más acorde con el rol de norma general que debe contener el Código Civil. Además, se debería precisar algo que no aparece en

19 Rodotà, S., *La vita e le regole*, Milano, Feltrinelli, 2006.

el proyecto y es que, el régimen jurídico aplicable a las personas jurídicas de capital mixto es el del derecho civil, tal y como lo establece la jurisprudencia, en particular la sentencia C-316 de 1995. Esto, además de estar acorde a la estructura tradicional del Código Civil, serviría para aclarar quiénes son personas jurídicas, y reemplazaría al artículo 175 del proyecto, que dispone que las personas jurídicas de derecho privado son de dos clases, las asociaciones y fundaciones, dejando por fuera de esa calificación a las sociedades civiles y comerciales, las cuales también son personas jurídicas de derecho privado.

Desde el punto de vista del contenido, **se percibe en el proyecto una confusión en la clasificación de las personas jurídicas**, pues el artículo 169 dispone que “*también tendrán esta capacidad los patrimonios autónomos reconocidos conforme a la ley*”, cuando una característica de los patrimonios autónomos es precisamente la carencia de personalidad jurídica, que los conduce a no poder ser socios de ninguna sociedad.

Llama también la atención el artículo 175 del proyecto, que dispone que “las personas jurídicas de derecho privado son de dos clases: las asociaciones o corporaciones y las fundaciones o instituciones de utilidad común”, pues trae una división binaria y desactualizada que deja por fuera a las entidades del sector solidario. Sería más conveniente hablar de tres grandes categorías de las entidades sin ánimo de lucro: las fundaciones, las corporaciones y las entidades del sector solidario, dentro de las cuales están por ejemplo las cooperativas, fondos de empleados y mutualistas en general.

Se considera que el proyecto debería enfocarse exclusivamente en las ESAL – Fundaciones, Corporaciones y Asociaciones, cuya característica es esencialmente la ausencia de ánimo de lucro o beneficio social repartible. Esto sin perjuicio de que sus normas se apliquen también a las sociedades civiles en lo que no encuentre regulación dentro del derecho comercial.

Adicionalmente, en cuanto al planteamiento del Magistrado Aroldo Quiroz durante el Conversatorio sobre la Conveniencia y Estructura del Proyecto celebrado el 18 de agosto de 2020, se estima muy inconveniente suprimir la regulación contenida en el Código Civil sobre esta materia, para ponerla en manos de la legislación mercantil, pues si bien es cierto que la Ley 222 de 1995 operó normativamente una unificación de regímenes para sociedades civiles y mercantiles bajo la ley comercial, esa unificación sólo concierne a las sociedades civiles con ánimo de lucro y no a las desprovistas de tal ánimo.

Por último, en lo que tiene que ver con los ‘Otros Sujetos de Derecho’, aun cuando la legislación no define el concepto de sujeto de derecho, tal y como se mencionó inicialmente, el desarrollo doctrinal y jurisprudencial lo precisa como un centro de imputación de derechos y obligaciones, concepto que, a la luz de la jurisprudencia, ha evolucionado frente a las nuevas realidades y necesidades y que, se reitera, no puede pasarse por alto.

Dentro de su órbita ya no se encuentra solo a la persona (natural y jurídica), sino que además se incluyen otras realidades que, pese a no cumplir con los requisitos existentes en el ordenamiento para adquirir la calidad de personas, sí son destinatarios de especial protección constitucional tales como las comunidades indígenas o afrodescendientes entendidas como sujeto y no como una la sumatoria de sujetos individuales. Así mismo, se vienen incorporando otras entidades naturales como los ríos, nevados y los ecosistemas, y como los animales bajo la categoría de ‘seres sintientes’, dando paso a una visión menos antropocéntrica y reconociendo sujetos de derecho desde un punto de vista ecológico y respetuoso de la biodiversidad.

Un proyecto de Código Civil acorde con la realidad jurídica colombiana debe pronunciarse al respecto, no solo porque se trata de un escenario que existe y no puede desconocerse, sino además porque un vacío al respecto y una excesiva inclusión de sujetos, por una parte, desestructura la categoría del sujeto de derecho, y, por otra, ser sujeto de derecho implica, de suyo (es su esencia), ser –o poder ser– sujeto de derechos y de obligaciones –como lo señalaba ya Kelsen–; de manera que, sustraída la esencia de los conceptos, ellos desaparecen o mutan en otros distintos. Podría pensarse entonces, por ejemplo, en categorías intermedias como la de ‘seres sintientes’ o ‘sujetos de especial protección’²⁰, que aclaren el panorama y que no impliquen desconocer su importancia ni convertirlos a todos en personas como tal.

El proyecto bajo estudio no refleja esta nueva situación jurisprudencial y doctrinal que, independiente del punto de vista que se tenga al respecto, existe, está en pleno auge y requiere de una regulación expresa en el Código Civil. Es necesario que en este se fije una posición en cuanto a la protección de estas entidades y se establezca bajo qué concepto debe realizarse, sin desconocer los aportes que hasta ahora ha hecho la jurisprudencia.

.....

20 Algunas profesoras participantes y otros profesores del Observatorio no están de acuerdo con este tratamiento por considerar que la noción “sujetos de especial protección” quizás perpetúe el problema que se quiere conjurar dado que la noción de sujeto reenvía a la subjetividad, que parece poco apropiada para referirse a los animales o a ecosistemas. Una alternativa podría ser la de mantener la categoría de seres sintientes para los animales y calificar a los otros como objetos de especial protección.

3. DERECHO DE FAMILIA

El proyecto desconoce el bloque de constitucionalidad y no representa la realidad de las familias en Colombia

Responsable:

María Eugenia Gómez Chiquiza

Coordinadora:

Natalia Rueda

Profesores participantes:

Emilssen González de Cancino

Mario Andrés Ospina

Enrique Santamaría

Margarita Useche Meneses

I. GENERALIDADES

Un libro dedicado al derecho de familia dentro del proyecto de Código Civil representa una novedad; sin embargo, ya desde la estructura el proyecto presenta defectos sustanciales que contradicen el sistema de fuentes de derecho en Colombia y la Constitución misma. Por ejemplo, este libro **desconoce abiertamente el bloque de Constitucionalidad** cuando contraría la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad, al utilizar las expresiones, proscritas en el ordenamiento, de “discapacitado” o “incapacitado” (haciendo referencia a la discapacidad), y utilizándolas como criterio de discriminación. Como cuando se establece la discapacidad como causal de pérdida del cuidado personal, causal de rechazo de plano de la solicitud de matrimonio, causal de nulidad del matrimonio, causal de cesación de la facultad de administrar los bienes del hijo, causal de suspensión y privación de la potestad parental. Allí donde se involucra a los hijos implica, a su vez, una **contradicción con los Tratados internacionales que reconocen y garantizan el interés superior de niños,**

niñas y adolescentes, con lo cual se priva al hijo, sin un fundamento distinto a la discapacidad del padre o la madre, de la relación parental.

El proyecto deja de lado todo el enfoque de derechos fundamentales con relación a los niños, niñas y adolescentes, presente en el Código de Infancia y Adolescencia. No se entiende la razón que lleva a retomar la expresión “*menores*” ni a revivir categorías como “*situación de abandono*”, en contravía de la teoría de la protección integral, y se remite nuevamente a la teoría de la situación irregular vigente con el Código del Menor, eliminada en 2006 con la Ley 1098 en un esfuerzo invaluable para la garantía de los derechos de la infancia y la adolescencia en consonancia con los instrumentos internacionales vigentes, como la Declaración de los Derechos del Niño, escrita y aplicada desde la perspectiva de derechos, considerando a los niños, niñas y adolescentes como sujetos de derecho y no, como se expone en el proyecto de Código Civil, desde la situación irregular que los considera objetos de protección. Esta incorporación es un retroceso que no resiste un análisis de constitucionalidad.

El proyecto presenta una falla estructural que comporta un desconocimiento del proceso de constitucionalización, en virtud de la cual presenta una **incoherencia reiterada en el lenguaje**, incurre en **contradicciones** y en **disposiciones** que, de aprobarse, serían **abiertamente inconstitucionales**. Para mencionar solo algunos ejemplos, el empleo de expresiones que remiten a la legitimidad o no de los hijos, hoy carentes de sentido y significación constitucional. De igual manera, el empleo indistinto de “deber” y “obligación” como sinónimos, para referir conductas que no pueden ser tenidas como obligaciones, por falta de configuración de los elementos esenciales (como la patrimonialidad de la prestación o su exigibilidad). Así ocurre cuando se definen las “obligaciones de los hijos” y se incluye el deber de “amar” que, entre otras, no se predica de los padres hacia los hijos. Esto conllevaría al absurdo de admitir responsabilidad civil por incumplimiento de la obligación de amar en cabeza de los hijos, pero no de los padres. Sin embargo, las referencias antitécnicas a los deberes como obligaciones son múltiples y reiteradas a lo largo de todo el libro. En el mismo sentido, se suprime la definición del matrimonio como contrato, pero se definen los efectos como “obligaciones”, lo que conduciría a que su cumplimiento pudiera ser exigido por vía judicial y su incumplimiento sancionado por vía de responsabilidad civil por incumplimiento.

A propósito de responsabilidad civil y familia, se opta por un esquema de consagración de responsabilidades especiales que contrarían el principio general de reparación integral. Por ejemplo, no se consagran hipótesis específicas de daños relacionados con la filiación, como la negativa del padre de reconocer a su hijo extramarital o lesiones al derecho a la identidad, pero

sí algunas específicas en materia de pareja, con lo cual si ya en vigencia de la cláusula general de responsabilidad los jueces negaban las pretensiones indemnizatorias con fundamento en la inexistencia de normas específicas, esta opción de regulación podría conducir a una equivocada idea de taxatividad de eventos dañinos.

Además, **la regulación en materia de indemnización de perjuicios es antitécnica e inconstitucional**, de cuyo ejemplo es la previsión en materia de divorcio, donde se hace un condicionamiento irrazonable a la causa del divorcio, lo que conduciría a la conclusión de que las indemnizaciones no procederían en la unión marital de hecho; sin embargo, en la regulación relativa a esta se hace referencia a una genérica cláusula que consiente la reparación de los perjuicios que se causen; mientras que en materia de divorcio se dice que procede en caso de “infracción grave e injustificada de deberes y obligaciones y haya sido la razón esgrimida para adelantar el divorcio”, sin embargo, se suprimen las causales de divorcio. Esto comporta una diferencia de tratamiento que rompe el principio de igualdad y no está justificada constitucionalmente.

Es incomprensible la calificación de “grave e injustificada” a la luz de las reglas generales de responsabilidad civil, cuyo eje de valoración central está en el daño como fuente de obligaciones. Adicionalmente, no se entienden los motivos para establecer una caducidad de un año y solo respecto de los “perjuicios morales”, expresión que podría dar a entender que se excluyen, además de los perjuicios patrimoniales, aquellos extrapatrimoniales que no hacen referencia al *pretium doloris* sino a otros rubros. Esta distinción implica además una distribución de competencias que desconoce el principio de economía procesal, es incoherente, no está justificada constitucionalmente y viola el principio de igualdad y el de reparación integral del daño.

De forma antitécnica, también se establece la reducción o la exoneración de la pensión alimenticia y de la indemnización si ambos cónyuges dieran motivo al divorcio. Esto **además de equiparar de manera errada la obligación alimenticia y la indemnizatoria**, comporta **subvertir las reglas en relación con los elementos que estructuran la responsabilidad civil**. Frente a normas abiertamente inconstitucionales, es preferible que se mantenga el modelo de cláusula general de responsabilidad y, si se quiere, con precisión de que no se excluye la responsabilidad civil por los daños intrafamiliares²¹.

21 Sobre las posibilidades de reconocimiento de la responsabilidad civil por daños intrafamiliares cfr. Rueda, N., *La responsabilidad civil en el ejercicio de la parentalidad: un estudio comparado entre Italia y Colombia*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2020.

En relación con los efectos patrimoniales del divorcio (compensaciones, alimentos, indemnización), el proyecto define una serie de caducidades en extremo cortas, lo que termina penalizando de manera desproporcionada a quien se haya sustraído del mercado laboral o haya tenido que duplicar por años su jornada para atender las necesidades del cuidado de dependientes: niños y niñas, ancianos, personas con discapacidad. Esta medida, en apariencia neutral y equitativa, ignora que sin ese esfuerzo el otro cónyuge o compañero no habría podido acrecentar su patrimonio o contribuir a su pensión. Desconoce también que las mujeres están en desventaja por una cultura del trabajo que se basa en la creencia ideológica de que las necesidades masculinas adultas son universales. Ignora que, a nivel mundial, el 75% del trabajo no remunerado lo hacen las mujeres (quienes dedican entre 3 y 6 horas diarias, en comparación con el promedio de los hombres, que está entre 30 minutos y dos horas).

También resulta incoherente el uso de las expresiones “potestad parental”, “responsabilidad parental” y “cuidado personal”. Pareciera más oportuno que el código unificara el lenguaje, se podría adoptar la tendencia impulsada por la influencia del derecho internacional de los derechos humanos de referirse exclusivamente a la “responsabilidad parental” como concepto que encierra la potestad y el cuidado personal, pero sin la carga ideológica de la potestad. La regulación de la custodia compartida y el cuidado personal por parte de ambos padres no diferencia estas dos figuras, las confunde, se establecen unas causales o causas para que se pierda el cuidado personal de los hijos. Las causales de pérdida del cuidado personal son las mismas para la pérdida de la potestad parental, y en el evento de pérdida definitiva se establece que se pueda rehabilitar, no es claro por qué se retoman categorías como *guardas* y *curadores*, las cuales fueron actualizadas en su terminología en la ley 1306 de 2009 y en la ley 1996 de 2019.

La regulación de la unión marital de hecho se hace a partir de una definición que pareciera referirse más bien a la sociedad patrimonial entre compañeros permanentes.

A esto se suma la **inclusión de normas incomprensibles y cuya redacción hace difícil, cuando no imposible su interpretación** (v.gr. arts. 1744 o 1775). Al código vigente se le censuraron los ejemplos; el Proyecto cae en el error de hacer enumeraciones que, aunque estén de acuerdo con el desarrollo actual, pueden quedar prontamente obsoletas.

La estructura del libro es inadecuada y confirma la inconstitucionalidad de su configuración. Si bien reconoce varias formas de familia, no establece los parámetros o criterios para determinar el concepto de familia, deja de lado los aportes de la jurisprudencia constitu-

cional que ha sido exhaustiva en relación con los elementos para determinar cuándo se es familia y su composición. Sin embargo, bajo esa premisa, se dejan figuras con exigua regulación, como por ejemplo la *familia de crianza, unipersonal o de multiespecie*. Se establece en el articulado que existe una *igualdad de las familias en los derechos económicos o patrimoniales*, pero no a qué tipo o clase de familia se refiere, tampoco es claro quiénes son los destinatarios de la norma. La contradicción de esta estructura radica justamente en que se hace referencia a la igualdad, pero se sigue definiendo la regulación de la familia a partir de la existencia del matrimonio como forma privilegiada, con lo cual el proyecto no se aparta del tradicional esquema padres/madres e hijos. Esto desconoce el principio del pluralismo y la igualdad misma.

La equivocada estructura y la incoherencia en el lenguaje se traducen, a su vez, en un **modelo farragoso** y de **pluralidad de normas innecesarias** que, contrariando la igualdad, remarcan diferencias entre las formas de familia que, en realidad, no existen. Así, de ocho títulos: tres hacen referencia explícita al matrimonio, uno a la familia extramatrimonial, uno a la adopción, uno al parentesco, convivencia y crianza y uno a las guardas. Pero la ruptura de la igualdad no se da solo por el evidente desequilibrio cuanto por el hecho de que, por ejemplo, la llamada potestad parental se trata en el título relativo a la filiación matrimonial, como si los deberes en la familia extramatrimonial fueran distintos.

Tratar los deberes de todos los padres, sin importar la forma de familia de que se trate, comportaría una apuesta real y decidida por la igualdad. Este desequilibrio también se nota en el tratamiento de la familia de crianza, a la que se dedican apenas dos artículos dentro de un título que trata de parentesco y convivencia, pero también de los alimentos, sin que sea posible determinar el sentido de una estructuración en este sentido. **El proyecto continúa clasificando a los hijos, diferenciando entre filiaciones matrimoniales y extramatrimoniales**, dejando entrever un rezago de distinción entre las formas de filiación, lo cual va en contradicción a la jurisprudencia constitucional.

No se entiende cómo se puede iniciar un proceso de codificación bajo la premisa falaz de que se recogen principios de la legislación periférica, manteniéndola vigente, dando lugar a contradicciones y vacíos normativos que harían nacer el código descodificado. Piénsese, por ejemplo, en todas las normas en materia de capacidad y de registro civil que se mantendrían vigentes, pero con antinomias evidentes, pues el código hace referencia a figuras inexistentes y que requerirían una readecuación de las normas descodificadas ¿por qué no hacerlo directamente en el código?

A propósito de los cambios en las relaciones de filiación, con relación a la gestación por sustitución y técnicas de reproducción asistida se intenta regular, pero **se dejan vacíos conceptuales y se introducen conceptos antitécnicos e innecesarios que generan conflicto.**

Por ejemplo, se autoriza la aplicación de la inseminación artificial después de la muerte del marido; pero falta la referencia expresa a otras TRHA. Igualmente sorprende que se considere hijo matrimonial al “concebido entre los cónyuges pero gestado subrogadamente”, porque no concuerda con la autorización para emplear gametos de donantes que contemplan otros artículos. No optaron los redactores por suprimir el anonimato de los donantes, que parece ser una tendencia en expansión; se permite a “las personas nacidas de esta forma” (¿Es otra forma de nacer?) conocer la identidad y caracteres genéticos del donante, para efectos de salud, información generacional o de otra índole personal. Sin embargo, la finalidad es tan amplia, que el terreno reservado al anonimato es corto y, por lo tanto, bien pudo partirse del derecho a conocer al donante, sin restricciones y prever las disposiciones pertinentes.

En este escenario también se confirma la incoherencia en el lenguaje, pues se habla de paternidad biológica –o de maternidad biológica– como sinónimo de genética, cuando en realidad son conceptos distintos. Para mencionar otros ejemplos de la imprecisión conceptual, piénsese en la nueva calificación a la maternidad, la subrogada; y la inclusión del concepto “titularidad maternal” y “material genético”, cuya precisión es discutible si se confunden la maternidad biológica con la genética, además de que induce a error porque hace pensar que, cuando el óvulo es donado, existe un contrato entre la donante y la comitente para transferir la “titularidad jurídica” del gameto femenino²². Igual ocurre cuando se habla de médico tratante, no es claro si se refiere al ginecólogo o al especialista en TRHA; y cuando se usa la oscura expresión “de acuerdo con los reglamentos pertinentes a una tercera persona”.

Se otorga una nueva competencia al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar en relación con los programas de protección al adulto mayor y provisión de su cuidado cuando no tienen lo suficiente para su sustento, esto debe ser ampliamente debatido por cuanto implica una reforma estructural del Instituto y de la administración central y local para que esta norma pueda ser cumplida. No se trata únicamente de asignar funciones sino de reformas estructu-

22 En realidad, lo que es usual es que el contrato se celebre entre la donante y el centro de medicina reproductiva, y no entre la donante y la mujer comitente. Además, el reconocimiento del derecho de la donante de revocar su consentimiento para la utilización del gameto hasta antes de la fertilización del óvulo es un mandato constitucional.

rales en organización y presupuesto que no pueden ser debatidas al interior del Código Civil por cuanto escapa a su esfera de regulación.

De igual manera, se están incluyendo normas de carácter procedimental para varios asuntos, pero ello escapa de la órbita del Código Civil, atendiendo a la clara diferenciación que existe en nuestro ordenamiento entre normas sustanciales y procesales, para las primeras el Código Civil, para las segundas el o los códigos de procedimiento, que en materia civil se refiere al Código General del Proceso, cuya actualización no ha cumplido más de una década y atiende a los cambios estructurales necesarios que merecían intervención después de varias décadas de vigencia del Código de Procedimiento Civil expedido en 1970. **En materia procesal, este libro del proyecto viola principios y garantías constitucionales fundamentales como el debido proceso, la economía procesal y el derecho de contradicción**, como cuando se dice que se rechazará de plano la solicitud de matrimonio “cuando sea notoria la incapacidad” (en abierta violación de la Convención sobre derechos de las personas con discapacidad), o como cuando se dice que cuando se falte a la obligación de sostenimiento del hogar, “la autoridad competente [¿también administrativa?] a solicitud del otro *de plano* y dentro de las veinticuatro horas, fijará el monto de contribución, y el modo, la forma y tiempo de pago, conforme lo dispuesto en el capítulo de alimentos”.

El proyecto introduce una visión conflictual de familia, en la que se desaprovecha la ocasión de sustitución del código para dar cabida decidida a los mecanismos alternativos de solución de controversias.

Por el contrario, se **incluyen disposiciones que suponen un desconocimiento de la complejidad del fenómeno de la violencia en materia de familia**, como aquella que prevé la convalidación de la violencia luego de un año de convivencia, para excluir la procedibilidad de la causal de nulidad del matrimonio. Esto aplicado a casos de matrimonio forzado e infantil supone un desconocimiento del bloque de constitucionalidad. De igual manera, se establecen una serie de sanciones por el *maltrato grave*, expresión sobre la cual ya han existido pronunciamientos jurisprudenciales en contra, sin dejar de lado las propuestas legislativas y doctrinales que en la actualidad propenden por la eliminación de toda forma de castigo o maltrato. Igualmente inapropiada, imprecisa y ambigua aparece la expresión “violencia intrafamiliar no superada adecuadamente”.

II. ALGUNOS ASPECTOS PUNTUALES

– *Con relación a la infancia y la adolescencia*

En materia de *adopción*, se desconoce el Código de Infancia y Adolescencia, Código de amplio debate académico donde se incluyó el bloque de constitucionalidad. La regulación propuesta en esta materia no tiene en cuenta el Convenio relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de Adopción Internacional, aprobado por Colombia mediante la Ley 265 de 1996. Se dejan de lado las normas que hoy están vigentes sobre la declaratoria de adoptabilidad, se establece que en el registro civil se debe dejar expresa anotación de *adopción* y no de *documento auténtico* como en la actualidad se hace. No se entiende cuál es la razón para enfatizar en la filiación por adopción y que así sea expuesta como si alguna diferencia tuviese con la filiación por vínculos naturales. Por lo mismo, resulta extraño que se ordene al juez señalar los derechos y obligaciones entre adoptante y adoptivo, lo que introduce mayores dudas en relación con la igualdad de todos los hijos.

Igualmente, si bien es cierto que uno de los efectos de la adopción es que el hijo deba llevar los apellidos del adoptante, es importante considerar aquellos casos en los que el apellido se haya constituido en un componente esencial de la identidad de la persona, por ejemplo, en las adopciones de mayores de edad o de adolescentes cercanos a ella, donde la imposición sin más de dicho efecto puede comportar una violación del derecho a la identidad.

También a propósito de este derecho, resulta desproporcionada e inconstitucional la prerrogativa al representante legal del hijo de suprimir el apellido del padre o madre privado de la potestad. Esto comportaría una atribución discrecional para disponer de la identidad del niño, niña o adolescente sin intervención del juez ni garantías de respeto de su interés superior y prevalente. Igualmente arbitraria resulta la potestad para el representante de decidir abstenerse de recibir las visitas, comunicarse con el padre o madre privado de la potestad u oponerse a la rehabilitación. Potestad discrecional abiertamente inconstitucional y contraconvencional bajo la consideración de que una de las causales se refiere a que “el titular [de la potestad parental] se encuentre en situación de discapacidad que impida el ejercicio idóneo de la potestad” y a la “incapacidad sobreviniente de quien ejerce la administración de los bienes”.

En materia de *filiación*, la regulación propuesta para impugnación, desconocimiento y repudiación es confusa. Por ejemplo, en la filiación matrimonial se hace referencia a la comunidad doméstica matrimonial y a la convivencia matrimonial sin que sea claro a qué se refiere

cada una. Se introducen figuras que dejan dudas sobre su constitucionalidad porque mantienen el esquema de clasificar a los hijos (sin que sea claro el fundamento para ello), por ejemplo, se consagra el reconocimiento de hijos matrimoniales que pareciera evocar la legitimación por matrimonio. La regulación de este título debería reestructurarse en función de la igualdad y de la prohibición de hacer distinciones entre hijos.

En materia probatoria también hay aspectos críticos, por ejemplo, se afirma que la confesión judicial o ante notario en materia de desconocimiento destruye por sí sola la paternidad matrimonial, lo que sería una potestad excesiva y peligrosa porque comportaría un poder de disposición del estado civil y de la identidad del hijo. Pero la redacción es confusa porque exige, en todo caso, la prueba de marcadores genéticos.

Respecto de la familia de crianza puede ser problemático que se diga que el hijo de crianza reconocido por sus padres tendrá el carácter de matrimonial o extramatrimonial, pero que dicha filiación no extingue el parentesco de consanguinidad conocido, aunque prevalecerá sobre éste en sus efectos personales. Como sugiriendo una duplicidad de filiaciones, convendría aclarar ello.

Se deja de lado toda la regulación sobre el *procedimiento administrativo de restablecimiento de derechos*, incluso, se desconoce el *proceso de restitución internacional de niños, niñas y adolescentes* y los compromisos adquiridos por Colombia con la incorporación del Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional, aprobado mediante la ley 173 de 1994.

Respecto de la *gestación subrogada*, su regulación es imprecisa y utiliza una terminología extraña a aquella usual. Según lo consagrado en el proyecto, se trataría de un contrato solemne, el documento escrito no sería solamente el medio de prueba del consentimiento de las partes, sino también un requisito para su eficacia (¿validez?).

¿Qué pasará si el contrato se celebra sin la formalidad requerida y nace un niño como producto de este contrato? ¿Cuáles serán los efectos en relación con la filiación de ese niño? ¿Se determinará la maternidad por el parto, por una prueba de marcadores genéticos?

También se excluyen las hipótesis en las que la madre gestante también aporta sus óvulos. Así mismo, se excluye, en lo que parece ser un error de técnica y no una elección política, la posibilidad de que el óvulo pueda ser suministrado por una donante, pues establece que “se considerará como madre biológica a la dadora del material genético”. Adicionalmente, más

allá de la regulación sobre maternidad por encargo incluida en el proyecto de código, es necesario plantearse otras preguntas.

¿Se permitirá la celebración de contratos de maternidad por encargo onerosos o este tipo de contratos estarán incluidos en la prohibición del artículo 47 del proyecto? ¿Se permitirá la revocación del consentimiento por parte de la madre gestante de acuerdo con la regla general del artículo 49 del proyecto? Si es así, ¿sobre cuáles obligaciones recaerá la revocación del consentimiento? ¿Sobre la obligación de llevar a cabo la gestación? Si es así, ¿será esta una nueva hipótesis de aborto legal en Colombia? ¿O la madre gestante deberá necesariamente deberá llevar a cabo la gestación? ¿Podrá la madre gestante revocar su consentimiento a la obligación de entregar el niño o niña? Si es así, ¿cómo se determinará la filiación? ¿Deberá la madre gestante indemnizar perjuicios en caso de revocar su consentimiento?

El proyecto desconoce todas las reglas relativas a los alimentos contenidas en el Código de Infancia y Adolescencia, los parámetros para determinar la capacidad económica de las personas no guardan relación con las reglas y presunciones de la Ley 1098. Llama la atención que se establezca que existirá impedimento de salida del país cuando no se tenga certeza de cumplimiento de los alimentos futuros, **desconociendo que la capacidad económica de los padres depende de múltiples factores del mercado y de la economía en sí**, lo cual llevaría a que ningún padre pueda salir del país, tampoco hace referencia a cuánto tiempo debe garantizar esos alimentos futuros. Precisamente por ello es por lo que los acuerdos o sentencias de alimentos no hacen tránsito a cosa juzgada material por las innumerables causas que pueden llevar a su modificación.

Igual perplejidad produce la posibilidad de suspender, e incluso negar, el derecho de visitas cuando se incumpla la obligación alimentaria, lo que reduce el rol de los padres a simples proveedores y desconoce el interés superior del niño, niña o adolescente a tener una familia, al tiempo que comporta una sanción injustificada de la pobreza. Se deja entrever la no posibilidad de fijar o acordar *alimentos en especie*, en cambio únicamente se habla de cuota de alimentos periódica y de suma de dinero periódica que debe ser consignada y/o pagada en determinada forma, pero se desechan de plano los alimentos en especie o pagos directos que hoy así se acuerdan o decretan los jueces. Así mismo, no es claro por qué se refiere a *cobro coactivo de alimentos* cuando el proceso está establecido como un proceso ejecutivo.

– *Con relación a los efectos personales y patrimoniales de las relaciones de la pareja tales como el matrimonio y la unión marital de hecho*

Se establece una *indemnización* para los futuros contrayentes que no se quieran casar como un perjuicio moral, no se desarrolla el tema, pareciera una modificación a la indemnización a propósito de la hoy contenida en materia de *esponsales*.

Con relación al *matrimonio*, no es preciso que en las *causales de nulidad* se incluyan el dolo o el error sobre las cualidades esenciales de la persona como nuevas causales, categoría esta última que no se desarrolla y deja a la interpretación el término *esencial*, mismo argumento para la causal de nulidad por *ausencia de juicio*, ¿qué se entiende por ausencia? y, ¿qué se entiende por juicio? También es problemática la causal de nulidad por disfunción grave en la sexualidad que puede ser alegada por cualquiera de los cónyuges ¿qué se entiende por disfunción grave? En los países donde esto se regula se hace referencia solo a los casos en los que la finalidad reproductiva sea motivo esencial para celebrar el matrimonio. Las categorías o elementos de las causales de nulidad no pueden quedar abiertas a múltiples interpretaciones por las consecuencias de orden personal y patrimonial.

El proyecto también establece que todas las religiones reconocidas por el Estado pueden celebrar matrimonios, sin embargo, no se tuvieron en cuenta las disposiciones contenidas en la ley 25 de 1992, esto es, la celebración del convenio de derecho público internacional o interno; estas normas no deben ser desechadas por cuanto garantizan, entre otras cosas, que dichas iglesias tengan ánimo de permanencia, una estructura funcional y unas reglas para que sus ceremonias tengan efectos civiles.

Cuando se hace referencia a la *inexistencia del matrimonio*, el proyecto incorpora a toda religión o culto que pueda celebrar matrimonio y lo que causa extrañez es que los efectos de dicho matrimonio solo terminan cuando las autoridades competentes de ese culto o religión decreten que es inexistente. Sin embargo, mientras dicha declaratoria no se produzca, pareciera que el matrimonio que es inexistente sigue teniendo efectos civiles. Se establece que la inexistencia del matrimonio se puede alegar como acción o como excepción, lo que da a entender que este matrimonio sí tiene efectos o existencia, hasta tanto no se declare inexistente, en esa misma línea, se establece que cualquier persona está legitimada para solicitar la inexistencia del matrimonio en cualquier tiempo.

Cuando se observan las *obligaciones entre cónyuges*, pareciera que se hubiese eliminado el deber de fidelidad, en cambio se establece que entre cónyuges deben *guardarse fe* y se insiste: ¿Qué significa ello? Se permite a los cónyuges modificar las normas que han sido establecidas por tradición como normas de orden público, como la *cohabitación*, por cuanto se permite que los cónyuges puedan fijar su residencia independiente.

La regulación de la *separación de cuerpos* es confusa al establecerse judicial, extrajudicial y, de hecho, dándole efectos, alcance y acciones distintas que en su redacción no son claras.

Se eliminan las *causales de divorcio* y en cambio se autoriza un divorcio de mutuo acuerdo o unilateral en el que no se debe probar culpabilidad sino la intolerabilidad o imposibilidad de la convivencia o vida en común, debiendo el juez decretar el divorcio. En cambio, para la separación de cuerpos sí se establecen algunas reglas restrictivas, tales como, por ejemplo, no poder solicitarla en caso de relaciones sexuales extramatrimoniales consentidas, norma que estaba en el Código de Bello como causal de divorcio, que fue declarada inconstitucional por la Corte constitucional y ahora se quiere revivir para la separación de cuerpos.

Para el *divorcio* se debe presentar una propuesta económica, pero no se establecen ni los parámetros ni su finalidad, tampoco se dice si ésta es una compensación económica o un desequilibrio patrimonial o una protección al cónyuge débil, como lo establecen otros ordenamientos jurídicos.

En tratándose del matrimonio de menores de edad, se elimina la autorización de los padres, en cambio se establece que deberán contar con una autorización notarial o judicial.

En la *unión marital de hecho* se constituye un estado civil, si bien se sigue manteniendo su terminación con el final de la convivencia, frente a la *sociedad patrimonial* pareciese como si esta continuara a pesar de la terminación de la relación entre las partes y estuviese vigente hasta que exista una *declaración de terminación de sociedad patrimonial entre compañeros permanentes* a pesar de haberse terminado la unión marital. De forma antitécnica y confusa pareciera definirse la unión a partir de la definición de sociedad patrimonial, exigiendo dos años de la convivencia, aunque valga la unión decretada con anterioridad a esos dos años. Mientras que de la sociedad patrimonial se dice que existe desde el reconocimiento y registro voluntario, insinuando que la sociedad puede entonces existir incluso desde antes de que exista la unión marital.

Se establece dentro del articulado que, en eventos en que no se pueda declarar la existencia de la sociedad patrimonial, se deberá decretar una compensación económica equivalente a un SMLMV por cada año de convivencia, pero no se establece cuál de los compañeros estaría obligado a tal compensación ni los eventos en que aplicaría.

En materia *patrimonial*, en tratándose de la sociedad conyugal, la propuesta de Código Civil da amplia libertad para la distribución de bienes, y en su conformación, régimen que puede ser modificado antes o durante el matrimonio, pudiendo restablecerse la sociedad conyugal si así lo acuerdan en el transcurso de la vida matrimonial con efecto retroactivo. Se alude a compensaciones económicas, pero no las desarrolla, no se establece cuáles son las reglas para aplicarlas, no las define.

Se establece que la sociedad conyugal se disuelve por la separación de cuerpos de hecho transcurrido un año y dicha disolución puede ser inscrita en el registro civil de nacimiento unilateralmente por alguno de los cónyuges.

No es clara la figura de *reconocimiento de otorgamiento de seguridades indispensables para el ejercicio de los derechos fundamentales individuales*, no se entiende qué relación guarda esto con el acuerdo de divorcio que se debe presentar con la solicitud de divorcio.

Se establece la figura de *ruptura diferida* según la cual pasado un año sin reconciliación de los cónyuges se decretaría el divorcio solicitado en la demanda de separación de cuerpos, término que se contaría desde la fecha de otorgamiento de la escritura pública de separación de cuerpos o desde la fecha en que se presentó la demanda de separación; la regulación es confusa.

En la sentencia de divorcio se establece la posibilidad de determinar los efectos patrimoniales, lo cual rompe con la distinción entre procesos declarativos o de conocimiento y los procesos liquidatorios ampliamente explicada y desarrollada en el Código General del Proceso.

La regulación propuesta para las *capitulaciones matrimoniales/maritales* se considera acertada en su esencia, sin embargo, la redacción no es del todo clara, para tal fin sería importante revisar la sentencia SC222–2020 de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia donde se recoge de manera más clara el régimen que se propone en el proyecto de Código Civil. En ese orden, se establece que la sociedad conyugal se formará a falta de acuerdo entre las partes sobre el régimen de su matrimonio.

Con relación a los *bienes que ingresan a la sociedad conyugal*, el proyecto amplía el listado de aquellos que la integrarán los que hoy día están incluidos tales como los adquiridos después de liquidada pero su adquisición sea por causa anterior, ciertas indemnizaciones e incluye nuevos bienes tales como los de uso doméstico.

No son claras las reglas sobre *recompensas, renuncia a gananciales, a las colaciones y demás derechos derivados de la administración de los bienes del otro*. “Colaciones” es una nueva figura que no se desarrolla ni se explica. Así mismo se establece que los cónyuges pueden recibir los bienes de la sociedad conyugal con beneficio de inventario, sin embargo, no se establecen reglas sobre quién responde en este aspecto.

Una vez disuelta la sociedad conyugal por separación de cuerpos de hecho, el cónyuge que haya abandonado el hogar un año antes de la disolución, haya tenido unión marital de hecho en ese tiempo o que hubiese cometido atentado grave contra su cónyuge, se le sanciona impidiéndole reclamar los gananciales sobre los bienes que resultan de la administración del cónyuge ofendido, lo cual es una nueva forma de sanción. Entonces encontramos cuatro figuras: alimentos entre cónyuges divorciados; indemnización de perjuicios; pérdida del derecho a reclamar gananciales y, propuesta económica para solicitar el divorcio, sin embargo, dentro del articulado no se establece cuáles y en qué eventos aplican de manera conjunta o separada, si son acumulativas o excluyentes ente sí.

4. DERECHO DE BIENES

El Proyecto introduce cambios radicales en la estructura y pilares fundamentales del derecho de bienes que son innecesarios e inconvenientes

Responsable:

Juan José Rodríguez Espitia

Coordinadores:

Diego Franco Victoria

Javier Mauricio Rodríguez Olmos

Profesores participantes:

Ismael Arévalo

Adriana Cely

Silvana Fortich

Jorge Herrera

Julián Andrés Pimiento

Tomás Restrepo

Anabel Riaño Saad

Manuel Guillermo Sarmiento

1. CONSIDERACIONES GENERALES

La primera pregunta inevitable para todo operador jurídico que se enfrente a una propuesta de sustitución normativa como la presentada por el Proyecto de la U. Nacional para la materia de los bienes y los derechos reales, es si el Libro Segundo del Código Civil vigente que regula esta materia requiere una reforma y, en caso afirmativo, si la misma debe ser de la envergadura sugerida en dicho Proyecto, en un ejercicio académico sin lugar a duda digno de reconocimiento.

Sea lo primero destacar que etimológicamente ‘bien’ significa bienestar, lo que claramente pone de manifiesto que tiene por finalidad satisfacer las necesidades del ser humano y, en esa medida, cualquier cambio en éstas implica claramente un cambio en su concepción y en

la forma como el derecho las debe regular. De esta manera, al tener el ser humano de la contemporaneidad otras necesidades los bienes que las satisfacen deban ser objeto de una nueva regulación. A esto se debe agregar que el derecho también ha sufrido transformaciones y que el proceso de constitucionalización del derecho ha dado lugar a redefinir el contenido y alcance de los derechos reales, su relación con los derechos fundamentales y con principios como la solidaridad, entre otros aspectos. De manera que el derecho de bienes ha sido enriquecido por la jurisprudencia constitucional, en especial por la multiplicidad y diversidad normativa que tiene el texto constitucional. Por todo lo anterior, se llega a la conclusión de la necesidad de emprender una reflexión sobre la forma en que se puede adaptar la regulación del derecho de bienes.

No obstante, **no resulta evidente que para lograr ese objetivo la única vía, y la más conveniente, sea una propuesta como la que es objeto de estudio; por el contrario, parecería que su propósito podría cumplirse con su actualización o adopción de nuevas figuras conservando la estructura del Código Civil vigente.** En efecto, lo primero que se debe afrontar en un ejercicio de modificación o sustitución de un cuerpo normativo es verificar la forma como este regula la materia.

Al revisar la forma en que el Código Civil aborda el derecho de bienes en su Libro II, se encuentra que en los 14 capítulos y el total de 355 artículos (desde el 653 hasta el 1007), se despliega una regulación en términos generales, básica, estructural y armónica. Algunos temas del derecho de bienes están regulados en otras partes del Código como sucede con la comunidad, la prescripción adquisitiva y la prenda e hipoteca, que están contenidos en el Libro IV del Código que se ocupa de las obligaciones y contratos. A esto se debe agregar que el Código Civil no regula integralmente los bienes y que existen aspectos de vital importancia por fuera de su estructura, a saber: la tradición de inmuebles, los bienes mercantiles, los derechos de autor, la propiedad industrial, los bienes públicos, los recursos naturales, la propiedad horizontal, los bienes agrarios y las causas de extinción o de pérdida del derecho de propiedad, entre otros, que se encuentran en regulaciones particulares y que se integran a la disciplina general establecida por aquel.

De manera que, más allá de la vetustez de algunas figuras, la regulación vigente en materia de bienes en el Código Civil responde a una estructura básica contenida en el Libro II, con una regulación actual que se puede considerar armónica, simétrica, fundante, bien escrita, con identidad propia (por ejemplo, con la adopción de la teoría del título y el modo para la adquisición de derechos reales) y que ha sido enriquecida por la jurisprudencia. Además, todo esto

se complementa y enriquece con otras regulaciones que guardan relación con su disciplina y con previsiones especiales de otros estatutos.

Con estas observaciones preliminares, se pasará a continuación a señalar, en primer lugar, los aciertos que se identifican en el Proyecto; en segundo lugar, se señalarán los principales aspectos estructurales y sustanciales que generan serias dudas sobre la conveniencia de la sustitución de la regulación vigente en los términos planteados; se cerrará con una valoración global del Proyecto en la materia analizada.

2. REFLEXIONES POSITIVAS RESPECTO DEL PROYECTO EN MATERIA DE BIENES Y DERECHOS REALES

El proyecto tiene algunas propuestas interesantes y positivas en atención al ánimo que las motiva, pero no en función del resultado que aportan, dado que el concepto y el texto no son precisos, pretenden abarcar más de lo debido, contienen ambigüedades y generan confusión.

En tal sentido, de acuerdo con el orden de los artículos, en el Título I “Generalidades”, es positivo que se haya intentado definir las cosas fungibles en el artículo 198, dado que en la actualidad la definición del Código Civil en el artículo 663 alude al significado gramatical de la expresión “fungible”, es decir, “consumible”, y no al significado técnico desarrollado por la doctrina y la jurisprudencia. De otra parte, habida cuenta de que no hay una definición de cosas singulares y universales en el Libro II del Código Civil, no obstante las múltiples referencias al respecto en los demás, es útil que el proyecto intente definir las en el artículo 208, aun cuando quedan dudas sobre la forma como se definen las cosas universales.

En torno al Título II “De la posesión”, el artículo 218 del proyecto propone la posesión delictual como una modalidad de las viciosas, la cual se hace consistir en aquella que tienen origen en la comisión de un delito o en actos de despojo o abandono forzado de tierras, cuestión que impide usucapir al poseedor y ejercer acciones posesorias, lo cual se encuentra en consonancia con las normas especiales sobre la materia y, especialmente, con la situación crónica que al respecto experimenta el país.

En relación con el Título III “Del dominio público” es conveniente que el artículo 243 reitere que los bienes de las entidades estatales son imprescriptibles, dado que el cuerpo jurídico llamado a definir el funcionamiento de la usucapción y, por ende, los bienes respecto de

los cuales procede o no, es el Código Civil, a pesar de que ya se disponga sobre el tema en la Constitución Política y en el Código General del Proceso.

En relación con el Título IV “Propiedad Privada”, es adecuado que las normas relacionadas con el deslinde de predios, cerramiento y medianería se incluyan en los artículos 284 y siguientes de este título, y no en el de las servidumbres, en tanto que no cumplen las exigencias para formar parte de este derecho real. En cualquier caso, quedan dudas sobre la manera en que se regula el tema de deslinde.

Pasando al Título V “Fuentes de la Propiedad”, si bien genera todo tipo de críticas fundadas, es positivo que se intente juntar la usucapión, en los artículos 322 y siguientes, con los modos de adquisición de los derechos reales de ocupación, accesión y tradición. También es de buen recibo que se defina en los artículos 339 y siguientes del proyecto que las sentencias y actos administrativos son títulos adquisitivos de la propiedad y que se establezca la extinción de la propiedad en el artículo 342.

En el Título VI “Desmembraciones de la Propiedad” se incluye la regulación del derecho de superficie, así como también la del derecho de retención, institución que actualmente se encuentra dispersa en nuestro ordenamiento jurídico. La regulación de ambas figuras se puede considerar pertinente, si bien, como se señalará más adelante esta no debería ser la ubicación de dicha regulación.

Finalmente, se considera adecuado que la comunidad se integre dentro del libro de Bienes bajo el Título VII “Distintas formas de Propiedad”, artículos 398 y siguientes, en lugar de mantenerlo en su condición de cuasicontrato en el de obligaciones, así como también es afortunado que haya una norma que trate la propiedad horizontal, artículo 416, sin que pierda su carácter especial, sometida a la regulación de normas específicas.

3. LOS PROBLEMAS ESTRUCTURALES Y SUSTANCIALES DEL PROYECTO

Varios son los aspectos que resultan preocupantes en la regulación que se propone en materia de bienes en el Proyecto. Se señalan a continuación las cuestiones que se consideran más relevantes desde el punto de vista estructural y sustancial.

3.1. *Algunos problemas de la manera como se estructura el libro y se distribuyen los temas*

Desde el punto de vista de la estructura propuesta por el proyecto, lo primero que se observa es que se optó por eliminar la *summa divisio* cosas corporales / cosas incorpóreas, que en el Código Civil vigente cumple una función ordenadora clara, más allá de las críticas válidas que puedan surgir de la terminología utilizada. En el proyecto pareciera que esa nueva división fundamental de los bienes fuera sustituida por la clasificación entre cosas singulares y cosas universales (capítulo II), pues es con esta que se inicia la exposición de las clasificaciones. Sin embargo, **no se encuentra una justificación clara de por qué esa debería ser la clasificación fundamental a partir de la cual se derivan las demás.** De hecho, además de que en ningún momento se explica lo que se entiende por cosas singulares y cosas universales, inmediatamente después de dicha distinción se pasa a estudiar las cosas materiales. ¿Qué sentido tiene adoptar otra *summa divisio* si ello no tiene ninguna implicación ni teórica ni práctica? Si el objetivo de la completa reelaboración del libro de bienes en el proyecto es una actualización de las categorías más importantes en la materia, sobre este punto no parece lograrse en esta primera parte relativa a la clasificación de las cosas.

En segundo lugar, la forma como el proyecto trata ciertas categorías y agrupa ciertos temas dejan serias inquietudes. Solo por mencionar los casos más evidentes, no se entiende cómo dentro del título VI, denominado “desmembraciones de la propiedad” se incluyen sendos capítulos dedicados a las servidumbres, al derecho de superficie y al derecho de retención. Desde el punto de vista sustancial, **difícilmente estos tres derechos reales pueden considerarse desmembraciones de la propiedad.**

Problemas similares se identifican con la inclusión de los bienes vacantes y mostrencos dentro de la categoría denominada “bienes de dominio público” lo cual no deja de ser discutible y se aleja, además, de la ubicación tradicional de dichos bienes en el Código Civil en la parte relativa a la ocupación. A esto se suman otras dudas, como la pertinencia de tratar dentro de un Código Civil y de manera fragmentada ciertas materias que tradicionalmente gozan de una regulación especial, como es el tema de los bienes baldíos o la unidad agrícola familiar. Respecto de los bienes baldíos, no solo la regulación es fragmentaria pues solo se terminan incluyendo ciertas definiciones y reglas sobre el tema, sino que también hay serias imprecisiones en cuanto a su tratamiento que va en contra de jurisprudencia consolidada y legislación especial (por ejemplo, seguir considerando el elemento de ocupación como fundamental en el régimen de baldíos, en contravía de la normatividad especial contenida en el decreto 902 de

2017, o derivar un ‘derecho’ de la ocupación o explotación económica, cuando de forma reiterada en legislación y jurisprudencia, se ha señalado que aquella solo genera una expectativa de adjudicación). En cuanto a la unidad agrícola familiar (UAF), se trata de una noción que no debería ser objeto de regulación en un código civil, sino de regulación en legislación especial, pues tiene una amplia vocación de intervención económica del Estado y su definición puede cambiar frecuentemente a partir de la política pública del momento.

3.2. *Algunos problemas en el tratamiento de los conceptos fundamentales del derecho de bienes*

Si se pasa a observar la forma como se abordan los conceptos fundamentales del derecho de bienes, surgen profundas dudas respecto de tres temas en particular: la noción de bien; la regulación de la posesión, y la regulación del derecho de propiedad.

En primer lugar, **es una incógnita lo que se entiende por bien en el proyecto**, dada la cantidad de elementos heterogéneos que parece cobijar bajo su régimen. Además de la contraposición entre bienes civiles y categorías heterogéneas como los bienes colectivos, la información genética o el patrimonio común de la humanidad, luego al regular las cosas singulares se mencionan como bienes el dinero, los recursos y valores financieros (¿cuál es la diferencia entre estos dos conceptos?), la información, el conocimiento, el medio ambiente y sus elementos. La inclusión de dichos conceptos, en forma general, sin un horizonte claro, suscita importantes dudas conceptuales: ¿la información y el conocimiento pueden en general calificarse como un bien? ¿Cuál es la utilidad de mencionar en general que la información, el conocimiento y los elementos del medio ambiente son cosas singulares? A esto se suma el hecho de que, al desaparecer la *summa divisio* entre cosas corporales e incorpóreas, pareciera que los derechos dejan de ser analizados como cosas con base en la lectura del art. 196 del proyecto. Sin embargo, no queda tan claro entonces por qué hacer referencia a los frutos de los derechos (art. 206 del proyecto) en el libro de los bienes. Además, sin desconocer el hecho de que el derecho de crédito es efectivamente un vínculo jurídico, no queda muy claro que deba dejar de considerarse bien. Desde otra perspectiva, si se incluyeron todos esos elementos, no se entiende que no se hubiere hecho referencia a los activos digitales, que cobran una importancia cada vez mayor en la época contemporánea. Y finalmente, en este mismo tema, la cuestión de la naturaleza jurídica de los animales no deja de ser problemática. De los debates en los diferentes foros, parece entenderse que los redactores del proyecto tienen la intención de asignarles a los animales la calidad de sujetos de derecho. Sin embargo, se deberían considerar todas las consecuencias que esto tendría para el derecho de bienes. Por lo demás, en el mismo

proyecto los animales siguen siendo considerados cosas accesorias, u objetos de derecho de dominio por caza y pesca.

En segundo lugar, respecto de la regulación de la posesión serían muchas las cosas por mencionar, pero se resaltan cuatro. Por una parte, en el proyecto parece que se opta por una configuración de la posesión privilegiando el elemento *corpus* lo cual podría resultar peligroso en una realidad social como la colombiana con graves condiciones de violencia y falta de formalización de la tierra. A esto se suma que la definición ofrecida en el proyecto es confusa e imprecisa, ya que la expresión utilizada en el artículo 210, “capacidad de influir” sobre una cosa es muy ambigua y peligrosa. Por otra parte, se introduce un nuevo esquema para exponer, denominar y clasificar los tipos de posesión, adoptando una estructura y terminología propias del derecho alemán, llegando a cobijar en el género ‘posesión’, las situaciones que en nuestro ordenamiento jurídico (legislación, jurisprudencia y doctrina) están consolidadas como de mera tenencia. Sin duda se trata de una reorganización terminológica que podría llegar a ser aprendida por los operadores jurídicos (aunque seguramente con dificultades aplicativas imponderables), y por ello surge de manera cristalina la pregunta de ¿por qué acudir a ese esquema? **¿qué beneficios evidentes tiene esta reestructuración y recalificación de los estados posesorios frente a las indudables dificultades que introduciría semejante elección?** Esto sin contar con la inclusión de otra terminología que presenta otras tantas dificultades como “posesión mediata e inmediata”, “posesión de propietario”, “posesión ajena”, entre otros. Finalmente, llama la atención que en materia de configuración de la posesión regular (art. 332) se abandona el elemento del justo título consolidado en nuestro ordenamiento jurídico y se pasa a hablar de posesión “adquirida mediante uno de los modos adquisitivos de la propiedad”. Al margen de que en esta disposición se retoma una terminología que aparentemente busca ser eliminada del código (modos de adquirir por fuentes de la propiedad), es grave la confusión que se introduce al confundir un requisito para calificar la posesión, con un requisito para la transferencia de un derecho real. En fin, resulta inaceptable que en un país como Colombia se reconozca legalmente al poseedor la posibilidad de defender la posesión con sus propios medios (art. 223) lo cual podría interpretarse como una autorización a la autodefensa.

En tercer lugar, quizá el tema que más preocupación genera es el de la regulación del derecho de propiedad propuesto en el proyecto, pues **son muchos los riesgos que se podrían derivar de un lenguaje indeterminado** como el utilizado para la responsabilidad civil en el que se habla de perjuicios “difusos” causados en razón de una explotación sin interés para el propietario o para el bienestar social; o la subordinación del respeto de la propiedad

privada a la no afectación de un “derecho superior de tercero”; el poder que se le reconoce a las autoridades para que puedan requerir a los propietarios para que exploten sus bienes “en forma adecuada”, e impongan las medidas para el efecto, como la “administración y explotación directa o indirecta” sin saber los alcances de tal poder; en fin, la extinción de dominio en caso de “abandono de conservación” de inmuebles rurales o urbanos. En los casos señalados **la falta de un contenido claro, o de un tratamiento doctrinal o jurisprudencial de esas expresiones, podrían llevar a una excesiva y desproporcionada limitación del derecho de propiedad privada.** A esto se sumaría la aparente expropiación de aguas de dominio privado sin indemnización al desaparecer la figura de las aguas de dominio privado, lo cual sería a todas luces inconstitucional.

4. UNA VALORACIÓN GLOBAL

Los aspectos señalados llevan a las siguientes valoraciones.

En primer lugar, se debe insistir en que cualquier propuesta de modernización o de reforma integral del derecho de bienes debe tomar en cuenta que el derecho de propiedad junto con la libertad de empresa son los pilares que soportan el sistema económico adoptado por la Constitución. De allí que en esa labor es indispensable el consenso entre los distintos sectores, además de mesura, prudencia, tiempo, ponderación, asimilación de las propuestas y en especial de sus efectos frente a una regulación que como la contenida en el Código Civil goza de reconocimiento por parte de los administrados.

Respecto del proyecto analizado, **surgen serias dudas sobre si la manera como se reconfigura la materia de bienes es la más adecuada y si es necesaria.** Por lo expuesto, **no parece que las propuestas de cambios estructurales, terminológicos y sustanciales cumplan la finalidad de hacer más comprensible o actualizar la materia.** En otras palabras, no constituyen una mejora a lo que actualmente consagra el Código Civil.

En esta misma línea, surge con fuerza la consideración de que una eventual reforma al libro de bienes, su adaptación a las circunstancias y necesidades contemporáneas **podría realizarse sin alterar de forma radical la organización del libro en el Código Civil vigente como lo propone el proyecto.** Sin lugar a duda, el Proyecto tiene varios aspectos que resultan necesarios y pertinentes como fue señalado en el documento, pero estos podrían incorporarse siguiendo la estructura actual, haciendo modificaciones y/o adiciones a la regulación

vigente. De esta manera se evitaría además un mayúsculo trastorno interpretativo y aplicativo de las diferentes figuras, al tener que afrontar nuevas categorizaciones y terminología ajenas a nuestra tradición jurídica, que podrían tener consecuencias inimaginables en el ámbito del derecho patrimonial de bienes. Finalmente, sin perjuicio del ejercicio ponderado y reposado que resulta inevitable, valdría la pena considerar, en el corto y mediano plazo, la actualización del derecho de bienes a través de estatutos que regulen aspectos puntuales de la disciplina, como en el caso de los bienes públicos, cuya regulación y armonización se hace urgente y necesaria.

5. NEGOCIO JURÍDICO

Entre problemas sistemáticos y graves contradicciones conceptuales

Responsable:

José Felipe Navia Arroyo

Coordinadores:

Juan Camilo Neira Pineda

Jorge Alberto Padilla Sánchez

Profesores participantes²³:

David Fabio Esborraz

Silvana Fortich

Juan Felipe Navia Revollo

Martha Lucía Neme Villarreal

Javier Mauricio Rodríguez Olmos

I. LA PARTE GENERAL DEL PROYECTO Y LA DIFÍCIL RELACIÓN CON LA PARTE ESPECIAL DE LOS CONTRATOS

Como se indicó en el análisis sobre la adopción de una Parte general, surgen serias dudas sobre las consecuencias que esta podría tener en una cultura jurídica que se ha construido alrededor de un sistema completamente diferente. Ahora bien, es pertinente cuestionarnos en torno a la oportunidad de incluir la figura del negocio jurídico en la parte general del proyecto. A propósito, llamaremos la atención sobre el **problema de sistemática subyacente en la íntima conexión entre la parte general y la consagración del negocio jurídico.**

.....

23 En la elaboración de este documento, en la parte relativa al concepto de negocio jurídico se agradece al estudiante Juan Felipe Sicard.

Un análisis de la inclusión de la figura del negocio jurídico en el proyecto de Código Civil está íntimamente relacionado con la pregunta misma de si es necesario y conveniente cambiar la estructura institucional del Código Civil vigente, por una estructura con Parte General de corte Pandectista como la propuesta en el proyecto. Y esto es así, porque el negocio jurídico ha sido considerado desde siempre como la “joya de la corona” de la Parte General en un sistema propio del derecho alemán y su regulación solo tendría sentido en una estructura que prevea una parte general. En esta medida, el primer punto a determinar sería el de por qué preferir un modelo como el adoptado por el Proyecto sobre el modelo actual. ¿Cuáles son las razones explícitas de ese cambio radical de modelo? ¿Cómo se justifica esa imitación de un modelo sistemático ajeno al pensamiento y cultura jurídica que se ha venido cultivando en nuestro país? ¿Cuáles son las ventajas evidentes que justificarían ese cambio de perspectiva? ¿Por qué no se podría lograr una modernización de nuestro Código (y derecho) Civil a partir de la sistemática del Código vigente?

Dejando de lado la **aparente falta de justificación en el cambio de modelo y las dificultades interpretativas fruto del proceso de adopción de un modelo sistemático foráneo**, respecto de la figura del negocio jurídico se proyectan esas mismas dudas: si no se logra justificar debidamente el cambio de sistemática del Código Civil, la inclusión de su regulación legislativa no resulta evidente ni necesaria. No se pone en discusión la utilidad sistematizadora y dogmática de la categoría “negocio jurídico”, pero desde el punto de vista de nuestra tradición jurídica, la construcción de la regulación de los diferentes aspectos de la autonomía privada a partir de esa figura representa una ruptura con nuestra tradición jurídica. Se debe recordar que en la tradición en la que se encuadra nuestro derecho civil, la regulación general del contrato (y de las obligaciones dentro de la cual se enmarca aquél) se extiende, en lo que sea pertinente a los actos jurídicos que no son contratos (por ejemplo, actos jurídicos unilaterales). Así quedó establecido también después de la reforma al Código Civil francés en materia de obligaciones y contratos (art. 1100–1).

Quizá sea más conveniente seguir dejando el desarrollo y el estudio de la teoría del negocio jurídico a la doctrina, en vez de incorporar a nuestra legislación esta figura foránea (más allá de algunas menciones que se hagan en el Código de Comercio), lo que al mismo tiempo conlleva el peligro de la cristalización y adopción de conceptos y elementos fuertemente debatibles teniendo en cuenta los desarrollos de la figura tanto en la doctrina nacional, como en la doctrina extranjera.

Las apreciaciones referidas anteriormente encuentran eco en el texto elaborado –en vía de publicación– por David Fabio Esborraz y Martha Lucía Neme Villarreal, en el marco del seminario organizado por el Ministerio de Justicia para la discusión de la parte general del contrato del Proyecto de reforma al Código Civil presentado por la Universidad Nacional de Colombia en 2020, quienes se pronuncian sobre **la estructura adoptada en la regulación de la teoría general del contrato**.

La elección metodológica de regular el contrato preponderantemente como una fuente de las obligaciones, al ubicar su regulación dentro del libro III dedicado a ellas, podría conllevar la claridad de que la teoría general de las obligaciones integraría también el régimen de los contratos (y no el contrario, como debería ser), sobre todo si tenemos en cuenta el lugar donde aquella fue incluida. En efecto, en el Proyecto el “contrato” y las demás fuentes de las obligaciones (declaración de voluntad, hechos ilícitos y enriquecimiento sin causa, en las que no parece reconocerse a los principios como fuentes de obligaciones²⁴) aparecen reguladas en el medio de la teoría general de las obligaciones, luego de los capítulos dedicados a ciertos temas generales (como el concepto, la clasificación de las obligaciones y el patrimonio del deudor como garantía del acreedor) y antes de otros que también refieren a las obligaciones en general (como el incumplimiento, la transmisión y la extinción de las obligaciones).

Dotar de claridad sistemática a la materia tanto de las obligaciones como del contrato requeriría configurar una verdadera teoría general de las obligaciones, como pretende hacerlo el “Grupo para la Armonización del Derecho en América Latina” (GADAL), empeñado en la elaboración de un código marco de Obligaciones para Latinoamérica²⁵. Convendría reunir todos los títulos y capítulos que hacen referencia a la teoría general de las obligaciones (aplicables por tanto a todas ellas, cualquiera sea su fuente), en una primera parte del Libro III, y los dedicados a cada una de las fuentes en particular, en una segunda parte.

Esta carencia de sistemática se refleja igualmente al interior del Capítulo I del Título II del Libro III, dedicado en realidad no sólo al contrato sino también a la declaración unilateral de voluntad, donde esta última aparece también regulada en medio a una serie de secciones cuyas disposiciones se aplicarían exclusivamente a la materia contractual (luego de la suspensión

24 Del tema se han ocupado, recientemente, las “Primeras Jornadas de Derecho Civil: La vigencia del Código Civil de Andrés Bello”, cuyas memorias fueron publicadas en Navia Arroyo, F. y Chinchilla Imbett, C. (eds.), *La vigencia del Código Civil de Andrés Bello. Análisis y prospectivas en la sociedad contemporánea*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2019, *passim*.

25 Sobre el GADAL se remite al sitio: <https://gadal.uexternado.edu.co/>.

excepcional del contrato y antes de su contenido y efecto), en lugar de haber sido ubicada su regulación al final del referido título (una vez agotados todos los temas referidos al contrato, como hacía el Proyecto de 1983, fuente principal del Proyecto de 2020).

Asimismo, sería aconsejable que toda la materia contractual (comprensiva tanto de la teoría general del contrato como de la regulación de los contratos en particular) sea regulada de manera continua y no, la primera, junto al régimen de las demás fuentes de las obligaciones y, la segunda, en un libro autónomo, el IV.

Los ajustes metodológicos que proponemos coinciden con la sistemática adoptada en América Latina por los Códigos Civiles de Bolivia de 1976, de Perú de 1984, de Paraguay de 1985, de Brasil de 2002 y de Argentina de 2014, que siguen de cerca el Código Civil italiano de 1942^[26].

II. OBSERVACIONES SOBRE SISTEMÁTICA Y ALGUNAS MATERIAS OMITIDAS Y OTRAS NO GENERALIZADAS:

Llama la atención la ausencia de regulación de ciertas materias tradicionales que están previstas en el Código Civil vigente, y que todavía se demuestran de utilidad para hacer frente a las problemáticas planteadas por la contratación contemporánea:

(i) Han desaparecido del Proyecto todas las disposiciones que sobre la causa contiene el Código Civil vigente (artículos 1502, numeral 4, 1524–1526), como ya sucedía en el Proyecto de 1983. Esto podría hacer pensar que el Proyecto es anticausalista. Pero también aquí, como sucede con muchos otros Códigos que han hecho una elección de este tipo (v.gr. el mexicano, el cubano o el brasileño), lo que sale por la puerta termina entrando (por fuerza de las cosas) por la ventana²⁷, pues **la noción de causa está presente –en nuestro entender– en el texto del Proyecto cada vez que se habla de “finalidad del negocio” (artículo 108) o de “finalidad del contrato” (artículos 499, 512, 516, 833, 834, 837, 839, numeral 1, 926, 1418, numeral 3, etc.)**.

26 Véase, sobre el punto, Esborraz, D, “La teoría general de las obligaciones como elemento de unidad y resistencia del subsistema jurídico latinoamericano”, *Revista de Derecho*, Concepción (Chile), vol. LXXXIII, n.º 238, 2015, 164 ss.

27 Véase, en este sentido, Esborraz, D, *Contrato y sistema en América Latina*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2006, 223 ss.

(ii) Fue suprimido también del Proyecto el artículo 1501 del Código Civil vigente, en el que se distingue entre elementos esenciales, naturales y accidentales del contrato, el que, no obstante tener un carácter bastante doctrinal, reconoce una larga tradición que se remonta incluso a un pasaje atribuido a Ulpiano (D. 19,1,11,1) y a las elaboraciones que de él hiciera Baldo de Ubaldis. Se trata de una disposición que aún hoy en día conserva su utilidad, en particular para la determinación de la elasticidad del tipo contractual, motivo por el cual convendría conservarla.

De otra parte, se encuentran los temas que no han sido generalizados, pues algunas materias siguen siendo reguladas en el ámbito de ciertos contratos en particular, cuando en realidad merecerían ser tratadas entre las disposiciones generales, como por ejemplo:

(i) **La evicción, los vicios redhibitorios y la garantía de buen funcionamiento**, de calidad, que el Proyecto trata todavía en el ámbito de la compraventa, siguiendo una tendencia contraria a la iniciada incluso hace más de 150 años por los Códigos Civiles argentino y brasileño abrogados (mantenida en los vigentes, y de la que hicieron eco –v.gr.– el peruano y, en cierta medida, el paraguayo), que en cambio regulan dichas materias en la teoría general del contrato, puesto que en realidad son un efecto propio de todos los contratos onerosos y reviste importancia también –por ejemplo– respecto del contrato de obra.

(ii) Por un motivo similar, llama la atención que –en principio– se siga regulando **la lesión** al tratar la compraventa inmobiliaria (artículos 779–768), ya que si bien este fue el ámbito en el cual la institución nació en el Derecho Romano (C. 4,44,2 y C. 4,44,8), las codificaciones más modernas la han regulado en la teoría general del contrato: como hace el Código Civil italiano (artículo 1448), el boliviano (artículos 561–563), y el peruano (artículos 1447–1468) e, incluso, muchas de las que han previsto una parte general y han reglamentado el acto o negocio jurídico lo han hecho en este último ámbito (como el BGB, § 138, numeral 2, el Código Civil brasileño, artículo 157, y el Código Civil y Comercial argentino, artículo 332).

III. A PROPÓSITO DEL CONCEPTO DE NEGOCIO JURÍDICO

De inmediato se ha de advertir que la acepción de Negocio Jurídico no es del todo ajena al ordenamiento jurídico colombiano. A partir de 1935 la Corte Suprema de Justicia introdujo la expresión a nuestro ámbito como un equivalente de acto jurídico y en algunas ocasiones de

contrato²⁸. En suma, el Código de Comercio de 1971, que en buena parte reprodujo el *codice civile* de 1942 utiliza el concepto en más de 20 artículos²⁹. Así las cosas, esta expresión ha podido circular por años en el tráfico jurídico, articulada con el Código Civil y con los demás instrumentos normativos que componen el sistema. Teniendo en cuenta este contexto, el Proyecto introduce toda una regulación en materia negocio jurídico, en el libro primero (Parte general).

Ahora bien, se ha venido advirtiendo repetidas veces que, desde el punto de vista sistemático, el giro hacia un modelo pandectista ‘Parte general–parte especial’ ilustrado en la regulación del negocio jurídico puede resultar inconveniente³⁰. En cualquier caso, una regulación de esta figura **resultará conveniente y pertinente solo en la medida en que comprenda de manera clara los conceptos dogmáticos que la acompañan y se adapte a las nuevas tendencias económicas, tecnológicas y sociales**. En ese sentido, si este Proyecto se auto-proclama como aquel que dará respuestas a la sociedad, sus claras contradicciones teóricas y su desactualización en este punto impedirán la mayoría de las operaciones económicas que de suyo implican los años venideros, conminando así, a limitar los nuevos modelos de negocio, alejándose de la realidad y la finalidad del derecho común.

Así las cosas, la definición de negocio jurídico contenida en el artículo 83 del Proyecto³¹, **obvia la orientación que ha tenido el derecho de los contratos hacia la autorresponsabilidad y la buena fe como criterios determinantes en el reconocimiento jurídico de la autonomía privada**.

Esta previsión normativa encuentra una **contradicción** manifiesta con el inciso segundo del artículo 89 que consagra de manera expresa la **confianza legítima**³² y advirtiendo que la

28 Hinestrosa, F. *Tratado de las obligaciones II: de las fuentes de las obligaciones: negocio jurídico*, vol. I. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2015, 242.

29 Así Hinestrosa, *Ibid.*, señala los artículos: “620, 822, 824, 833, 836, 838, 845, 850, 865, 878, 883, 900, 901, 903, 1226, 1230, 1237, 1238, 1240, 1241 y 1244 C.co”.

30 La cuestión de si es posible incorporar una regulación de la figura del negocio jurídico en un Código Civil, sin adoptar necesariamente la sistemática pandectista, ha sido objeto de debate en el seno del Observatorio. En cualquier caso, se trata de un tema cuya complejidad amerita una discusión profunda y, por ende, no se puede dar por sentado ni la conveniencia de la regulación del negocio jurídico, ni su impacto sistemático en la elaboración de un Código Civil.

31 Proyecto de Código Civil de Colombia, artículo 83: “Negocio jurídico es la declaración de una o varias voluntades...”.

32 Proyecto de Código Civil de Colombia, artículo 89 inciso segundo: “No obstante, una parte quedará vinculada por sus propios actos y no podrá valerse de dicha cláusula en la medida en que la otra parte haya actuado razonablemente en función de tales actos”.

declaración se puede inferir de una conducta inequívoca³³. Así las cosas, para el intérprete se plantea una gran labor hermenéutica en aras de solucionar las contradicciones que eventualmente surjan con ocasión de estas disposiciones, lo que no es nada deseable para un código que se espera goce de la suficiente claridad y actualidad.

De igual manera, una interpretación fiel del artículo 83 daría lugar a rendir pleitesía a la voluntad en cuanto a las consecuencias negativas del acto dispositivo del inconsciente³⁴, representa desatender las normas que pretenden tutelar a la parte débil en ciertos contratos y la fuerza normativa de los principios generales del derecho³⁵ por atenerse el negocio de manera estricta a la declaración, lo que arremete contra nuestra tradición jurídica³⁶. En suma, no resulta suficiente para satisfacer las necesidades de los sujetos de derecho en la sociedad de consumo, estandarización y masificación, ni mucho menos comprender la incidencia de las tecnologías en los procesos de contratación contemporánea. En todo caso, la voluntad como un concepto central en la categoría del negocio jurídico no es solo insuficiente sino ajena a las exigencias de una concepción del *ius* propia de un Estado Social de Derecho que pretende la tutela efectiva de los derechos en aras de erigir el contrato como un instrumento de justicia social³⁷.

En definitiva, se hace un llamado para que se reevalúe la teoría acogida por el Proyecto y se adopte en su lugar, de forma inequívoca, las que correspondan a los desarrollos de nuestro derecho positivo. De esta manera, se evita revivir debates que ya han sido ampliamente su-

33 Ibid., artículo 84: “La declaración de voluntad debe ser expresa. No obstante, podrá inferirse la declaración de voluntad de la realización de una conducta inequívoca”.

34 Hinestrosa, F. *op. cit.*, 153.

35 Neme Villarreal, M. “El principio de buena fe en materia contractual en el sistema jurídico colombiano” *Revista De Derecho Privado*, n.º 11, 2006, 90: “La fuerza de la buena fe, como principio normativo, integra el contenido del contrato, formándolo permanentemente a través del establecimiento de reglas concretas por virtud de las cuales se otorga la exacta dimensión al contenido de las obligaciones de las partes a la luz de la buena fe. En este orden de ideas, la buena fe obliga no solo a lo fijado en la convención y a los cuidados generales usuales entre personas honorables, sino a todas aquellas prestaciones accesorias que las circunstancias que rodean el negocio en cada momento vayan poniendo de manifiesto, con independencia de que hayan o no sido pactadas expresamente.” En similar sentido, la Corte Constitucional en sentencias, T-487 de 1992, C-544 de 1994, T-075 de 2002, C-865 de 2004 y C-1194 de 2008.

36 Schipani, S. “Riconoscimento del sistema, interpretazione sistematica, armonizzazione del diritto”, *Roma e America Diritto romano comune*, n.º 24, 2007, 9: el sistema jurídico romanista, que integra en un nivel superior de unidad que asume carácter universal, que como unidad que tiene una identidad propia resiste frente a las instituciones que estén en contraste con sus propios principios, que son patrimonio común de la humanidad. Citado por, Neme Villarreal, M-L. Chinchilla Imbett C. *El consentimiento informado del consumidor; del sinalagma a las exigencias de información*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2018, 23.

37 Ibid., 20.

perados y se podrá analizar cómo los fenómenos de la globalización permiten comprender el negocio como un acto social y que solo interesa en cuanto su significación social³⁸, pues este ya no se analiza de forma aislada de su contexto, sino que de suyo implica estructuras sociales y económicas en las que se insertan las relaciones negociales³⁹.

Luego entonces, es menester que se haga un examen similar con las demás disposiciones sobre este tema⁴⁰ desde una perspectiva renovada y que comprenda los complejos fenómenos de la sociedad contemporánea, toda vez que al ser una materia de carácter transversal su desarrollo ha de ser coherente, pulcro y actual, de manera que sea acorde con nuestra tradición jurídica, dotando de claridad al Código y al ordenamiento jurídico en general.

Por otro lado, vale la pena analizar **la definición de contrato contenida en el artículo 472 del Proyecto**. Desde la perspectiva de las técnicas definitorias que aconsejaba Cicerón (*Topica* 5,28; 6,30; 8,33–34)⁴¹, el artículo 472 del Proyecto definiría el contrato por “**género próximo y diferencia específica**”. En efecto, la primera parte del primer inciso del referido artículo aludiría al “género próximo”: “el contrato es un acuerdo expreso o implícito de dos o más partes...” y la segunda parte a las “diferencias específicas” al señalar que él sirve “...para constituir, regular, modificar, transferir o extinguir entre ellas una relación jurídica patrimonial, por el cual se obligan a ejecutar una prestación de valoración económica”.

Respecto del “género próximo”, el Proyecto lo identifica con el “acuerdo” de las partes, lo que supone incurrir en el vicio de la “sinécdoque”, al confundirse el género al que pertenece el contrato con una de sus partes o elementos (el acuerdo o consentimiento), vicio en el que no habría que caer en materia de definiciones legales, pues una misma noción no puede ser género y elemento del definiendo⁴². Para evitar este defecto habría que referir como género al “negocio jurídico” (“el contrato es un negocio jurídico...”, como hacía el artículo 444 del Proyecto de 1983), sobre todo si tenemos en cuenta que el Proyecto de 2020 regula expresamente esta categoría de actos en el Libro I, Título IV (individualizando incluso en el artículo 83, segundo inciso, la subcategoría del “negocio jurídico obligatorio”).

38 Así señala Hineirosa, *op. cit.*, 264.

39 Rodríguez, J, Neme, M. et al., *Autonomía privada: perspectivas del derecho contemporáneo*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2018, 162.

40 Véanse en particular el libro I. Parte general, en el título IV y demás disposiciones afines.

41 Véase, en general, Esborraz, D., *op. cit.*, 45 ss.

42 Sobre la “sinécdoque” se remite, entre otros, a Monateri, P, *La sinécdoche. Formule e regole nel diritto delle obbligazioni e dei contratti*, Milán, Giuffrè, 1984, *passim*.

En cuanto a la “diferencia específica”, que define el contrato individualizando sus particulares características, en el Proyecto se pierde una oportunidad de oro de recuperar la tradición romanista planteada por Labeón, quien identifica dicha diferencia específica en la naturaleza recíproca de las obligaciones que caracterizan al contrato (D. 50, 16,19)⁴³. Pero además, se emplea la expresión “relación jurídica” en lugar de “vínculo jurídico”, **desarticulando su naturaleza.**

En efecto, la expresión “relación jurídica” es más amplia, en cuanto comprensiva también de las relaciones reales, mientras que la expresión “vínculo” es más restringida, dado que se limita al ámbito de las obligaciones, que es realmente aquél al que pertenece el contrato en el derecho colombiano, el que carece de efectos reales pues se adopta la diferencia entre título y modo. La expresión “relación jurídica” está tomada del Código Civil italiano⁴⁴, sin advertir que en la legislación italiana ella se justifica, pues el contrato tiene efectos reales, mientras que en el ordenamiento colombiano, tiene solo efectos obligacionales.

De otra parte, se dice que la relación jurídica (diríamos: el vínculo jurídico) es “patrimonial” y que por ella las partes “se obligan a ejecutar una prestación de valoración económica”, lo que constituye una reiteración superflua, que además debería estar contenida en la regulación de la obligación en general, pues hace referencia a una de las características esenciales de la prestación: su patrimonialidad; lo que conduce a la confusión del objeto de la obligación con el objeto del contrato.

De igual manera, es imposible dejar de lado **problema de la confusión terminológica entre hecho, acto y negocio.** En el artículo 82 pareciera pretenderse adoptar como categoría más amplia la de “acto jurídico” (no queda muy claro si se sigue acá la tradición francesa), pero la definición que se ofrece (“todo acontecimiento de la persona que produce efectos jurídicos”) es del todo imprecisa. Basta considerar que el nacimiento o la muerte pueden considerarse un acontecimiento de la persona ¿son ellos casos de actos jurídicos?). Esto queda aún menos claro, cuando el art. 82 se cierra haciendo alusión a los “hechos ilícitos”. Esto indicaría que el proyecto adopta la tripartición alemana hecho–acto–negocio jurídico (y no la bipartición francesa acto–contrato), con lo que menos aún se justifica la forma tan imprecisa en la que se

43 Acerca de la noción labeoneana de contrato véase Gallo, F., “Contrato y acto en Labéon: una doctrina para reconsiderar”, en Esborraz, D. (comp.), *Sistema jurídico latinoamericano y derecho de los contratos*, México, Porrúa, 2006, 17 ss. y Esborraz, D., *op. cit.*, 52 ss. y 240 ss. y *Vicisitudes del contrato en la tradición romanística: sus proyecciones en el derecho latinoamericano*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2020, 38 ss. y 189 ss.

44 Véase, otra vez, Esborraz, D., *Vicisitudes del contrato en la tradición romanística*, cit., 220 s.

define el acto jurídico. En fin, surge la duda de la necesidad o el fin práctico de incluir en un Código Civil esta clasificación y sus definiciones.

Precisamente, sobre el riesgo de las definiciones en los códigos, surgen serias dudas sobre el elemento diferenciador adoptado para distinguir el negocio jurídico del acto jurídico en sentido estricto, pues **se adopta una posición netamente voluntarista que ya ha sido en gran parte superada en la literatura jurídica**. En efecto, al caracterizar el negocio jurídico porque la producción de sus efectos deriva de “la voluntad de la persona”, se está recurriendo a un elemento ya superado en la teoría del negocio jurídico.

Puntualmente respecto de la **definición del negocio jurídico**, el proyecto parecería dejar por fuera los desarrollos y discusiones en torno a la orientación del negocio (voluntarismo y declaracionismo, papel preponderante de la confianza), y cómo se ve concretado en materias como la interpretación y el error.

Nuevamente el problema de las definiciones se presenta al tratar de **definir el proyecto el “negocio jurídico” (art. 83)**. La definición allí propuesta (“declaración de una o varias voluntades”) sin lugar a duda recoge los elementos mínimos sobre los cuales no hay ya discusión en la teoría del negocio jurídico. Sin embargo, esa definición, fruto de una **reducción al mínimo**, corre el riesgo de dejar en la sombra un aspecto fuertemente debatido y desarrollado que es el de la **confianza legítima** como un elemento fundamental de la definición de la figura. Por lo demás, **no se entiende la utilidad y conveniencia de introducir una clasificación doctrinal de los negocios jurídicos, como la propuesta en ese mismo artículo (obligatorios, de disposición y de administración)**.

Esta dificultad de definir debidamente el negocio jurídico (y los peligros de incluir la figura y de definirla) se ven reflejados en temas vitales de la teoría del negocio jurídico, como la interpretación y el régimen del error.

En materia de interpretación (art. 91), los problemas de coherencia y de incorporación de las corrientes más recientes en materia de negocio jurídico se ven reflejados en la adopción de una perspectiva fuertemente voluntarista ya superada. En efecto, ya **el solo hecho de hacer referencia a voluntad real y su prevalencia frente al literal de las palabras pone de manifiesto una postura anacrónica**, que parecería dejar en la sombra, o en un lugar subsidiario, los criterios objetivos de interpretación. Por lo demás, ignora el proyecto **la distinción entre declaraciones de voluntad recepticias y no recepticias** (como, por ejemplo, sí lo

reconoce el Código Civil chino recientemente expedido), sin discriminar si existe una diferencia en la interpretación según que la declaración de voluntad tenga o no un destinatario. Adicionalmente, la estructura misma de la regulación de esta materia presenta deficiencias. Mientras que en el primer inciso parecería hacerse referencia a la interpretación del negocio jurídico, en el segundo y tercer inciso parece pasarse de forma implícita a la interpretación del contrato (“intención real de las partes”). Esto no encontraría justificación, teniendo en cuenta que luego en los artículos 512 y siguientes hay una regulación específica del tema en materia de contratos.

En materia de error, igualmente surgen dudas sobre la manera como está concebida la regulación. Lo primero que salta a la vista es que el Proyecto trata de encontrar un sincretismo entre las clases de error vicio tradicionales del Código Civil vigente, con la posición más moderna de una definición general de error con unos requisitos de procedencia, sin acudir a esa clasificación de errores vicio. Por otra parte, al no regularse si en algún caso la persona que incurre en el error y lleva a la nulidad del contrato debe responder por daños y perjuicios, parecería que en ningún caso habría lugar a ese resarcimiento, con lo que parece que **se deja de lado en este caso el desarrollo en materia de indemnización por defraudación de la confianza legítima que se ha desarrollado alrededor del error.**

En adición, se percibe una confusión entre el régimen del contrato y el del negocio jurídico, lo que nuevamente pone en duda la necesidad de regular expresamente la categoría.

En la regulación de los negocios jurídicos, son frecuentes los saltos que se encuentran hacia la regulación de aspectos específicos del contrato. Solo por poner algunos ejemplos: después de regular el tema de la forma del negocio (art. 87), en el artículo 88 se pasa a regular situaciones propias del contrato, al punto que el mismo artículo 88 hace referencia a esta institución. Luego en el artículo 89 se regula una figura que tiene su aplicación en el ámbito del contrato (la denominada cláusula de no modificación oral), al punto que en el mismo artículo se hace referencia a “modificación o extinción por mutuo acuerdo”.

Nuevamente, surge la duda legítima de si no sería mejor seguir con la tradición del código civil vigente (de tradición francesa) que extiende en lo pertinente las reglas en materia de contratos a otros actos jurídicos, en lugar de subvertir toda la estructura para incluir una categoría como la del negocio jurídico.

IV. RESPECTO LA CLASIFICACIÓN DE LOS CONTRATOS

El Proyecto clasifica los contratos según diversos criterios (artículos 473–480A), algunos de los cuales podríamos calificar como tradicionales (contratos consensuales–formales, principales–accesorios, unilaterales–bilaterales, gratuitos–onerosos, conmutativos–aleatorios, de ejecución instantánea–de ejecución sucesiva, típicos–atípicos), mientras que otros parecerían más novedosos: contratación electrónica, contratos de libre discusión–contratos adhesión, contratos marco.

Lamentablemente se trata de clasificaciones a las cuales no se dota de efectos concretos: v.gr. la consecuencia de que un contrato pertenezca a una u otra categoría o el régimen aplicable a una u otra clase.

No se regulan los contratos plurilaterales, a pesar de que a ellos hace mención expresa el artículo 865 del vigente Código de Comercio colombiano.

En cambio, se mantiene la clasificación de los contratos unilaterales y bilaterales (reproduciendo el artículo 445 del Proyecto de 1983), lo cual debería ser objeto de una reflexión profunda: ¿Se justifica acaso la fragmentación de la categoría “contrato” en unos de primer orden: los sinalagmáticos perfectos y otros de segunda clase, los unilaterales o sinalagmáticos imperfectos? Cuando quiera que como consecuencia de la integración del contenido de los contratos, que opera en virtud de las exigencias de la buena fe respecto de todo tipo de contratos, en los denominados unilaterales surgen obligaciones principales, recíprocas y no meramente eventuales: obligaciones de lealtad, de transparencia, de información, de diligencia, de observancia de lo pactado, en cabeza de la parte que en principio no asume obligación alguna. Con mayor razón cuando el régimen de tutelas contractuales está estructurado **bajo el esquema de la sinalagmaticidad y excluiría de protección a la aparentemente única parte obligada para tutelar sus derechos respecto de las obligaciones que a la otra parte impone la buena fe**⁴⁵.

En materia de **contratos típicos y atípicos** el artículo 480 parecería reconocer no solo la tipicidad legal, sino también la denominada tipicidad social (o sea, cuando el contrato está

45 Sobre este particular se remite a Neme Villarreal, M-L., “Carácter sinalagmático perfecto de los contratos unilaterales: una lectura a partir de la función de los contratos”, en AA.VV., *Obligaciones. Contratos. Responsabilidad (Grupo para la armonización del Derecho privado latinoamericano)*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2011, 411 ss.

regulado “de forma integral y sistemática por el uso y la costumbre”). En nuestro entender, esta disposición presenta dos inconvenientes. El primero es que no resuelve el problema de los contratos atípicos, determinando cuales son las reglas, principios o régimen que se aplicaría a ellos (como sí hacía por lo menos parcialmente el artículo 499 del Proyecto de 1983). El segundo problema está representado por el reconocimiento de los contratos con tipicidad social, los cuales –tal como están regulados– no serían atípicos y en consecuencia estarían regidos sin más por los usos o las costumbres comerciales, que no siempre garantizan un contenido contractual justo o equilibrado. Por este motivo consideramos necesario sujetar tales usos y costumbres a la reglas generales en materia de obligaciones.

Respecto de las categorías que se traen como “novedosas” no parecen verdaderamente categorías contractuales sino meras modalidades de contratación, pues cualquier contrato podría ser celebrado a través de estas modalidades; si no fuera así habrían de incluirse como tipologías los contratos conexos del artículo 516, los denominados contratos simulados, fraudulentos, derivados de operaciones corruptas o a favor de terceros, de los artículos 517–519 y 521–530 y la de los contratos de consumo, de los artículos 531–532, etc.

V. EL TRATAMIENTO QUE EL PROYECTO DA A LA INTERPRETACIÓN DEL CONTRATO

La sección referida a la interpretación del contrato (artículos 512–516) reproduce a grandes rasgos el Proyecto de 1983 (artículos 476–479).

La primera crítica que habrá de formularse es la de que **no se incorporó a la buena fe como principio eje de la interpretación de los contratos**, como sí lo hacen expresamente el Código brasileño (art. 113) y el argentino (art. 1061)⁴⁶, y en cambio se introducen nociones como la “interpretación razonable del contrato, la cual será la que le otorgue una persona sensata de la misma condición colocada en las mismas circunstancias”, en consonancia con lo dispuesto –respectivamente– por los artículos 4.3 y 4.1(2) de los Principios de UNIDROIT, por lo que resulta de interés saber qué alcances se le reconoce a la expresión “interpretación razonable” (ajena, en principio, a la tradición jurídica romanista que para tal efecto, acude en

.....

46 Véanse, en este sentido, el artículo 113 del Código Civil brasileño: “Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração” y el artículo 1061 del Código Civil y Comercial argentino, en el que intención común de las partes y buena fe se ponen en el mismo plano: “Intención común. El contrato debe interpretarse conforme a la intención común de las partes y al principio de la buena fe”.

cambio al núcleo de valores que evoca la buena fe; mientras que la “razonabilidad” en cambio, resulta común en los instrumentos internacionales de unificación del derecho de los contratos, por influjo del *common law*.

Hubiese sido deseable que se tuviera la claridad de que la buena fe orienta todo el procedimiento interpretativo, de manera más amplia y compleja que la mera razonabilidad⁴⁷; de modo tal que no puede confundirse la buena fe en función interpretativa con los criterios interpretativos⁴⁸, ni con las técnicas⁴⁹ de interpretación, que también guían al intérprete en la búsqueda del alcance de la regla contractual.

En el Proyecto los **criterios de interpretación objetivos y subjetivos no parecen delinarse de manera clara**, v.gr. respecto de “la intención común de las partes”, claramente subjetivo, se dice en el artículo 512⁵⁰ que en ella deben apreciarse los actos propios y la naturaleza y finalidad del contrato, criterios objetivos, que terminarían por confundirse con la intención común de las partes.

De otra parte, en materia de interpretación de **contratos coligados** (artículo 516), se echa de menos la introducción de verdaderos criterios de interpretación (perfeccionando lo dispuesto por el artículo 1622 del Código de vigente)⁵¹, los que allí se mencionan parecen ser criterios para acreditar o determinar cuándo hay conexidad o coligación entre diversos contratos que en principio se presentan como autónomos: “finalidad económica común”, “grado de conexidad”, mientras que la función dominante en el resultado perseguido y su incidencia en

47 Véase, al respecto, Neme Villarreal, M-L., “La buena fe como eje del proceso de integración e interpretación del contrato en el código de bello: consonancia con la función social del contrato y con la tutela de los derechos fundamentales”, en Navia Arroyo, F. y Chinchilla Imbett, C. (eds), *La vigencia del Código Civil de Andrés Bello*, cit., 77 ss.

48 Véase, sobre este particular, Esborraz, D., “El Código Civil de Andrés Bello como punto de partida para la armonización/unificación del derecho de las obligaciones en América Latina”, en Navia Arroyo, F. y Chinchilla Imbett, C. (eds), *La vigencia del Código Civil de Andrés Bello*, cit., 77 ss.

49 En materia de técnicas de interpretación nos referimos a la interpretación: sistemática, restrictiva y extensiva, en las que la conexión con la buena fe es innegable.

50 Artículo 512: “En la interpretación del contrato se debe tener en cuenta la intención común y real de las partes, y las circunstancias que lo rodearon, antes que el sentido literal de las palabras./En la intención se deberá apreciar el comportamiento total de las partes y habrá que tenerse en cuenta las negociaciones previas entre las partes, las prácticas que hayan establecido, los actos realizados con posterioridad a la celebración del contrato, la naturaleza y finalidad del contrato, el significado común de los términos y expresiones, y la costumbre./Si no es posible establecer la intención real de los contratantes deberá acudirse a la interpretación razonable del contrato, la cual será la que le otorgue una persona sensata de la misma condición colocada en las mismas circunstancias”.

51 Artículo 514: “En la interpretación de una cláusula deberá preferirse la que ha de producir algún efecto. Las cláusulas insertas por uno de los contratistas se interpretarán, en caso de duda, a favor del otro”.

el cumplimiento e incumplimiento de sus obligaciones” no parecen criterios suficientes para interpretar una cadena contractual⁵².

En materia de **cláusulas unilateralmente predispuestas**, atécnicamente denominadas en el proyecto “cláusulas insertas por uno de los contratantes”⁵³, resulta ambiguo el ámbito de aplicación de la regla “*interpretatio contra proferentem*” pues como está redactada podría llegar a aplicarse a aquellos eventos en que las cláusulas hayan sido propuestas por una de las partes frente a otra dotada de la capacidad y poder para controvertirlas sin que lo haya hecho, lo cual escapa a la *ratio* de la regla comentada.

Por demás el proyecto, en lo relativo a los **contratos de adhesión y condiciones generales, no contempla reglas específicas en materia de interpretación** (con la salvedad del contrato de seguro: art. 1418). A diferencia de las regulaciones más recientes en las que se ha consolidado la tendencia a incorporar por lo menos tres reglas especiales de interpretación en la materia a fin de resolver eventuales conflictos: (i) El conocimiento y aceptación de las condiciones generales invocadas como presupuesto de validez (ii) la prevalencia de las cláusulas o condiciones particulares sobre las generales y (iii) la exclusión de las cláusulas contenidas en las condiciones generales invocadas por cada una de las partes, en cuanto resulten incompatibles⁵⁴.

El tratamiento del Proyecto a la denominada “**excesiva onerosidad por cambio de circunstancias**” confunde las categorías: riesgo, responsabilidad, imposibilidad, dificultad, inexigibilidad.

El artículo 499 del Proyecto regula la materia **sin tomar en consideración que la problemática del desequilibrio sobrevenido debe tratarse dentro del ámbito de los riesgos**, que no siempre admite la solución salomónica que propone la norma: “distribución equitativa de los perjuicios”, pues este es apenas uno de los múltiples criterios que la tradición romanista

52 Rodríguez Olmos, J., “La arquitectura de la hermenéutica contractual en el Código Civil de Andrés Bello: vigencia y transformaciones”, en Navia Arroyo, F. - Chinchilla Imbett, C. (eds.), *La vigencia del Código Civil de Andrés Bello*, cit., 289 y ss.

53 Artículo 514: “En la interpretación de una cláusula deberá preferirse la que ha de producir algún efecto./Las cláusulas insertas por uno de los contratistas se interpretarán, en caso de duda, a favor del otro”.

54 Consejo Asesor de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional (“CISG-AC”) CISG1 Opinión Consultiva 13 sobre contratos de adhesión y condiciones generales. Sobre el particular véase Rodríguez Olmos, J. “¿La arquitectura de la interpretación del contrato en la reforma al Código Civil francés como modelo para el derecho contractual colombiano? Luces y sombras” en Riaño A y Fortich, S. (eds.), *La reforma francesa del derecho de los contratos y de las obligaciones: ¿fuente de inspiración para una futura reforma en derecho colombiano?*, U. Externado de Colombia, 2020 (en publicación), 281 y ss.

ha acuñado en materia de atribución de riesgos y en no pocos casos podría dar lugar a una injusticia.

Se desconoce por ejemplo que la atribución de riesgos a una de las partes puede encontrar justificación en el “riesgo típico” de la actividad que debe soportar quien la ejecuta, o puede derivar de la iniciativa comercial que soportará quien la tuvo o que debe asumir quien sea la causa o generador del riesgo, o que deberá soportar quien esté en mejores condiciones para asumir dicho riesgo, entre otros criterios⁵⁵.

Pero además de ello, **el artículo confunde una serie de categorías: la cláusula *rebus sic stantibus*, la frustración o pérdida de la causa, la lesión enorme y, en consecuencia, la imposibilidad y la inexigibilidad sobrevenida de la prestación y hasta la *restitutio in integrum* que parece ser el objeto del artículo 500^[56].**

Asimismo, desconoce el citado artículo que el punto central de esta problemática reside en **la preservación del equilibrio y no en la imprevisión⁵⁷**. De otra parte, no parece razonable que la solución de dicho desequilibrio se deje en primer lugar al juez y no a las partes y menos que la primera opción que se dé al juez sea la terminación del contrato. Ni que se encomiende al juez, como dice el artículo 500 la tarea de “hacer desaparecer el perjuicio sufrido por una de las partes” como si el asunto estuviera en el ámbito de la responsabilidad, olvidando que estamos dentro de órbita de la atribución de riesgos, en la que indefectiblemente una de las partes o las dos deben sin duda soportar un daño.

Y qué decir del artículo 501 que confunde las categorías de *impossibilitas*, *difficultas* e *inexigibilidad⁵⁸*.

55 Sobre este particular se remite a Neme Villarreal, M-L., “Los principios generales del derecho y el problema de los riesgos por pérdida de la cosa debida”, *Roma e America Diritto romano comune*, n.º 21, 2007. Publicado igualmente en la *Revista de Privado*, Universidad Externado de Colombia, n.º 15, 2008.

56 Sobre este particular Chinchilla Imbett. C. y Neme Villarreal. M- L., “El cumplimiento del contrato de arrendamiento en tiempos de pandemia”, Fernández Muñoz M-L, y Gual Acosta, J-M. (dirs.), *Desafíos del derecho en época de pandemia Covid-19: derecho contractual, empresarial y del trabajo, afectación a la familia y a las personas*. Bogotá, Ibañez, 2020, 45-64.

57 Neme Villarreal. M-L. “La tensión aparente entre las reglas *pacta sunt servanda* y *rebus sic stantibus*: La buena fe y la equidad constituyen parámetros de las exigencias de equilibrio y solidaridad en tiempos de crisis”, AA.VV., “Vulnerabilidad, solidaridad y pandemia. algunas reflexiones desde el derecho civil”, Ensayos de la *Revista de Derecho Privado*, n.º 3, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2020, 205-228.

58 Artículo 501: “Cuando durante la ejecución de un contrato de tracto sucesivo y de un contrato de pago por cuotas, se presentaren hechos y acontecimientos que hagan notoriamente difícil o imposible su ejecución, el afectado podrá suspender la prestación a su cargo hasta por tres meses o por el término que señalen las autoridades administrativas

VI. EXPRESIÓN DEL CONSENTIMIENTO Y PRINCIPIO DEL CONSENSUALISMO

En cuanto a la **definición del principio del consensualismo**, el artículo 473 del Proyecto establece que “el contrato es consensual cuando se perfecciona por el solo consentimiento, y constituye la regla general; y el contrato es solemne cuando el perfeccionamiento está sujeto a la observancia de determinadas formalidades, siempre que la ley expresamente lo exija o las partes convengan en ello”.

Al respecto valga mencionar que la sola destinación de una disposición específica a la definición de contrato consensual y solemne puede considerarse un avance, habida cuenta del silencio que guarda sobre el particular el Código civil de Bello⁵⁹. De igual manera, la referencia a que el consentimiento basta para perfeccionar el contrato es conveniente en la medida en que en nuestro ordenamiento jurídico es claro que en virtud de este principio, los contratos se forman por el solo consentimiento de las partes⁶⁰.

Sin embargo, **la definición que se propone no es de buen recibo en la medida en que omite hacer referencia al elemento trascendental que define al principio del consensualismo: la libertad de escoger las formas para la exteriorización de la voluntad.** El consensualismo, más allá de agotarse en la presencia del consentimiento de la parte que se obliga, “implica la utilización de modos de exteriorización del querer de las partes, ya que la voluntad siempre debe revestir alguna forma para poderse manifestar. El punto fundamental está en identificar que bajo el principio del consensualismo la utilización de esos medios se dará en absoluta libertad. Así, podríamos definir el principio del consensualismo como la

.....
competentes, a menos que la demora justifique la terminación del contrato./La parte afectada hará uso de lo anterior comunicándose a la otra en los términos del artículo 87, con indicación de las razones./Si la suspensión fuere temeraria se responderá por el daño que se cause”.

59 Nuestro Código Civil, al igual que el Código Civil francés de 1804, guarda silencio respecto de la etapa de formación del contrato y respecto de la definición y alcance del principio del consensualismo. Sin embargo, con la reciente reforma realizada al Código Civil francés, en materia de obligaciones y contratos, el Decreto ley 2016-131 del 10 de febrero 2016 decidió crear todo un capítulo reservado a la formación del contrato, en el mismo rango de la interpretación y los efectos del contrato. Dentro de este capítulo, titulado: “Formación del contrato”, el nuevo Código Civil francés dedica una *Section* exclusivamente a las reglas de celebración del mismo, en la cual reunió las normas propias de la celebración de los contratos electrónicos. En particular el nuevo artículo 1172 del Código Civil francés establece una definición de contratos consensuales y solemnes. Ver. Fortich, S. “El contrato por medios electrónicos: La reforma al Código Civil francés y su influencia en el derecho contractual colombiano”, Riaño, A. y Fortich, S. (eds.), *La reforma francesa del derecho de los contratos y de las obligaciones: ¿fuente de inspiración para una futura reforma en derecho colombiano*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2020 (en publicación).

60 Flour, J, y Aubert, J-L. *Droit civil, Les obligations: L'acte juridique*, 7.^a ed., Paris, Dalloz, 1996.

libertad para escoger las formas de exteriorizar la voluntad y no como la ausencia de éstas⁶¹. Desafortunadamente, en el proyecto nada dice al respecto, por lo que consideramos pertinente incluir en dicho artículo la mención específica a la libertad para elegir los modos de exteriorización de ese consentimiento.

Adicionalmente, no se entiende por qué el mencionado artículo del Proyecto hace referencia al perfeccionamiento y no a la validez del contrato. En virtud de lo que se ha entendido e interpretado a partir del relevante artículo 1502 de nuestro Código civil vigente, excepcionalmente la validez del acuerdo se encontrará condicionada a la utilización de ciertas formas exigidas por la ley o por el mismo acuerdo entre las partes, cuando ellas así lo dispongan. En este sentido es de expandido conocimiento y comprensión en nuestro ordenamiento jurídico que ante la omisión de una forma exigida por la ley, es la validez del contrato la que se verá afectada. En consecuencia, hacer referencia al perfeccionamiento crea confusión y no coincide con los desarrollos que sobre el particular se han realizado en el derecho colombiano.

Por otro lado, valga mencionar que, en términos de estructura y de la sistemática propuesta por el Proyecto, consideramos poco conveniente que este principio sea abordado de manera independiente al consentimiento como requisito de validez en los términos del actual artículo 1502. Es el principio del consensualismo una consecuencia de la dimensión formal del principio de la autonomía contractual y libertad contractual, y en esa medida debe ser abordado dentro de un acápite que sea reservado al consentimiento⁶².

VII. EL CONTRATO POR MEDIOS ELECTRÓNICOS

Por su parte el artículo 85 inciso tercero del Proyecto establece que “igualmente podrá expresarse la declaración de voluntad por los medios que impliquen transmisión, procesamiento, almacenamiento electrónico de información con tal que haya sido expedida la declaración por el otorgante, por su orden o por su aquiescencia. A este respecto se tendrán en cuenta los usos”.

61 Fortich, S., “*Solus consensus obligat*, principio general para el derecho privado de los contratos”, *Revista Derecho Privado*, n.º 23, 2012.

62 Sobre el particular ver: Fortich, S, *Formalismo contemporáneo y protección del consentimiento contractual*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2018.

Adicionalmente el artículo 474 del Proyecto prescribe que “la contratación electrónica es aquella que emplea medios electrónicos o tecnología equivalente. Los mensajes de datos y la información que éstos contienen debe ser accesible para su posterior consulta. Se pueden utilizar medios electrónicos para poner a disposición estipulaciones contractuales o información sobre bienes o servicios”.

En esos términos es pertinente mencionar que, si bien el Proyecto muestra una adecuada apertura frente a la utilización de soportes desmaterializados para la exteriorización y comunicación de la voluntad contractual, esta debe ser una **oportunidad para armonizar nuestro Código civil con lo que establece hace más de 20 años la Ley 527 de 1999 o Ley de comercio electrónico**, y demás normas pertinentes.

En efecto, el artículo 14 de la ley 527 de 1999, o Ley de comercio electrónico en Colombia, establece que la oferta del contrato y su aceptación podrán expresarse por medio de un mensaje de datos, salvo pacto en contrario, sin que por esta sola razón se le pueda negar la validez o fuerza obligatoria a los contratos que se han formado por estos medios.

Por su parte el artículo 2 de la ley 527 de 1999 establece la definición de mensajes de datos en estos términos: “La información generada, enviada, recibida, almacenada o comunicada por medios electrónicos, ópticos o similares, como pudieran ser, entre otros, el Intercambio Electrónico de Datos (EDI), Internet, el correo electrónico, el telegrama, el télex o el telefax”.

Por otro lado, el artículo 50 de la Ley 1480 de 2011 o Estatuto del Consumidor, dentro de un capítulo especial que contiene las reglas de protección del consumidor del comercio electrónico, establece en cabeza de los proveedores y expendedores que ofrezcan productos utilizando medios electrónicos, la obligación de insertar en el medio de comercio electrónico utilizado, ciertas menciones obligatorias que propenden por la protección del consentimiento del consumidor. Entre estas encontramos la obligación de expresar de manera clara y fidedigna su identidad, especificando sus datos de identificación, entre ellos el documento de identidad; suministrar en todo momento las condiciones generales del contrato, así como información cierta, clara y suficiente respecto de los productos que ofrezcan, especificando sus características, tamaño, entre otros; los medios de que disponen para realizar los pagos el tiempo de entrega del bien o la prestación del servicio; el derecho de retracto que le asiste al

consumidor y el procedimiento para ejercerlo, y cualquier otra información relevante para que el consumidor pueda adoptar una decisión de compra libremente y sin ser inducido en error⁶³.

Sobre el particular es oportuno mencionar que el Proyecto se queda corto en la inclusión de **menciones obligatorias** como herramientas formales que propendan por la procura de la formación de un consentimiento sano e informado que pueda llevar a la formación del contrato válido⁶⁴.

En consecuencia, consideramos que las propuestas que, sobre la materia, realiza el Proyecto **no están del todo acorde con la normatividad que compone nuestro derecho positivo y por lo tanto sugerimos su armonización y actualización.**

Por lo demás, se percibe cierta **desorganización y repetición** en las disposiciones atinentes a la implementación de herramientas tecnológicas en la contratación. Teniendo en cuenta que dichas herramientas constituyen formas contemporáneas para la exteriorización de la voluntad y celebración del contrato, sugerimos, que en armonía con las normas especiales e internas sobre la materia, se cree un capítulo especial que se refiera a “**la forma del contrato**”, inspirándonos en la reforma que el 2016 realizó Francia a su Código Civil de 1804^[65].

63 *Ibid*, Fortich, S. “El contrato por medios electrónicos: La reforma al Código Civil francés y su influencia en el derecho contractual colombiano” (en publicación).

64 Sobre el particular ver, *Ibid.*, Fortich, S. *Formalismo contemporáneo y protección del consentimiento contractual*, cit.,

65 *Ibid.*

6. OBLIGACIONES

El proyecto desconoce la riqueza del concepto de obligación y el articulado en la materia no es consistente ni coherente con nuestra tradición civil

Responsable:

Martha Lucía Neme Villarreal

Coordinadoras:

Anabel Riaño Saad

Paula Robles Bacca

Profesores participantes:

José Luis Benavides

María Elisa Camacho

Carlos Alberto Chinchilla Imbett

David Fabio Esborraz

Juan David Gómez

Aida Patricia Hernández

Juan José Rodríguez Espitia

Catalina Salgado Ramírez

Grégory Torregrosa Rebolledo

Alexandra Torres

I. ASPECTOS DEL PROYECTO QUE SE ESTIMAN POSITIVOS

Es de destacar el carácter integral del análisis de la disciplina de la ‘obligación’ que propone el proyecto de Código Civil, el cual comprende todo su *iter*: su nacimiento, las vicisitudes durante su existencia y finalmente su extinción. Así como la vocación por formular una teoría general de las obligaciones, una clasificación de amplio respiro de las fuentes de las obligaciones y la preservación de la regla introducida por Bello en materia de observancia del principio de buena fe que constituyó un enorme adelanto en su época respecto de las codificaciones vigentes y que guarda vigencia hoy en día, con la necesaria extensión de su exigencia a todo el ámbito de las obligaciones y no solamente restringida al ‘contrato’.

Resulta además oportuna la consagración de un título relativo al tratamiento de las “vicisitudes” o “transmisión” de las obligaciones. En particular, se considera pertinente el tratamiento de categoría general otorgado a mecanismos como la “cesión de crédito”, a diferencia de lo que ocurren en el Código Civil vigente, en el que esta es tratada como un contrato especial. Ello sin perjuicio tanto de la denominación del título como de diversos aspectos de su contenido que merecen ser revisados, como lo analizaremos posteriormente. Así mismo, es pertinente la consagración del mecanismo de la “transmisión de la deuda”, no obstante, las observaciones de fondo que nos merecen la manera como se propone su regulación.

Entre otros aspectos, cabe resaltar la incorporación de una regulación en materia de ‘dación en pago’, que no existe en el Código Civil vigente, así como el reconocimiento de la posibilidad de que dicha dación se realice con un derecho de crédito (art. 648 del proyecto).

II. ASPECTOS QUE MERECEAN REVISIÓN

1. *Observaciones generales de carácter metodológico al libro de obligaciones*

El Proyecto no trata de manera sistemática las materias propias de las obligaciones, como quiera que la teoría general de las obligaciones, aplicable por tanto a todas las obligaciones, aparece diseminada dentro del libro III, entremezclada con disposiciones que regulan específicamente las fuentes de las obligaciones (declaración de voluntad, hechos ilícitos y enriquecimiento sin causa); v. gr. el contrato y las demás fuentes de las obligaciones aparecen reguladas en el medio de la teoría general de las obligaciones, luego de los capítulos dedicados a ciertos temas generales (como el concepto, la clasificación de las obligaciones y el patrimonio del deudor como garantía del acreedor) y antes de otros que también refieren a las obligaciones en general (como el incumplimiento, la transmisión y la extinción de las obligaciones).

De otra parte, las secciones 1.a (“De la prenda general de los bienes del deudor a favor del acreedor”) y 2.a (“Derecho de los acreedores sobre el ejercicio de derechos del deudor”) del Capítulo VIII no aparecen ubicadas dentro del Capítulo I, no obstante tratarse de cuestiones generalísimas que merecen ser tratadas al inicio de la teoría general de las obligaciones.

En materia de clasificación de las obligaciones, tratada en capítulos separados (del II al VII), esta parece no estar articulada sistemáticamente, dado que por su contenido las obligaciones tradicionalmente se han dividido en dar, hacer, no hacer y garantizar; por el

contrario en el proyecto en los artículos 458 a 461 se regula lo relativo a prestaciones de dar y entregar, en los artículos 467– 469 las prestaciones de hacer y no hacer, mientras que en el intermedio se regulan las divisibles e indivisibles y las de medio y resultado.

El proyecto omite incorporar la clasificación de las obligaciones, atendiendo a la naturaleza de las prestaciones, las prestaciones de “garantía” de gran relevancia en el derecho contemporáneo, que permite comprender las obligaciones de seguridad o indemnidad. En este tipo de obligaciones, el interés del acreedor y su satisfacción no consisten en una utilidad específica y tangible cuyo resultado sea un dar – entregar, hacer o no hacer, sino de seguridad, de tranquilidad delante de ciertos riesgos, por el hecho de estar cubiertas en todo o en parte sus consecuencias nocivas; de confianza y respaldo respecto una obligación condicional o eventual o de indemnidad del acreedor será indemnizado. De manera que el logro de la utilidad no se puede subsumir en un comportamiento valorado mediante un estándar de diligencia y ni siquiera en el resultado útil de un obrar, sino en la serenidad de que no deberemos soportar un daño⁶⁶.

2. Observaciones al articulado del proyecto en materia del libro de obligaciones

– EL ‘CONCEPTO’ OBLIGACIÓN Y SUS ELEMENTOS: ARTÍCULO 432

Por la complejidad del tema y las implicaciones que de la adopción de una determinada definición de obligación derivan, hubiese sido conveniente que se consagrara una definición de “obligación”.

El artículo **no contiene un verdadero concepto de obligación**, si por tal entendemos la descripción del ‘**definiendum**’, pues mediante la indicación del género próximo y la diferencia específica, en atención a que ella permite identificar en modo preciso (por medio de la indicación de las características específicas) el objeto de la definición y, al mismo tiempo, construir una red conceptual (mediante el reenvío al género) que tiene un fuerte impacto sistemático.

El artículo 432 rompe con la tradición romanista, en cuanto parece acoger la postura del BGB alemán de 1896 en su parágrafo 241[1]⁶⁷ que, inspirado en las enseñanzas de Friedrich

66 Neme Villarreal, M.L., *Obligaciones de garantía en el derecho contemporáneo*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2018.

67 Parágrafo 241[1]: *Kraft des Schuldverhältnisses ist der Gläubiger berechtigt, von dem Schuldner eine Leistung zu fordern* [“En virtud de la relación obligatoria el acreedor está legitimado para exigir del deudor una prestación”].

Carl von Savigny, al tratar la obligación centra su atención en el poder de agresión del acreedor, quien amoldó la relación obligatoria a la relación de dominio (poder del acreedor sobre el deudor), mientras que conforme a las Instituciones de Justiniano (I. 3,13 pr.) la relación obligacional debe concebirse como un vínculo jurídico paritario y cooperativo en el que el deudor se encuentra sujeto al cumplimiento de una prestación.

De otra parte, **parece confuso el agregado conforme al cual existe obligación no sólo cuando el deudor tiene el deber de cumplir una prestación a favor del acreedor, sino también de “terceros”** (referencia esta última no presente en el Proyecto de 1983), pues así como está redactada la frase final del primer inciso del artículo 432 confunde los sujetos de la obligación, pues podría llegar a pensarse que habría algunas obligaciones que se instauran entre el deudor y el acreedor y otras que vinculan al deudor y a terceros (no acreedores), cuando en verdad solo acreedor y deudor son partes y la causa para el pago a un tercero es objeto de una relación obligacional diversa que se surte entre acreedor y el tercero, por ejemplo, por designación para el pago, por cesión, por compensación, etc.

En su segundo inciso, el artículo 432 del Proyecto dispone que “toda prestación debe ser susceptible de satisfacer un interés del acreedor”, sin hacer una precisión al respecto; valdría la pena evaluar si es útil puntualizar la naturaleza del interés, como han hecho algunos códigos⁶⁸ o basta con la tácita remisión general al requisito de licitud de la prestación.

El tercer y último inciso agrega además que “la prestación también puede consistir en una omisión”, como ya había hecho el artículo 425 del Proyecto de 1983 (inspirándose tal vez de nuevo –directa o indirectamente– en el parágrafo 241[2] del BGB⁶⁹), pero de cuyo régimen nada dice, como en cambio hace –v.gr.– el artículo 778 del Código Civil y Comercial argentino⁷⁰.

68 Entre ellos: “digno de protección legal” (Código Civil portugués, artículo 397), “lícito” (Código Civil y Comercial argentino, artículo 724), “legítimo” (Código Civil de Zacatecas, artículo 971 y la Propuesta de Código Civil de la Asociación española de Profesores de Derecho Civil de 2018, artículo 511-1) o “tutelable” (Proyecto de Código Marco de las obligaciones del GADAL, artículos 1 y 2.4). Esta última orientación era la seguida por el Proyecto de 1983, cuyo artículo 425, inciso segundo, hablaba de interés “racional” del acreedor, calificativo que desapareció del Proyecto de 2020.

69 Parágrafo 241[2]: ... *Die Leistung kann auch in einem Unterlassen bestehen* [“... La prestación puede también consistir en una omisión”].

70 Artículo 778: “Obligación de no hacer. Es aquella que tiene por objeto una abstención del deudor o tolerar una actividad ajena. Su incumplimiento imputable permite reclamar la destrucción física de lo hecho, y los daños y perjuicios”.

Se observa una grave omisión en la teoría general de las obligaciones: la expresa referencia a la ‘patrimonialidad’ como requisito de la prestación y no solo del contrato, como hace el Proyecto al definir el contrato en el artículo 472) y cuya ausencia permitiría incorporar a una obligación relaciones que atentarían contra la dignidad humana.

En nuestro entender la referencia a las prestaciones, tanto positivas (“de dar” o “de hacer”) como negativas u omisivas (“de no hacer”), resulta excesiva a nivel definitorio (ya que resultaría redundante), siendo preferible ocuparse del contenido de la prestación en la parte correspondiente a la clasificación de las obligaciones según su objeto, como hace el Proyecto de Código Marco de las Obligaciones para América Latina del GADAL, artículo 14, el que las clasifica en dar, hacer y garantizar.

– RESPECTO DE LA ACTUACIÓN DE LOS PRINCIPIOS GENERALES EN MATERIA DE OBLIGACIONES

Luego de fijar los contornos de la obligación y regular algunos de sus elementos, el Proyecto dispone en el artículo 433 que tanto el deudor como el acreedor “deben comportarse según los dictados de la buena fe”, generalizando así la aplicación de un principio que la primera generación de Códigos Civiles había previsto expresamente sólo en el ámbito de los contratos (con la única excepción, primero, del BGB, parágrafo 242 y, más tarde, del Código Civil italiano, artículo 1175).

Sin embargo, **consideramos que sería conveniente una regulación más integral que despliegue de manera más amplia los valores que emanan de la buena fe** a través de las cláusulas generales y reglas que encuentran su fundamento en este principio, así como de los otros con los cuales ella se integra, tal como hace el Proyecto de Código Marco de las obligaciones para América Latina del GADAL (artículos 7–12)⁷¹.

– RESPECTO DEL RIESGO DE PÉRDIDA DE LA COSA DEBIDA

No podemos dejar de mencionar **la desafortunada elección de los redactores en materia de riesgo de pérdida de la cosa debida** en el artículo 461, ya que se cambia la sabia norma de

71 <https://gadal.uexternado.edu.co/codigo-marco/version-castellana/>. Para el análisis de estos artículos se remite a Rodríguez Olmos, J., “Principios Generales en materia de obligaciones *nel Codice Tipo delle obbligazioni per l’America Latina*”, en Saccoccio, A. y Cacace, S. (eds.), *Europa e America Latina: due Continenti, un solo diritto. Unità e specificità del sistema giuridico latinoamericano*, Milán, Giuffrè, 2020, 187 ss.

Bello, que sigue la tradición romana al poner el riesgo en cabeza del comprador, para trocársela por la norma que pone el riesgo en cabeza del vendedor con la simplista lógica del *dammum domini*, el daño es para el dueño, que los juristas romanos habían dejado de lado para cambiarla por el *periculum emptoris*, el riesgo es del comprador, fundada en la equitativa regla del *commudum-incommudum*: aquél a quien le tocan las comodidades han de tocarle las incomodidades y si al comprador le tocan los frutos de la cosa vendida también a él, en compensación, habrán de tocarle los riesgos⁷². En el proyecto en cambio se asignan los riesgos al vendedor (dueño) y los frutos al comprador (art. 717) configurándose así una cabal inequidad⁷³.

– RESPECTO DE LOS PACTOS O DECLARACIONES PRECONTRACTUALES

El artículo 489 del Proyecto dispone que “las partes podrán convenir cualquier pacto o declaración precontractual siempre que no contravenga el orden público o las buenas costumbres”. **Una disposición con tal amplitud podría dar lugar a la inclusión de cláusulas de “integridad” (*merger clause*) y de aquellas que permitirían exigir la formalidad escrita en todos los casos de reforma o resolución del contrato (*Modification in certain form only*), aún en desconocimiento de la cláusula que prohíbe desconocer los propios actos en detrimento de la confianza generada en la contraparte (*venire contra factum proprium non valet*), con lo que se corre el riesgo de cercenar la principal característica del principio de buena fe: su poder integrador, mecanismo a través del cual se incorporan los valores de la buena fe al contrato, por lo que resultaría indispensable sujetar la validez de tales pactos al respeto del principio de buena fe.**

– RESPECTO DE LAS CLASIFICACIONES DE LAS OBLIGACIONES

Obligaciones “de medio y resultado”: inconveniencia de la introducción de la clasificación incorporadas en los artículos 465 y 466 del proyecto. El origen de la clasificación

72 Neme Villarreal, M.L., “Los principios generales del derecho y el problema de los riesgos por pérdida de la cosa debida”, *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, n.º 15, 2008.

73 Artículo 717. Los frutos naturales, pendientes al tiempo de la venta, y todos los frutos, tanto naturales como civiles, que después produzca la cosa, pertenecerán al comprador, a menos que se haya estipulado plazo para la entrega o el evento de cierta condición, pues en estos casos pertenecerán los frutos al comprador solo al vencimiento del plazo o el cumplimiento de la condición. La venta comprende la cosa, sus partes integrantes y pertenencias. Los contratantes pueden modificar lo dispuesto en este artículo. Artículo 458. La obligación de dar es aquella en que se debe la transferencia del dominio u otro derecho. La obligación con prestación de dar una cosa determinada comprende el de entregarla con todos sus accesorios. El acreedor de una cosa tiene derecho a los frutos de la misma, desde que la obligación de entregar se haga exigible.

obligaciones de medio y resultado propuesta por Demogue tuvo origen en una inconsistencia del *code civil napoleónico* que no aqueja a nuestra regulación y, por ende, no debemos importar.

La propia doctrina francesa ha encontrado improcedente tal clasificación, la cual se ha revelado oscura e insuficiente hasta el punto de que ha sido necesaria la inclusión de nuevos sub-criterios que terminan por desdibujar su pretendida solidez⁷⁴.

La clasificación de obligaciones en medio y resultado no resulta procedente porque: (i) no provee un criterio único, coherente y universal que permita distinguir claramente entre las obligaciones de medios y resultado. (ii) Los criterios medio y resultado resultan inaplicables para definir *per se* un tipo de obligación, por ejemplo, no podría afirmarse que toda obligación cuyo objeto sea la cobertura de un riesgo ha de ser de medio, como propone el precitado criterio, pues justamente este tipo de obligaciones cuyo esencia está en el riesgo, constituyen las predilectas para ser asumidas en algunos casos como obligaciones de garantía (seguros, operaciones financieras de cobertura, de la existencia del crédito trasferido, etc.) y, por ende, de resultado. (iii) En aquellas obligaciones que involucran riesgos del desarrollo, el criterio puede resultar sorprendentemente ambivalente dependiendo de a quien se atribuya dicho riesgo (a los consumidores beneficiados con los adelantos tecnológicos o al productor o desarrollador que se lucra con la operación riesgosa en contra de la abstención que impone la prudencia o precaución). (iv) La clasificación medio y resultado se ha convertido en causa, alrededor de las cuáles se pretende configurar la responsabilidad: la carga de la prueba y la causal de exoneración, descuidando un elemento trascendental, esto es, que antes que centrarse en la prueba del incumplimiento resulta necesario atender *a priori* la extensión de aquello a lo que el deudor se encuentra obligado.

– OBLIGACIONES DE GÉNERO Y DE CUERPO CIERTO

La definición de obligaciones de género contenida en el artículo 441 conforme a la cual “obligaciones de género son aquellas en que se debe indeterminadamente” **no resulta adecuada**, dado que la expresión “indeterminada” es equívoca, pues no basta con la determinación del género para cumplir con el presupuesto de la determinación de la prestación, es necesario incluir cantidad, peso, medida.

74 Ghazi, A. “Obligación de medios y obligación de resultado Una *summa divisio* discutida”, ponencia en las *Jornadas H. Capitant*, Bogotá, septiembre, 2013 (texto en publicación).

– OBLIGACIONES DINERARIAS

Las normas contenidas en el Proyecto en relación con las obligaciones dinerarias (artículos 444 y 445) se analizan conjuntamente, en atención a que, en la modificación pretendida, se combinan los supuestos de hecho de las normas originales (artículos 2224 del Código Civil y 874 del Código de Comercio).

La primera modificación que se propone se refiere a la redacción de la norma y consiste en modificar la expresión “solo se debe la suma numérica enunciada en el contrato” (actual artículo 2224) por: “serán exigibles en su valor nominal”. Sobre este punto, consideramos que, para evitar posibles interpretaciones del sentido en el que debe entenderse la expresión “su valor nominal”, conviene para mayor claridad mantener la expresión de la norma original.

La segunda modificación del proyecto en la materia consiste en desarrollar el inciso final de la norma original se considera conveniente, dado que, al permitir la indexación de la obligación por convención entre las partes, se da fin al debate acerca de si el nominalismo es una norma de orden público.

La tercera modificación se realiza respecto de la regla contenida en el artículo 874 del Código de Comercio, al prever que las obligaciones dinerarias pueden pactarse en cualquier moneda autorizada por la ley, a la vez que se omite la presunción de pactarse las cantidades en moneda colombiana. Se considera inconveniente eliminar la presunción, como quiera que, tratándose de la moneda de curso legal, es esta la que debe entenderse pactada en los contratos nacionales. **Hubiese sido deseable que se regularan las consecuencias derivadas del pacto de las obligaciones en valor moneda extranjera.**

La cuarta modificación consiste **en omitir la hipótesis en la cual la moneda pactada no se encuentre en circulación al momento del pago. Esta omisión parece inconveniente,** máxime, cuando el cambio de moneda es una posibilidad real en el país.

La quinta modificación hace relación con que el pago en moneda extranjera puede hacerse en dos supuestos: (i) cuando el contrato sea internacional y (ii) cuando se trate de una sentencia extranjera reconocida. Se pueden considerar o en exceso restrictivas o excesivamente amplias las dos hipótesis planteadas, dado que podría llegar a entenderse que en los contratos cambiarios nacionales no podrían tener lugar una obligación de pago en moneda extranjera, con lo que la norma estaría excluyendo de su supuesto de hecho los contratos de compra de

divisas, autorizados por el régimen cambiario. En segundo lugar, si el pago de una sentencia extranjera se va a realizar en el país, no hay una razón que justifique el tratamiento diferencial con las obligaciones adquiridas en moneda extranjera, motivo por el cual deberían convertirse a su equivalente a moneda doméstica.

De otra parte, la modificación de las normas sobre obligaciones dinerarias bien pudo haber sido aprovechada para regular aspectos novedosos, como la incorporación de mecanismos de pago mediante monedas electrónicas.

– OBLIGACIONES SOLIDARIAS

Es cuestionable la supresión de las normas generales sobre la solidaridad, ya que estas permiten presentar en qué consiste la misma, sea activa o pasiva, y las fuentes de esta. Es cuestionable que se haya comenzado por describir uno de los efectos de la solidaridad, sin antes precisar el concepto de ‘solidaridad’. En la definición debería establecerse la identidad entre los términos ‘obligación solidaria’ o ‘*in solidum*’, como está previsto en Código de Bello (artículo 1568), para evitar discusiones futuras acerca de la identidad o no entre estas, emulando los problemas que se han presentado en otros ordenamientos, como el francés, en el que el término *in solidum* ha sido utilizado para designar un tipo de obligaciones diversas de las solidarias⁷⁵.

Con fundamento en el principio del *favor debitoris* es discutible la consagración de la ‘presunción de solidaridad’. A nuestro juicio, en aquellos eventos en que hay varios deudores de una obligación que tiene una prestación divisible se debería conservar la regla de la división de la deuda. Ello, no obstante, que alguna parte de la doctrina se muestra favorable a esta tendencia, extremadamente tuitiva del derecho de crédito en detrimento del deudor, lo cual reconocen otros ordenamientos jurídicos modernos, incluso en la reciente reforma francesa, en donde no se consagró dicha presunción.

Es cuestionable la supresión de numerosas normas que se consideran pertinentes y necesarias en la materia para evitar lugar a equívocos y sobre todo a posibles dificultades de interpretación, por ejemplo, el art. 1569 del Código Civil relativo a la posibilidad de

75 A propósito de esta discusión véase Hinestrosa, F. *Tratado de las obligaciones. Concepto, estructura y vicisitudes*, t. I., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2002, 350; Velásquez Gómez, H. D., *Estudio sobre obligaciones*, Bogotá, Temis, 2010, 383 y ss., esp., n.º 210 y ss.

que la cosa debida solidariamente por muchos puede deberse de diversos modos. Igual ocurre con la supresión del art. 1577 del Código Civil relativo a las excepciones que puede oponer el deudor demandado. Todas ellas tendientes a preservar un tratamiento paritario entre las partes, al reconocer derechos que le asisten al deudor.

Falta claridad en la redacción de algunas normas: por ejemplo, el art. 451 del proyecto en el que se prevé que “hasta el pago, todos los deudores se encuentran obligados solidariamente”, dado que en el mismo no se especifica si se trata del pago de una parte o del total de la deuda, así como tampoco si la referencia al pago debe entenderse en sentido estricto o en sentido amplio como cualquier medio de extinción de la obligación. Igual ocurre con el art. 453 del proyecto, dado que en este se indica que el pago hecho por un deudor solidario favorece a los demás y que lo mismo se predica de los otros medios de pago como la novación, tratando asistemáticamente a la novación como un medio de pago.

El proyecto modifica radicalmente lo relativo a la suerte de la solidaridad en caso de muerte de uno de los deudores solidarios ya que en el art. 2036 del proyecto se consagra la responsabilidad solidaria de los coherederos, sin embargo, dicha modificación merece discutirse.

No se indican cuáles son las fuentes de la solidaridad activa. Si se suprimen las reglas generales aplicables tanto en materia de solidaridad activa como pasiva, sería indispensable precisar dichas fuentes al momento de regular la solidaridad activa.

No resulta adecuado, por tratarse de una regla necesaria y fundamental que se justifica con base en la naturaleza de la solidaridad activa que se pretenda suprimir la regla actual (artículo 1570 del Código Civil) que precisa el efecto extintivo respecto de todos los acreedores solidarios, no solamente en relación con el pago sino también respecto de otros modos extintivos como la condonación, la compensación y la novación, entre otros mecanismos extintivos, cuando estos han intervenido únicamente entre el deudor y alguno de los acreedores solidarios.

– OBLIGACIONES DIVISIBLES E INDIVISIBLES

De manera general, **la regulación de este tipo de obligaciones es cuestionable**, por las siguientes razones:

Pese a que la regulación actual de las obligaciones con prestación divisible e indivisible necesita ser reformada, sobre todo con el fin de dar claridad respecto de su relación con las obligaciones solidarias, nos parece que en lugar de aprovechar la ocasión para revisar detenidamente dichas dificultades y establecer una regulación coherente, los redactores del proyecto mantienen normas que generan confusiones y suprimen muchas que justifican claramente la distinción entre estos dos tipos de obligaciones.

Tal y como se propone la redacción del proyecto, no se justifica la distinción que se hace entre obligaciones solidarias y obligaciones con prestación indivisible y pluralidad de sujetos. En las únicas dos disposiciones que reglamentan la materia, lo que se hace es reproducir normas sobre la solidaridad e incluso, se indica que, en general, las normas sobre obligaciones solidarias se aplican correlativamente a las obligaciones indivisibles. Sería importante que se analizara si, eventualmente, se justificaría una diferencia de régimen entre las obligaciones con prestación indivisible por voluntad de las partes y las obligaciones solidarias. Sin embargo, esto no significa por ninguna razón que se asimile las obligaciones indivisibles debido a su naturaleza y las obligaciones solidarias. La solidaridad tiene que ver con la manera en la que se asume el vínculo, mientras que la indivisibilidad tiene que ver principalmente con la naturaleza de la prestación, distinción fundamental que explica diferencias muy importantes entre estos dos tipos de obligación y que consagra actualmente nuestro código civil: por ejemplo, el hecho de que la indivisibilidad se transmita a los herederos y la solidaridad no. También el hecho de que un acreedor solidario pueda disponer de la totalidad del crédito mientras que el acreedor de una obligación indivisible no pueda hacerlo, etc.

Se guarda silencio acerca de la divisibilidad o no de la acción de perjuicios que resultaría de haberse incumplido o de haberse retardado el cumplimiento de una prestación indivisible.

Se suprime, sin que se entienda la razón, la muy importante norma consagrada en el artículo 1591 del Código Civil vigente relativa a lo que alguna parte de la doctrina denomina “obligaciones de actividad conjunta”⁷⁶. Una de las particularidades de estas obligaciones tiene que ver con las consecuencias en caso de que uno de los deudores sea renuente a su ejecución, lo que regula precisamente el artículo 1591 mencionado anteriormente.

76 Hinestrosa, F., *Tratado de las Obligaciones*, I, cit., 353 y ss.

– **RESPECTO DEL CAPÍTULO DEDICADO
A LA PRENDA GENERAL DE LOS ACREEDORES**

Es innecesaria la excepción del artículo 470 del proyecto frente al derecho de persecución respecto de las obligaciones naturales, pues es claro que el cumplimiento forzado no se predica de las obligaciones naturales. De igual forma, es innecesaria la referencia a las normas procesales, pues son ellas las que disciplinan el ejercicio del derecho del acreedor a compeler el cumplimiento forzado.

El artículo 471 que pretende regular la denominada acción oblicua, podría usar una redacción que abarque un mayor ámbito y permitir por ejemplo que un acreedor alegue a nombre de su deudor la prescripción adquisitiva frente a otro acreedor.

– **RESPECTO DEL TÍTULO DE “CESIÓN”**

En materia de cesión existe al interior de la doctrina discusión en cuanto a la pertinencia de la presentación general que en el Proyecto se hace de la cesión de crédito: algunos autores, como la profesora María Elisa Camacho, consideran pertinente que se defina legislativamente la “cesión de crédito”, lo que no ocurre hoy en día, no solamente por el efecto didáctico que esta pueda desempeñar, sino también porque en la definición se ponga de relieve la función de ‘transferencia’. Por su parte, la profesora Anabel Riaño reconoce que la posición de los redactores se orienta hacia la consolidación de la concepción mayoritaria y de la jurisprudencia en el sentido de considerar que la cesión es exclusivamente el acto de transferencia (lo que actualmente se consideraría como un acto de tradición del crédito). Sin embargo, la profesora Riaño considera que sería importante revisar dicha posición, ya que adoptar la postura de que la cesión en sí misma no es un título de adquisición posee implicaciones prácticas que no son anodinas. Además, si se mira en conjunto el proyecto de reforma, en especial las normas sobre bienes, se puede observar que se ha suprimido toda referencia a los derechos de crédito como bienes incorpóreos y a las formas de hacer tradición de los créditos. Esto podría llevar a concluir que la cesión no es en efecto un acto de tradición del crédito, de conformidad con la interpretación mayoritaria, sino que la figura se acercaría más a la concepción alemana que analiza la cesión como un acto de disposición de carácter abstracto, lo que se alejaría de nuestra tradición jurídica. Sin desconocer que una de las particularidades de la cesión es que recae sobre un derecho de crédito y, en consecuencia, modifica un vínculo obligatorio; no debe olvidarse que el derecho de crédito también es un bien y, por lo tanto, sería cuestionable excluir del análisis de la naturaleza de la cesión cualquier tipo de consideración relativa al derecho de bienes.

Adicionalmente, se critica el silencio a propósito de la posibilidad de ceder créditos futuros y lo que debería entenderse por estos. La redacción del inciso 5 del artículo 604 da a entender que la cesión solamente podría recaer sobre créditos presentes, reduciendo así la flexibilidad de la figura y con ello la posibilidad de realización de negocios como los de titularización sobre bienes futuros, tan usuales en el derecho contemporáneo.

Respecto de las cláusulas de incesibilidad del crédito, sería importante consagrar expresamente la sanción en caso de una cesión en violación de dicha cláusula. Igualmente, podrían presentarse dificultades en la interpretación de esta norma con lo previsto en el art. 1308 del mismo proyecto. La consagración de “la incesibilidad de un crédito cuando se modifique el contenido de la prestación” (art. 607 del proyecto) resulta ambigua ya que si se modifica el contenido de la prestación estaríamos eventualmente en un caso de novación de la obligación y no de cesión de crédito.

Sería necesario revisar la consagración de la incesibilidad de un crédito cuando la cesión hace más oneroso el cumplimiento de la prestación para el deudor puesto que, tal y como está redactada la norma, podría ser contradictoria con lo dispuesto en el último inciso del art. 607 del proyecto.

En cuanto al alcance de la garantía debida por el cedente, en el proyecto se generaliza la obligación del cedente de garantizar la existencia del crédito, mientras que en la actualidad dicha garantía se circunscribe al ámbito de las cesiones onerosas. Dicha extensión no parece pertinente, sin olvidar que también debería pensarse en que el cedente debería responder en algunos eventos de cesiones gratuitas (por ejemplo, en los casos de donaciones remuneratorias). Sería importante revisar la pertinencia de suprimir la posibilidad de que las partes pacten la garantía de la solvencia, independientemente de que incluya, como lo hace el proyecto, la garantía por el cumplimiento.

Respecto de la ubicación de la “subrogación”, es importante señalar que esta se trata en un título V relativo a la extinción de las obligaciones, pero se separa del “pago”. Esto se justificaría por la naturaleza traslativa de la subrogación, pero entonces no resultan claras las razones por las cuales no se regula dentro del capítulo relativo a la “transmisión” o “vicisitudes” de la obligación.

La reforma debería ser una oportunidad para esclarecer los interrogantes que se suscitan en la actualidad en cuanto a la relación entre cesión de crédito y subrogación convencional.

Sería importante revisar las razones por las cuales no se hace ninguna referencia en este título a la “cesión de derechos litigiosos”, tema que se encuentra regulado en el libro IV (De los contratos) y en un título V (Cesión de derechos litigiosos) como si se tratara de un contrato especial. Es cierto que, los “derechos litigiosos” es una noción que no se refiere exclusivamente a los derechos de crédito, y que por ello se justificaría su tratamiento en el ámbito de los contratos especiales

El tema de la cesión de derechos hereditarios pareciera haber sido reemplazado por el de la venta de los derechos hereditarios (art. 771 del proyecto), lo que lleva a cuestionarse acerca de la supresión de la figura de la “cesión” de dichos derechos. Lo que conduciría, a nuestro juicio, a la equívoca conclusión de que los derechos hereditarios solamente podrían ser objeto de un contrato de compraventa.

La regulación de la cesión de contrato en el título dedicado a la “cesión” es cuestionable, independientemente de la conveniencia de regular el mecanismo en el Código Civil. Lo que parece más adecuado es que la cesión de contrato se trate en el capítulo relativo al “contrato y declaraciones de voluntad”. De otra parte, de manera general, la definición prevista en el artículo 618, que alude a “transferencia de derechos y obligaciones”, **no corresponde a un concepto jurídico de cesión de contrato y genera confusión**. En efecto, no es acorde con la figura aludir a “transferencia” porque este concepto es propio de los derechos reales. Se sugiere tener en cuenta la norma adoptada recientemente en el Código Civil Francés. La definición debería tener en cuenta que lo característico de la cesión de contrato es la “sustitución” de uno de los contratantes en la posición contractual.

Igualmente, hay un vacío en cuanto a la posibilidad de ceder un contrato de ejecución instantánea y las condiciones de procedencia, así como respecto del valor del consentimiento del cedido respecto de la existencia de la cesión del contrato. Si bien en el artículo 619 se prevé la notificación del cedido para que “produzca efectos” no se precisa si este requisito es de la existencia, validez u oponibilidad de la cesión del contrato civil, lo cual, como ocurre con la cesión del contrato comercial, generaría controversias.

Las normas generales relativas a lo que los redactores del proyecto denominan “cesión de objetos inmateriales”, no deberían incluirse en el libro de obligaciones y menos aún en el título de la “cesión”. El objeto sobre el cual recae dicha cesión no consiste en un derecho de crédito, por lo que allí no existe una vicisitud de la obligación, por lo que convendría que esta materia se regulara en el libro de bienes.

Respecto de la consagración de la “transmisión de la deuda”, y la supresión de la delegación como mecanismo general e indirecto para llegar a un resultado similar, conviene señalar que, si bien es interesante pensar en la regulación de la asunción de la deuda, sobre todo con el fin de consagrar la asunción sin efecto novatorio, no parece pertinente suprimir del Código Civil mecanismos generales como el de la delegación novatoria, el cual hace parte de nuestra tradición.

Independientemente de lo anterior, es criticable que no se exija ninguna formalidad para la validez de la transmisión de la deuda, por ejemplo, un escrito. Igualmente, falta claridad acerca del carácter subsidiario o solidario de la responsabilidad del deudor original en caso de falta de aceptación expresa por parte del acreedor.

La referencia a las “objeciones” que podría oponer el nuevo deudor es ambigua: no resulta claro si se trata de lo que comúnmente se denominan “excepciones” y si ello es así no resulta consonante con lo dispuesto en materia de cesión de crédito, donde se hace referencia tanto a las “excepciones” como a las “objeciones”, mientras que de otra parte, en materia de “transmisión de deudas” solamente se hace referencia a las “objeciones”.

La redacción del artículo 616 del proyecto (sobre la suerte de las garantías) podría prestarse a confusiones. Sería necesario pensar en distinguir el caso en el que las garantías hayan sido otorgadas por el deudor inicial y aquel en que las garantías hayan sido otorgadas por terceros.

– RESPECTO DE LOS MODOS DE EXTINCIÓN DE LAS OBLIGACIONES

En primer lugar, no resulta claro por qué se analiza la prescripción extintiva en un título independiente al de los medios de extinción de las obligaciones. De otra parte, la gran mayoría de los modos de extinción de las obligaciones merecen observaciones particulares como pasa a señalarse:

Cumplimiento. En primer lugar, respecto del cumplimiento, esta reforma representa una buena oportunidad para regular esta materia en un ámbito diferente a aquel propio de los modos de extinción de las obligaciones, pues **si bien la consecuencia lógica y necesaria del cumplimiento es la extinción del vínculo, este no es el eje alrededor del cual debe girar esta institución.** El centro de esta es la realización sustancial del contenido de la obligación, y, en consecuencia, materializar los objetivos económicos, jurídicos y sociales a los que responde cada obligación. Por lo tanto, la ubicación sistemática del cumplimiento dentro de

este Proyecto debería reflejar el reconocimiento de su especial importancia en el ámbito de las obligaciones. Así, sería importante no catalogar, exclusivamente, al cumplimiento como modo de extinción de las obligaciones y, en consecuencia, regularlo por separado como lo hace, por ejemplo, el Código Civil Italiano de 1942.

Consideramos oportuno introducir en la reforma una valoración del cumplimiento que no se limite exclusivamente a establecer la exactitud de la conducta del deudor en términos de identidad, completitud, tiempo, modo, lugar y realización entre los sujetos legitimados. Por esto, **echamos de menos en la propuesta del Proyecto de Reforma una valoración del cumplimiento que sea capaz de comprender el contenido de las obligaciones**, re-dimensionarlo de conformidad con las exigencias del caso en concreto, con la función de la relación obligatoria, balancearlo para que materialice la distribución de intereses inicialmente planteada; analizar el peso que pueden tener factores como el lugar y el tiempo en el mencionado balance contractual; exigir que la conducta de las partes realice sustancialmente y no sólo formalmente el fin práctico que justifica su vinculación obligacional; tomar en consideración las múltiples variables que en cada relación contractual pueden exigir más o menos de las partes; estudiar el funcionamiento de la bilateralidad de los contratos de manera tal que el mismo pueda servir de rasero bidireccional de la conducta de sus partes.

Mutuo disenso. En cuanto al mutuo disenso se sostiene que no es coherente tratar la figura en el primer modo de extinción de las obligaciones (artículo 624) y luego junto con la caducidad (artículo 702), como si ambos artículos regularan temas distintos.

Novación. Dentro del art. 660 la definición misma de la novación se considera inconveniente pues dentro del concepto de novación no se hace alusión simplemente a la sustitución de una obligación por otra que la extinga, sino que se limitan sus hipótesis a que la nueva obligación tenga un objeto o tenga un título diferente. Podría con esto entenderse que los eventos de novación por cambio de deudor o de acreedor, no se considerarían novación, lo cual se contrapone a la tradición del ordenamiento nacional en la materia.

Compensación. El art. 668 propone la eliminación del actual inciso del art. 1715, según el cual las esperas concedidas al deudor impiden la compensación, pero no así el plazo de gracia. Esta eliminación se considera conveniente, como quiera que en las esperas no hay exigibilidad, mientras que en el plazo de gracia sí, lo cual haría improcedente la compensación en el primero de los eventos, no así en el segundo. De otra parte, establecer que el juez podrá reconocer la compensación, de manera oficiosa en el proceso, es un aspecto estrictamente

procesal, que no debe ser regulado por el Código Civil. Con esta inclusión, se contraría lo dispuesto en el artículo 282 del CGP, según el cual la compensación solo puede ser reconocida como excepción cuando así se haya propuesto. Ello debido a que la no proposición de esta excepción se entiende como una renuncia legítima a la misma y, al versar sobre un derecho económico, debería ser conservada. Además, establecer que cuando no se cumplan las condiciones para la compensación legal, las partes podrán acordar el monto y la procedencia de la compensación se considera inadecuado, pues lo regulado en el artículo es la compensación legal, y no la convencional.

En lo que hace al art. 671, la única modificación que contiene se considera inconveniente por cuanto debe ser claro cuáles son los créditos adquiridos con el cedente, que pueden ser objeto de oposición al cesionario, y estos, por virtud de la oponibilidad de la cesión, tan solo podrán ser aquellos adquiridos antes de notificarse dicha cesión. De ninguna manera podría entenderse que los créditos adquiridos con el cedente después de notificada la cesión, puedan ser objeto de compensación, por cuanto esto supondría un desconocimiento de los derechos del acreedor, que lo es el cesionario y no ya el cedente.

Pago por cesión de bienes. El proyecto pretende extender la aplicación del pago por cesión de bienes al deudor comerciante, sin tomar en consideración su escasa aplicación actual, dada la existencia de regímenes de insolvencia para deudor civil y deudor comerciante, lo que lo hace innecesario. El artículo 690 hace referencia al denominado ‘cobro coercitivo’, que consideramos una regulación innecesaria, pues las normas sustanciales y procesales vigentes permiten la ejecución forzada de las obligaciones. Además, no parece afortunado que los acreedores tengan la posibilidad de forzar al deudor a pedir el concurso de acreedores, porque las normas de insolvencia son las encargadas de regular dicho aspecto. De igual forma, la referencia del proyecto a los procedimientos de insolvencia es imprecisa en su terminología y dado el dinamismo de las reformas en esta materia, no parece aconsejable adoptar una referencia legislativa específica.

Prescripción extintiva. Se advierte una contradicción en las normas que regulan la interrupción civil de la prescripción adquisitiva y la extintiva, porque de un lado el artículo 691 dispone que se aplicará la regla del artículo 327, según el cual, la interrupción civil de la prescripción inicia su conteo desde que se admite la demanda, mientras que por otra parte, el artículo 695 señala que una forma para interrumpir civilmente la prescripción será con la presentación de la demanda; consideramos incorrecto y desajustado que el fenómeno de la interrupción civil de la prescripción adquisitiva o extintiva pueda depender del hecho de un

tercero, es decir, hasta que el administrador de justicia resuelva admitir la correspondiente demanda.

Tal como está redactado el artículo 691 del proyecto, éste remite expresamente a la regla del artículo 327 que dispone que la interrupción civil comienza a contarse desde la “admisión de la demanda”, lo cual podrá generar intensas e innecesarias discusiones en los estrados judiciales. Esas polémicas se podrían evitar si en el artículo 691 no se hiciera remisión al artículo 327, tomando partido únicamente por la regla prevista en el numeral 2.º del artículo 695; y, además, que en el artículo 327 se señale que la interrupción comience a contarse desde la presentación de la demanda según las normas procesales.

Además, la doctrina y la jurisprudencia han sostenido que la interrupción civil de la prescripción adquisitiva se rige por lo dispuesto en el artículo 94 CGP (antes por el art. 90 CPC), razón por la cual resulta poco armónica la propuesta del artículo 327 al establecer que la interrupción civil de la prescripción adquisitiva se contará desde la admisión de la demanda. En consecuencia, la regla debe ser igual en materia de interrupción civil de la prescripción adquisitiva como extintiva, es decir, desde la radicación de la demanda siempre y cuando se cumplan con las reglas del artículo 94 del Código General del Proceso.

– RESPECTO DE LAS FUENTES DE LAS OBLIGACIONES

En primer lugar, en materia de fuentes de las obligaciones es de señalar que, aunque el artículo 1494 del Código Civil colombiano no menciona como fuentes de las obligaciones ni las *declaraciones unilaterales de voluntad*, ni el *enriquecimiento sin causa*, dos categorías que el art. 434 del proyecto introduce, el artículo proyectado tiene dos debilidades. En primer lugar, **no es coherente con las categorías dogmáticas que el mismo proyecto acoge**, como quiera que los contratos y las declaraciones unilaterales de voluntad son especies de un género que no aparece mencionado como fuente, es decir, el *negocio jurídico*. Por otra parte, con el ánimo de reconocer como fuente autónoma al enriquecimiento sin causa, se renuncia a una categoría: la de los cuasicontratos, que a pesar de la incomprensión de la doctrina, no deja de ser actualmente útil a nivel sistemático, ya sea porque tiene el potencial de agrupar obligaciones que no pueden encuadrarse en la lógica del *ilícito civil*, ya sea porque no se reduce a los tradicionales supuestos típicos de enriquecimiento sin causa regulados en el código (pago de lo no debido, gestión de negocios, comunidad, art. 2303)⁷⁷. A pesar de que muchas veces se la considera

77 El Código Civil actual regula tres especies de cuasicontrato (que en el proyecto de código resultan diseminadas [véase

innecesaria por la consideración de que las obligaciones de que trata nacerían todas *ex lege*⁷⁸, es en esta categoría que tienen cabida precisamente las obligaciones nacidas de la *equidad*⁷⁹ (en las que el fundamento de la obligación no es negocial y no se puede atribuir tampoco a la culpa o al dolo del obligado).

Al eliminar la categoría de las obligaciones nacidas de cuasicontrato se pierde la oportunidad de integrar sistemáticamente los casos de hechos no ilícitos que puedan dar lugar al surgimiento de una obligación, sin necesidad de que estén previstos *ex lege*. **El código proyectado es, en este sentido, reduccionista.**

De otra parte, en el artículo 434 del proyecto, sería conveniente incluir los principios generales del derecho como una de las fuentes de las obligaciones, como ampliamente lo ha reconocido la jurisprudencia y no solo el enriquecimiento sin causa, como una expresión de uno de estos principios: la buena fe, dejando por fuera otras de sus expresiones como por ejemplo el abuso del derecho o excluyendo otros principios como la equidad o la dignidad humana, por ejemplo.

– **RESPECTO DE OTRAS FUENTES DE LAS OBLIGACIONES:
EL ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA.**

En *enriquecimiento sin causa* no está regulado expresamente en el Código Civil actual, de tal suerte que ha sido considerado fuente de obligaciones con fundamento en la construcción de la correspondiente regla general del derecho, en virtud de lo previsto en el artículo 8° de la Ley 153 de 1887, como lo ha expuesto de manera reiterada la Corte Suprema de Justicia desde los años 30 del siglo pasado. El Código de Comercio de 1971 lo consagra en el artículo final del capítulo I, sobre las generalidades de las obligaciones (Título I), dentro del Libro Cuarto, destinado a los contratos y obligaciones mercantiles, en un enunciado genérico que concibe la figura a partir de la prohibición general de enriquecimiento sin causa, sin hacer precisiones

.....
art. 398 y ss. para la comunidad; art. 125 y ss. para la agencia oficiosa y 557 y ss. para el pago de lo no debido, que queda regulado, al parecer [ya que no es clara la técnica utilizada] como *especie* de la categoría más amplia del enriquecimiento).

78 Es en esta categoría, por ejemplo, en la que se podían comprender obligaciones a cargo de los otrora llamados ‘no capaces de consentimiento’.

79 Véase Pothier, R. J., *Traité du contrat de vente, selon les règles tant du for de la conscience, que du for extérieur*, t. I, París-Orleans, Debure y J. Rouzeau-Montaut, 1762, 29-31; Id, *Traité des obligations*, t. I, París-Orleans, Debure y Rouzeau-Montaut, 1761, 126 y 127 (*Tratado de las Obligaciones*, cap. I, secc. II. *De las otras causas de las obligaciones*. “[E]n los cuasicontratos no interviene consentimiento alguno, y es la ley o la sola equidad natural lo que produce la obligación”).

sobre su carácter de fuente de las obligaciones, sobre las características de la institución ni sobre las consecuencias de contravenir lo enunciado.

Por ello, es positivo que el proyecto de reforma del Código aborde la figura universalmente aplicada y que la incluya entre las fuentes de las obligaciones en el artículo 434 del Capítulo I del Título I (nociones generales) del Libro III. Sin embargo, su regulación es desafortunada como se pasa a explicar:

En lo que se refiere a la noción misma del enriquecimiento sin causa descrita en el artículo 556 del proyecto, **se observa que ella no contiene los cinco elementos esenciales de la figura, amplia y homogéneamente identificados por la Corte Suprema** desde su magnífica formulación en la sentencia del 06/09/1936 (G.J. T. XLII, n.º 1901–1902, pp. 586–606) y reafirmados hasta hoy, sea por la misma jurisprudencia como por la doctrina. En ese sentido, El texto propuesto de la reforma no contiene, ni explícita ni implícitamente, la caracterización de la figura, lo que reduce su alcance a un simple enunciado, propio de una máxima que nada aporta a la caracterización de la institución que debería tener una definición legal.

La naturaleza misma de la institución del enriquecimiento sin causa parece contraria al enunciado de casos puntuales, como los previstos en los arts. 562–564, por no ser ellos objeto de una institución bien definida, como sí ocurre, en cambio, con la regulación del pago de lo no debido o la agencia oficiosa. Parece, por ello, más oportuno confiar al juez la labor de identificación de los casos de aplicación de la institución, a partir de su caracterización general clara.

– **RESPECTO DE OTRAS FUENTES DE LAS OBLIGACIONES:
EL ABUSO DEL DERECHO**

Los artículos 38, 39, 40, 41, 42, 273–278 intentan establecer y desarrollar la responsabilidad civil por abuso del derecho. **Aunque es destacable, lo cierto es que adolece de falta de criterios precisos y suficientes para su adecuada configuración como principio general de responsabilidad**, entre otras razones porque limita su aplicación al ejercicio del derecho de propiedad y a la actividad empresarial.

Los criterios enunciados en los artículos 38 y 39 resultan confusos e incluso contradictorios, pues no parece posible autorizar a un sujeto para que actúe “en la forma que le plazca” y a renglón seguido sujetar esa conducta a límites de ley, de orden público, de buenas cos-

tumbres, del medio ambiente y de compromisos internacionales. Incluso esa expresión “en la forma que le plazca” resulta en tal sentido equivalente a la expresión “arbitrariamente” que traía la redacción original del artículo 669 del Código Civil al definir el derecho de propiedad y que fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional precisamente por contravenir las disposiciones constitucionales que descartan el carácter absoluto que pretende asignarse a tal derecho.

Por otra parte, en cuanto tiene que ver con las relaciones de vecindad como manifestación concreta del ejercicio abusivo del derecho de propiedad, es posible afirmar que actualmente las normas de convivencia entre vecinos, incluso si tal condición se tiene por virtud de una relación jurídico–real distinta a la de ser propietario, como sucedería de modo usual con el arrendatario, es un asunto que concierne en gran medida a los reglamentos de copropiedad y a las normas sobre convivencia y seguridad ciudadana establecidas por el Código Nacional de Policía.

Ahora bien, si con ocasión de las dificultades de convivencia entre vecinos se causan perjuicios, la responsabilidad civil habrá de establecerse de conformidad con las reglas propias de esta materia.

Por lo tanto, la regulación que se pretende incluir en tal sentido no parece pertinente, adecuada, ni consecuente, con los desarrollos normativos actualmente disponibles.

7. RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL

La sistemática de los remedios frente al incumplimiento no permite una adecuada tutela del vínculo contractual

Responsable:

Margarita Morales Huertas

Coordinadores:

Ranfer Molina

Málory Zafra

Profesores participantes:

Carlos Alberto Chinchilla Imbett

Milagros Koteich

Paula Robles Bacca

I. GENERALIDADES

Es pertinente señalar que este título no encuentra antecedente en el Código Civil vigente. Intuimos que su objetivo es sistematizar y regular el fenómeno del incumplimiento del contrato, junto a las posibilidades que se le ofrecen al acreedor cuando este se presenta, pero desde ya denunciamos que la rúbrica “Responsabilidad por inejecución de las obligaciones” no obedece a lo que se está proponiendo y además no solo puede confundirse con uno de los mecanismos que tiene el acreedor para tutelar su interés: la indemnización de perjuicios, sino que en realidad solo se centra en su regulación remedial en incumplimiento contractual, mas no en incumplimiento obligacional.

Ahora bien, consideramos que una regulación completa y sistemática de la inejecución y de sus efectos es fundamental, pero observamos de la propuesta varios problemas que vamos a detallar a continuación:

- Con relación al concepto de inejecución

El Código Civil colombiano vigente no define el incumplimiento, ni la inejecución del contrato, solo establece unas tipologías del incumplimiento en los artículos 1613 y 1614, por el contrario, el proyecto de Código Civil, según la rúbrica del capítulo I del título III, pretende consagrar una definición de inejecución con algunas particularidades. Sin embargo, tal pretensión está estropeada por la confusión de los conceptos que se usan y la falta de técnica legislativa.

El artículo 565 del proyecto de Código Civil presentado por la Universidad Nacional consagra, según su rúbrica, la inejecución y ejecución tardía. El artículo tiene 3 incisos: en el primero define la inejecución y sus modalidades; en el segundo, establece la regla de presunción de cumplimiento a favor del deudor que haya ejecutado su prestación y la carga de probar el incumplimiento al acreedor; y, finalmente, se consagra la figura del “incumplimiento previsible” o “incumplimiento anticipado”.

Este artículo debería ser redactado con la sutileza y la comprensión dogmática de las vicisitudes que se encuentran en torno al concepto de la inejecución del contrato. De sus dos modelos: el objetivo y el subjetivo. La adopción de una definición de inejecución según los modelos del derecho comparado trae consecuencias trascendentales en el sistema remedial y a la tutela del vínculo y de las partes del contrato.

Adoptar un modelo objetivo, como parece adoptar el proyecto, en cuanto equipara la inejecución con el incumplimiento, trae como consecuencia un sistema unitario de remedios, en donde lo único que interesa es que el deudor no ejecutó lo prometido y aquello provocó la insatisfacción del acreedor, sin importar la valoración del comportamiento del deudor: si el incumplimiento es causado por el caso fortuito o por el deudor, el acreedor siempre tiene los remedios para accionarlos.

En cambio, adoptar un modelo subjetivo permite entender que el incumplimiento aparece íntimamente relacionado con el comportamiento del deudor: su diligencia o negligencia, lo cual hace que no pueda existir una construcción unitaria del sistema de remedios frente al incumplimiento, sino que el concepto subjetivo de incumplimiento se combina con la teoría de riesgos; es decir, la adopción de este modelo presupone dogmáticamente la existencia de una macro categoría que agrupa el concepto de incumplimiento: la de la inejecución que comprende todos los eventos en los cuales no se ha cumplido el programa contractual y que pue-

de presentarse de diferentes maneras: incumplimiento, imposibilidad, inexigibilidad, excesiva onerosidad.

De hecho, nuestra tradición civil recoge el modelo de incumplimiento subjetivo, en consideración de las tipologías de prestación, lo cual puede traer como consecuencia que comporte responsabilidad objetiva como, por ejemplo, sucede en las obligaciones de garantía o de las obligaciones in efecto como en el *dare*. De manera que en el modelo romanista conviven los dos modelos de manera que se permita la comprensión de las vicisitudes de la inejecución en clara correspondencia con los valores de un sistema contractual justo y equilibrado, sin embargo, nada de lo anterior refleja el artículo en comento ya que, al equiparar la inejecución con el incumplimiento, desconoce los matices que comprende la inejecución como una categoría amplia del contrato.

Además, el artículo en mención incluye aspectos que no deberían hacer parte de una definición, como lo es una regla general de la carga de la prueba del incumplimiento. En efecto, esta referencia expresa desconoce que las distintas clases de obligación tienen dinámicas propias de su estructura lo cual determina a qué parte le incumbe la carga de la prueba del cumplimiento o del incumplimiento. Por lo tanto, esta consagración contraviene, por una parte, una regla en materia contractual en virtud de la cual el cumplimiento tiene que probarse, pues quien está obligado a emplear la diligencia debida en atención al título obligacional es el deudor (no hay razón alguna de presumir el cumplimiento del deudor) y, por otra parte, se establecería la prueba diabólica para el acreedor, pues el incumplimiento, en principio, es un hecho negativo y desvirtuarlo deberá estar en cabeza del deudor a través del pago⁸⁰.

Finalmente, el artículo 565 define el denominado incumplimiento previsible, el cual es una de las tantas categorías o tipologías de incumplimiento que pueden existir. De hecho, se pregunta ¿qué hace uno de los tipos de incumplimiento en la definición de inejecución? ¿por qué no se define entonces los otros tipos de incumplimiento? Este tipo de definiciones en materia de incumplimiento dentro del proyecto, evidencia que se desconoce que la configuración del incumplimiento depende de la propia dinámica de la relación negocial, de la función del contrato, del contenido obligacional compleja, de los intereses de las partes, del tipo de obligación y del rol de la buena fe, todos los cuales salen de la órbita del legislador, por lo que

80 Chinchilla Imbett, C. A., *L'onere della prova dell'inadempimento di una obbligazione alla luce dei rimedi previsti nell'art. 1453 codice civile*, en *Il diritto privato delle sezioni unite. Contratto e responsabilità*, I, Piacenza, 2015, 101-115.

la recomendación es evitar definiciones que entorpecen la estructura y las categorías transversales en materia contractual.

– *Con relación a la regulación de la mora*

La mora es la dilación injustificada en el cumplimiento de una obligación, o bien es el retraso cualificado en la contribución prestacional. Es una figura que debe configurarse desde la órbita del deudor como del acreedor. Sin embargo, en el Código de Bello existe una centralidad en la mora del deudor toda vez que existe mayor frecuencia de los casos relativos a la mora del deudor, por ser el obligado al mayor esfuerzo en la prestación, lo cual conlleva a que se deje de lado una reglamentación orgánica en materia de la mora del acreedor y de ambas partes.

El proyecto de Código Civil sigue con el mismo pecado de Bello: consagra la mora en el artículo 566 de forma aislada y desarticulada. Primero, regula la mora dentro de un capítulo que se llama inexecución; segundo, regula la mora del acreedor dentro de un capítulo que se denomina limitación de la responsabilidad del deudor por mora del acreedor y tercero, donde pierde todo sentido y no articula la mora con los remedios frente al incumplimiento.

Una intervención legislativa adecuada en materia de incumplimiento tiene que reconocer las tres formas de mora que tiene relevancia en el derecho: la mora del deudor, la mora del acreedor y la mora de ambas partes. De esta manera lo deseable es que, en un capítulo determinado, se establezcan los efectos de cada tipo de mora y su incidencia en el sistema remedial (como lo es en materia de indemnización de perjuicios y en el traslado del riesgo e incluso en materia de resolución unilateral del contrato).

En el caso de la responsabilidad contractual, es esencial definir el rol de la mora, lo que implica analizar la situación desde dos ángulos: (i) si la elección del legislador es solo requerir la existencia del daño para la reclamación del perjuicio y, por lo tanto, excluir el requisito de procedibilidad de la mora; o (ii) si la elección del legislador es requerir la mora para reclamar perjuicios.

En la primera elección encontramos, por ejemplo, el ordenamiento jurídico italiano (artículos 1218 y 1223 del *codice*), en donde se dispone que el deudor que no ejecuta la prestación deberá resarcir los daños; en ese sentido, el acreedor solo deberá probar el daño causado por el incumplimiento del deudor para solicitar la indemnización de perjuicios. Este modelo parte de la idea de que es inadmisiblesustraer la responsabilidad al deudor solo porque falta por

parte del acreedor una mera formalidad: la constitución en mora, que no incide sobre el hecho sustancial del incumplimiento.

En la segunda elección, sería continuar con el modelo adoptado en el Código Civil de Bello, pues, por una parte, exigen la mora para poder cobrar los perjuicios, todo lo cual va en consonancia de un reproche a la conducta del deudor al incumplir el contrato, pero que parece tener una visión más reductora y por lo tanto precaria.

En materia de resolución unilateral, la concepción de la mora y más aún de la constitución en mora es definitiva, por cuanto si se entiende esta, tal como lo hace el derecho francés como el requerimiento para cumplir el contrato, se eliminarían las suspicacias sobre el unilateralismo en ese estado y se ubicaría adecuadamente este remedio en un sistema protector de la salvaguarda del contrato.

– *Con relación a la sistematización de los remedios*

El Código Civil colombiano en materia de tutelas del contrato sigue una sistemática a partir del lenguaje de los derechos y no desde la óptica de los remedios. En ese sentido, en el Código se hace referencia a derechos o a situaciones jurídicas subjetivas sin especificación de los mecanismos de tutela de derechos correlativos en caso de que estos sean afectados. Por supuesto, es una elección del lenguaje que corresponde a la óptica de ordenamientos jurídicos de tradición romano-germánica, en el que la fuente principal del ordenamiento jurídico es la ley, la cual es la encargada de la enunciación abstracta de la atribución de los derechos⁸¹.

Esto evidencia una de las razones por las que las tutelas o remedios frente al incumplimiento en el Código Civil de Bello se encuentran difuminadas en todo el libro IV de las obligaciones en general y de los contratos. Así, la regulación de la ejecución in natura o el cumplimiento específico del contrato se encuentra consagrado de forma general en los artículos que regulan las obligaciones de dar (artículo 1605), de hacer (art.1610) o es posible solicitar judicialmente la resolución del contrato con indemnización de perjuicios, pero esta categoría se encuentra regulada en el título de las obligaciones condicionales⁸². Igual situación sucede con la regulación de la excepción de incumplimiento contractual, la cual se encuentra prevista,

81 Di Majo, A., “Il linguaggio dei rimedi”, *Europa e diritto privato*, 2005, 341.

82 Chinchilla Imbett. C.A., “La resolución por incumplimiento contractual en la llamada condición resolutoria tácita y su carácter irrenunciable”, en Chinchilla Imbett, C.A. y Grondona, M. (eds.), *Incumplimiento y sistema de remedios*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2020.

como lo afirma la doctrina mayoritaria, en el artículo 1609 del Código Civil, pero al mismo tiempo consagra la compensación de moras y la manera de constituir en mora en los contratos bilaterales⁸³. E incluso hay remedios que están consagrados en ciertos tipos contractuales, pero que son claramente remedios generales de los contratos, como el caso de la acción por defectos de la cosa (art. 1914).

Además, esta manera de consagración de las tutelas en los códigos del siglo XIX ha generado que el juez sea favorable a la aceptación de remedios y el reconocimiento de los mismos vía jurisprudencial, como sucede con la resolución frente al incumplimiento recíproco del contrato o la terminación unilateral frente al incumplimiento contractual.

Hoy los ordenamientos tienden a cambiar de discurso: darle igual relevancia al derecho subjetivo como a los mecanismos adecuados y efectivos para su implementación. Es decir, se prefiere el discurso desde la óptica de la tutela de derechos, de los remedios, pues estos no siempre necesitan apoyarse en el derecho, sino en un interés en cualquier modo protegido y que resulta lesionado o insatisfecho⁸⁴, tal como se ha realizado en los instrumentos de armonización y unificación del derecho, como, por ejemplo, en el Proyecto de Código de Obligaciones elaborado por el Grupo para la Armonización de América Latina – GADAL⁸⁵– y en el Proyecto Europeo de los Contratos⁸⁶, o en la reciente reforma en materia de obligaciones y contratos en Francia⁸⁷. Tal cambio de lenguaje va en consonancia de un Estado constitucional como el Colombiano en el que el juez juega un rol activo en el sistema de fuentes del derecho y entiende el conjunto de tutelas dentro del ordenamiento jurídico como el conjunto de reglas que se ocupan de tutelar los intereses lesionados de un ciudadano, además de la válida idea de darle orden normativo y reagrupar los remedios para facilitar su ejercicio por el la parte afectada por el incumplimiento, superando el modelo de los códigos del siglo XIX⁸⁸.

83 Chinchilla Imbett, C.A., *La excepción de incumplimiento contractual. Estructura, función y límites*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2017, 242.

84 Mattei, U. *Il diritto soggettivo*, t. 2, en *Trattato di Rodolfo Sacco*, Turín, Utet, 2001, 108.

85 <https://gadal.uexternado.edu.co>

86 Capítulos 8 y 9 (medios de los que dispone el acreedor), artículo 8.101.

87 Riaño Saad, A. y Fortich, S. (eds.), *Reforma francesa del derecho de los contratos y de las obligaciones: ¿fuente de inspiración para una futura reforma en derecho colombiano*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2020, *passim*.

88 Deshayes, O., Genicon, T. y Laithier, Y-M., *Réforme du droit des contrats du régime général et de la preuve des obligations*, París, LexisNexis, 2018, 534.

El proyecto en este punto parece seguir la tendencia contemporánea en materia de tutela del contrato frente al incumplimiento. Sin embargo, a pesar de sus intenciones, es insuficiente en cuanto no entiende la sistemática remedial frente al incumplimiento y estos son algunos de los problemas que surgen por esta circunstancia:

- (i) El artículo 568, previo a iniciar el capítulo II en mención, anuncia que el incumplimiento faculta al acreedor para hacer uso de los remedios de los artículos siguientes. Es un artículo que nada prevé y, en cambio, entrega la sensación de que los remedios consagrados en el capítulo II fueran *numerus clausus*, en contraria contravención de la sustancial tutela del contrato y del rol del juez al momento de proteger los intereses merecedores de tutela.
- (ii) El artículo 569 anuncia la lista de las diferentes acciones que pueden ser adoptadas por el acreedor, sin embargo, utiliza como el primer remedio la resolución por incumplimiento y luego el cumplimiento del contrato, lo cual envía un mensaje equivocado, pues los remedios a los que se debe invitar a ejercer al acreedor son aquellos que propenden por la conservación del negocio, por el cumplimiento del contrato. Esto no obsta para que se tenga de presente que el orden de enumeración de las acciones no tiene ningún valor jerárquico, el acreedor perjudicado por el incumplimiento de contraparte es libre de elegir la sanción más adecuada a la situación y a la crisis del contrato.
- (iii) Se enuncian remedios como la concesión de un plazo suplementario (artículo 569, 3) cuyo desarrollo posterior en el artículo 577 se confunde con la *exceptio non adimpleti contractus* y en el artículo 578 contradictorio con el concepto de obligación sometida a plazo, pues en rigor, el plazo adicional torna inexigible la prestación situación que impide que se considere incumplida la obligación. En este punto advertimos que el plazo adicional puede ser considerado como una condición de ejercicio de otros remedios, piénsese particularmente en la resolución unilateral, tanto la de fuente legal como la de la convencional, tal como se consagró en la reforma francesa de 2016 (Arts. 1225 y 1226).
- (iv) Algunos de los remedios enumerados en el artículo 569 no tiene desarrollo subsiguiente. Son los casos del remedio a obtener reducción de la prestación en forma proporcional a las efectivamente recibidas, o solicitar rectificación de los defectos o vicios que afectan las prestaciones defectuosas, o autorizar la sustitución de la prestación. Todos remedios que deberán tener un régimen jurídico específico de manera que no se confundan con el cumplimiento específico del contrato. El proyecto los enumera, pero no establece sus particularidades.

- (v) Olvida que la excepción de incumplimiento contractual y la excepción de incumplimiento previsible, ambas consagradas de forma muy desafortunada en el texto del artículo 567, también son remedios frente al incumplimiento contractual.
- (vi) En materia remedial, uno de los grandes problemas contractuales es el incumplimiento recíproco del contrato. El proyecto se limita en el artículo 575 a regular el problema del incumplimiento recíproco mediante una forma de mutuo disenso tácito por la falta de ejecución del contrato por ambas partes en un periodo de seis meses. Es una solución que ignora los problemas de orden práctico, dogmático y sistemático que trae el mutuo disenso tácito creado por la jurisprudencia colombiana.

Sistematizar los remedios frente al incumplimiento exige una comprensión de la funcionalidad de cada remedio y sus efectos frente al vínculo contractual, por lo tanto, consideramos que las acciones que se consagran pueden ser divididas en tres grupos. Primero, aquellas que tienen como finalidad la ejecución del contrato y, por lo tanto, la salvación y conservación del contrato; segundo, las que tienen como función terminar con el vínculo contractual debido a la gravedad del mal funcionamiento del contrato y, finalmente, la acción de indemnización de perjuicios ocasionados con el incumplimiento del contrato. Dentro del primer grupo, a su vez, encontramos aquellas que buscan la ejecución del contrato dentro de los términos iniciales, como lo son las excepciones dilatorias (excepción de incumplimiento contractual y excepción de incumplimiento previsible) y la ejecución forzada *in natura* o cumplimiento específico del contrato y la que pretende la ejecución del mismo contrato, pero con algunas modificaciones a los términos previstos inicialmente, como lo es la reducción del precio o la subsanación de la prestación. Dentro del grupo de los remedios que buscan la extinción del vínculo contractual, encontramos la cláusula resolutoria y la resolución en caso de incumplimiento grave, la cual puede ser extrajudicial o judicial. Finalmente, el último grupo corresponde a la indemnización de perjuicios por incumplimiento contractual, en la que se deben considerar todas sus modalidades, entre ellas, la cláusula penal.

–Con relación a la resolución

La propuesta en este punto se separa de la tradición pues avanza hacia un modelo compartido entre la resolución judicial y resolución extrajudicial. Aunque es un notable avance en aras de armonizar protección del contrato con eficacia económica, consideramos que la regulación tal como está propuesta no es satisfactoria, de manera que abordaremos sus principales problemas:

En primer lugar, notamos la inadecuada articulación que se tiene entre los artículos que tienen que ver con la resolución unilateral y el artículo que regula la noción de incumplimiento. Como ya se dijo, la noción de incumplimiento consagrada en el artículo 565, abarca dentro de una misma categoría el cumplimiento imperfecto o tardío; esto implica que se está permitiendo que un acreedor termine unilateralmente un contrato cuando hay un cumplimiento no ajustado estrictamente con las disposiciones contractuales, sin que se dé la posibilidad de corregir el comportamiento, aspecto que puede ir en contradicción con los principios que sustentan nuestro sistema. Y, por otra parte, está completamente desarticulado este concepto de incumplimiento con el presupuesto sobre el que reposa la resolución por notificación y la judicial: el incumplimiento de una obligación esencial, noción que nos es ajena y que resulta problemática no solo por este motivo, sino porque sustancialmente es posible que un contrato tenga más de una obligación de esa característica y porque excluye del ámbito de la resolución el incumplimiento de obligaciones accesorias y de deberes (Artículo 570), olvidando que el carácter esencial también surge por la importancia que las partes le quisieron dar en su disposición de intereses.

En segundo lugar, notamos que no regula individualmente cada hipótesis de resolución, de manera que es difícil saber cuáles son las condiciones de ejercicio de cada una y que, de forma inexplicable, mezcla las hipótesis con los efectos de la resolución, que son comunes a esta *fattispecie* resolutoria. Por ello sugerimos regular individualmente las diferentes formas de resolver un contrato y al final hacer una regulación completa de los efectos.

En tercer lugar, es necesario hacer referencia concreta a la resolución unilateral. El éxito del unilateralismo está en determinar claramente su funcionamiento: es necesario no solo que el incumplimiento sea grave, sino que hay que establecer claramente el procedimiento para hacer efectiva la facultad tanto la de fuente legal como la de fuente convencional. En este punto hay que considerar si se opta por una resolución unilateral por notificación o una resolución unilateral previo al vencimiento de un plazo suplementario. Esta última solución es la que adopta la reforma francesa de 2016 y es la que consideramos más acorde con el principio de conservación del contrato.

Y, finalmente, consideramos que no existe una norma sobre la obligación que tiene el contratante cumplido, que desea hacer uso de la facultad unilateral, sea cual sea la fuente, de hacer rápido ejercicio de ella, en coherencia con el principio de buena fe. Sugerimos en este punto revisar el artículo 9:303 de los PDEC, numeral 2, que establece: “*La parte perjudicada pierde su*

derecho a resolver el contrato si no comunica que lo resuelve en un plazo razonable desde que haya sabido o hubiera debido saber que se había producido el incumplimiento”.

– Con relación al cumplimiento específico del contrato

En cuanto al artículo 576, consideramos inconveniente la terminología empleada. Si se aspira a regular la ejecución forzada de la prestación como remedio frente al incumplimiento no debería usarse la palabra ‘cumplimiento’, pues este último se caracteriza por la ejecución espontánea de la prestación y como tal constituye un fenómeno cuya existencia, en términos de lógica, elimina por completo la posibilidad de hablar de incumplimiento.

Asimismo, la posibilidad de reclamar por la vía ejecutiva el cumplimiento *in natura* de la prestación o su subrogado pecuniario junto con la indemnización de perjuicios es una expresión propia de la coactividad que caracteriza a la obligación como estructura jurídica, es la manifestación concreta de la responsabilidad como parte de la dupla que integra con el débito y, por lo tanto, es inconveniente una regulación que la confunda con este último.

Adicionalmente, los pormenores de la acción ejecutiva son competencia propia del Código General del proceso y así debería continuar siendo.

Por otra parte, no se considera adecuada la regulación que se propone de la ejecución forzada, pues las limitaciones que se incluyen dentro del primer párrafo de la norma (posibilidad, no excesiva onerosidad, respeto de la buena fe o afectar la situación personal del deudor) plantean inconvenientes. En cuanto a la posibilidad, no se entiende si se refiere a la hipótesis en que sea posible la ejecución forzada *in natura* o a la posibilidad como requisito de la prestación. En todo caso ambas dificultades quedan suficiente resueltas con la figura del subrogado pecuniario o débito secundario.

En lo que hace a la excesiva onerosidad, se trata de una institución cuyos contornos y consecuencias no tienen nada que ver con la posibilidad de exigir forzosamente la prestación, pues esta última se desprende como consecuencia lógica de ser la obligación un vínculo coactivo. No deberían mezclarse ambos fenómenos de esta manera.

El respeto de la buena fe es vinculante en todas las fases de las relaciones negociales y es innecesaria su mención en este ámbito, pues es obvia.

Finalmente, respecto de la situación personal del deudor como límite a la acción ejecutiva se trata de una hipótesis que genera gran inquietud, puesto que si bien se podría entender que la intención del Proyecto en este punto es la de incluir una manifestación del *favor debitoris*, la manera en que se hace se considera sumamente inconveniente, puesto que altera estructuralmente el funcionamiento mismo de la obligación como categoría jurídica que impele su observancia, so pena de consecuencias cuya gravedad es considerable. Tener una situación personal difícil no puede ser óbice para hacer efectiva la responsabilidad que emana del vínculo obligacional; ello desnaturaliza por completo tanto a la responsabilidad como a las obligaciones como instituciones jurídicas. En consecuencia, este límite no sólo es contrario a nuestra tradición jurídica, sino contrario a la más básica comprensión del funcionamiento de algunas de las más basilares estructuras del Derecho. Sugerimos en este punto revisar el artículo 1343–5 del Código Civil francés⁸⁹, si lo que se quiere es robustecer la protección de la parte deudora. Finalmente, en la parte final de la norma que autoriza el remate de la vivienda familiar embargada, debería eliminarse la frase [y disponer... embargada] y simplemente permitir que las normas propias del juicio ejecutivo regulen la materia, así como las constitucionales que en determinados casos concretos pueden dar lugar a una excepción de inconstitucionalidad.

– *Con relación a la reparación de perjuicios*

El artículo 579 permite evidenciar el problema de desconocer la macrocategoría de inejecución y meter en un solo saco todas las hipótesis en incumplimiento y de desarticular este remedio de la mora, sin contar con el hecho de que más adelante regula la fuerza mayor y el caso fortuito (art. 597). En rigor, cuesta armonizar estas reglas, con la regla que estamos analizando, si simplificamos adoptando una visión objetiva de incumplimiento.

Por otra parte, el artículo 579 señala que si el incumplimiento obedeció a “*la falta de previsión del impedimento que no debió prever*”. Esta redacción resulta incoherente e imprecisa en la medida en que se debió señalar que la reparación no procederá cuando se trate de un impedimento que no se pudo prever. Utilizar los vocablos “no debió prever” genera confusión

89 *Article 1343-5: Le juge peut, compte tenu de la situation du débiteur et en considération des besoins du créancier, reporter ou échelonner, dans la limite de deux années, le paiement des sommes dues. Par décision spéciale et motivée, il peut ordonner que les sommes correspondant aux échéances reportées porteront intérêt à un taux réduit au moins égal au taux légal, ou que les paiements s'imputeront d'abord sur le capital. Il peut subordonner ces mesures à l'accomplissement par le débiteur d'actes propres à faciliter ou à garantir le paiement de la dette. La décision du juge suspend les procédures d'exécution qui auraient été engagées par le créancier. Les majorations d'intérêts ou les pénalités prévues en cas de retard ne sont pas encourues pendant le délai fixé par le juge. Toute stipulation contraire est réputée non écrite. Les dispositions du présent article ne sont pas applicables aux dettes d'aliment.*

en cuanto a la determinación de qué eventos se debieron o no prever por las partes. De igual forma, crea cargas en cabeza de las partes que parecieran ser innecesarias.

Así las cosas, optar por la redacción sugerida (“que no pudo prever”) implicaría reconocer que, en el fondo, no habrá reparación de perjuicios cuando el evento que impidió el cumplimiento de la obligación es ajeno a la voluntad del deudor o está fuera de su control. Siendo este evento jurídicamente coherente, consideramos que quedaría subsumido en el primero de los que se menciona en el artículo 579, el cual precisamente habla de impedimentos ajenos a la voluntad del deudor o su control. Resultaría entonces apropiada la eliminación de la oración “*la falta de previsión del impedimento que no debió prever*”, a fin de que el artículo 579 sea coherente en su regulación.

Finalmente, resulta problemático el hecho que en el artículo 580, el cual habla de los rubros que componen la indemnización de perjuicios, se ingrese un tipo de daño como es el de la pérdida de oportunidad, sin que exista total claridad respecto de la forma en la que el mismo se debe reparar y en qué hipótesis procede y que se excluya abiertamente la posibilidad de indemnizar el daño extrapatrimonial, cuando hay casos en los cuales por incumplimiento contractual se puede causar este tipo de daño.

– Con relación a la cláusula penal y cláusula de aceleramiento

Consideramos que el Art. 582 regula variados aspectos de la figura, de manera que sugerimos una regulación particular para cada uno de estos aspectos. Por otra parte, el segundo párrafo, después de indicar la regla general según la cual “Se presumirá que la cláusula penal es compensatoria y que indemniza la totalidad de los perjuicios causados al acreedor”, lo que debe señalar a continuación es la excepción a esa regla. A manera de ejemplo, consideramos adecuada la formulación de nuestro código civil vigente en el artículo 1594. De igual manera, consideramos necesario que se exprese claramente que el acreedor puede renunciar a la cláusula penal y reclamar los perjuicios que logre demostrar.

Con relación a la prueba del perjuicio, remitimos a las reflexiones que sobre el punto se hicieron al comentar el artículo 565.

Ahora bien, cuando el art. 582 señala que “en ningún caso podrá cobrarse intereses moratorios y clausula penal moratoria”, ello da a entender que el acreedor de la obligación incumplida puede escoger una u otra, pero esto no es así, ya que la mora de obligaciones dinerarias

solo puede causar intereses de mora. Como el tema de las obligaciones dinerarias está regulado en los Arts. 446 y 447, para evitar confusiones se sugiere suprimir la parte que dice “en ningún caso podrá cobrarse intereses moratorios y clausula penal moratoria”.

Consideramos además confusa la regulación de la cláusula penal para los contratos de ejecución sucesiva. En primer lugar, no parece conveniente establecer como regla general que dicha cláusula solo pueda exigirse a la terminación del contrato; y, en segundo lugar, la excepción a esa regla general no es clara porque parece asumir que en el contrato hay una cláusula penal general y varias cláusulas penales por incumplimientos específicos, y que estas últimas deben sujetarse a aquella.

Finalmente, el art. 585 nos parece también muy confuso. Si bien por una parte acepta la licitud de las cláusulas aceleratorias, no se entiende la utilidad y el sentido del inciso segundo. No es el caso del tercero, cuya utilidad es evidente aun cuando vale la pena analizar la pertinencia de fijar estrictamente la cantidad de cuotas que debe pagar el deudor para evitar la eficacia plena de esta cláusula.

8. TIPOLOGÍA DE CONTRATOS

El proyecto describe los tipos contractuales tradicionales y contiene en su propósito de actualización otros que no gozaban de tipicidad legal

Responsable:
Ernesto Rengifo

Profesora participante:
María Elisa Camacho

Coordinadores:
Luisa Herrera
Jorge Herrera

I. OBSERVACIONES PRELIMINARES

En su discurso preliminar el primer proyecto de Código Civil francés de 1804, Portalis afirmaba que “las leyes no son solamente actos de poder; son actos de sabiduría, de justicia y de razón. El legislador ejerce menos una autoridad que un sacerdocio”⁹⁰. Este axioma encuentra plena aplicación tratándose del libro IV, donde confluyen no solamente varias especialidades del derecho privado, sino también se confrontan los intereses de sujetos con las más diversas inclinaciones, en muchas ocasiones opuestas (comprador–vendedor, productor–distribuidor, asegurado–asegurador, autor–editor, etc.).

90 Portalis, J-E. *Discours préliminaire du premier projet de Code civil* (1801).

Uno de los objetivos presentados por los redactores del Proyecto es el de actualizar el Código Civil. Al respecto, destacamos que de manera afortunada se parte de la tradición jurídica forjada en nuestro país durante más de un siglo. Al mismo tiempo, el Proyecto refleja las nuevas realidades jurídicas, económicas y tecnológicas de la sociedad actual. En concreto, el libro IV incorpora figuras contractuales atípicas que fueron desarrolladas por el tráfico mercantil, que no han sido reconocidas por la ley ni por la jurisprudencia anteriormente. **Esas figuras reflejan el desarrollo de la sociedad basada en el conocimiento y la información, así como en una economía en la que, más que la titularidad de un bien, lo que importa es el acceso a los servicios.** Además, consideramos un acierto que el Proyecto no establezca regímenes detallados respecto de cada una de ellas, comoquiera que un código civil no debe aspirar a regular minuciosamente todas las situaciones contractuales que se presentan en la práctica.

A continuación, presentamos algunas observaciones sobre el libro IV titulado “De los contratos”. Este ejercicio académico no tiene por objeto, ni mucho menos, dictar la forma en que debió redactarse el Proyecto de Código Civil por la Universidad Nacional. En realidad, pretendemos, además de brindar una mirada crítica sobre algunos aspectos, realizar propuestas orientadas a la reconsideración de algunas disposiciones.

Plan. Sentadas estas observaciones preliminares, el análisis sobre la conveniencia de la reforma y de la estructura del Libro IV “De los contratos” lo llevaremos a cabo en tres partes. Primeramente, analizaremos la estructura y ubicación del libro IV en el proyecto de Código Civil. Enseguida, nos centraremos en la organización y algunos aspectos generales de su contenido. Por último, realizaremos algunas observaciones sobre aspectos sustanciales de los contratos que se regulan en dicho libro.

II. ESTRUCTURA Y UBICACIÓN DEL LIBRO IV “DE LOS CONTRATOS”

Ubicación en el Proyecto. En la actualidad, los tipos de contratos están regulados en el Código Civil en el Libro IV “De las obligaciones en general y de los contratos”, en el Libro IV del Código de Comercio denominado “De los contratos y obligaciones mercantiles” y en leyes especiales. Por su parte, el Proyecto introduce un libro separado relativo a los tipos de contratos. La introducción de un libro separado brinda sin duda cierta especialidad a la materia.

Conveniencia de reformar la parte relativa a los tipos de contratos. La reforma suprime la dualidad de regímenes de los contratos que en la actualidad tienen una regulación tanto en el Código Civil como en el Código de Comercio. También se incorporan los contratos que en la actualidad están regulados únicamente en el Código de Comercio, lo que es consecuencia lógica de la unificación pretendida por aquel. No hay mayor discusión sobre estos puntos, puesto que su unificación es una necesidad reclamada de tiempo atrás por la doctrina. Los interrogantes residen en los aspectos sustantivos de la regulación de los tipos de contratos.

Ahora bien, en cuanto a **la técnica utilizada**, no resulta clara la integración que se hace, en algunos contratos, de normas civiles y normas comerciales como quiera que la referencia a las características de ambos regímenes no le permite al operador jurídico distinguir en qué situaciones se aplicarían unas u otras. Ello ocurre frente a los regímenes de responsabilidad aplicables en los contratos en donde, las más de las veces, era claro el régimen objetivo en materia mercantil y subjetivo en el civil, pero con las nuevas disposiciones resulta difícil su división. La combinación de regímenes de responsabilidad puede evidenciarse, por ejemplo, con la integración de normas del derecho de consumo en donde la regla general es la responsabilidad objetiva del vendedor o proveedor, situación que no es igual en materia del contrato de compraventa mercantil. La dualidad de regímenes también es palpable al analizarse las normas de otros contratos como sucede con el contrato de mutuo, respecto del cual de manera expresa se consagra tanto su esencia gratuita como su esencia onerosa, y con ello se generan confusiones innecesarias.

III. CONTENIDO DEL LIBRO IV

El Proyecto de Código Civil se ciñe al método tradicional del Código Civil y del Código de Comercio que consiste en regular cada contrato en un título diferente y, a la vez, dividir los títulos en capítulos para tratar aspectos más específicos u otras modalidades del respectivo contrato. Siguiendo esa lógica, el Proyecto establece una secuencia de 38 títulos, cada uno con el nombre del contrato que es objeto de regulación, sin que establezcan subdivisiones agrupando varios contratos según un criterio predeterminado.

Los redactores han explicado que el libro está organizado siguiendo un orden teleológico⁹¹. A pesar de esto, es difícil comprender la lógica de la ubicación de ciertos contratos. Por ejemplo, nos preguntamos por qué los contratos asociativos y de cuentas en participación fueron ubicados antes de los contratos de distribución y luego del contrato de cuenta corriente. La misma pregunta surge respecto de la ubicación de los contratos de garantía (mobiliaria y personal, anticresis, hipoteca), los cuales fueron ubicados entre los contratos de distribución y los contratos bancarios.

La misma inquietud surge en cuanto a la ubicación en el Libro IV de los contratos de fiducia, leasing, transacción y edición. En particular, respecto del contrato de leasing, que sigue al contrato de arrendamiento, su ubicación da pie a la confusión que muchas veces se presenta entre estos dos contratos –leasing y arrendamiento– y desdibuja la diferencia fundamental en cuanto a las funciones económicas que cumplen uno y otro, las cuales han sido decantadas de tiempo atrás por la jurisprudencia. Agreguemos, en fin, que los contratos que los redactores denominan “de financiación” pueden quizá seguir o anteceder los contratos bancarios, pues encuentran algunos puntos comunes en cuanto a los sujetos, institución reguladora y ámbito económico en el que se desarrollan.

En relación con la venta o cesión que recae sobre derechos, como lo ha puesto de presente Marcela Castro, podría reconsiderarse si la cesión de créditos (art. 603, Libro III), la cesión de derechos litigiosos (Libro IV, art. 828) y la venta de derechos hereditarios (Libro IV, art. 771), podrían ubicarse seguidamente en un solo Libro, anteceditos de algunas disposiciones comunes.

En cuanto a la **estructura del libro**, anotemos que, al margen de la técnica adoptada por el Proyecto, debe considerarse si la recodificación de los tipos contractuales es la oportunidad para discutir sobre la posibilidad de organizar estos contratos siguiendo otro método. Concretamente, el Proyecto permite identificar en la regulación de algunos contratos (p. ej. contrato de transporte, de seguro, de arrendamiento) una tendencia en la evolución del derecho de los contratos especiales: además de las reglas aplicables al tipo contractual en particular, dentro de estos últimos existen a la vez contratos que podríamos llamar especializados o particularísimos. Ello podría dar lugar a implantar una estructura diferente a la generalmente adoptada, la cual consistiría en un primer nivel constituido de un cuerpo

91 Contratos traslaticios, contratos de administración, intermediación personal, asociativos, intermediación económica, garantía bancarios y otros contratos.

de reglas con disposiciones comunes propias a cada tipo contractual; seguida de secciones –segundo nivel– con reglas propias a ciertas modalidades especializadas del respectivo tipo contractual particular.

Podría discutirse si la organización del libro IV debería erigirse a partir de dicha estructura, lo cual implicaría la introducción de subdivisiones en torno a tipos contractuales (p. ej., reglas comunes al contrato de compraventa, reglas comunes al contrato de arrendamiento) o incluso en torno a funciones económicas específicas (p. ej., reglas comunes a los contratos de distribución, reglas comunes a los contratos de prestación de servicios, reglas comunes a los contratos de garantía). A dichas reglas comunes seguirían las reglas propias a ciertas modalidades propias del tipo contractual de que se trate, por ejemplo, de los contratos de distribución (concesión, distribución, franquicia), de mandato (comisión, agencia, corretaje) o de garantía (garantía personal, garantía mobiliaria, hipoteca), etc.

Esta propuesta desborda el objetivo que propone el Proyecto de actualizar y armonizar las reglas en materia de tipos de contratos y, por consiguiente, implicaría otra metodología para la redacción y el diseño del código civil en cuanto a algunos de los contratos allí regulados. La expedición de un nuevo código civil es quizá la única ocasión que permite la discusión de reformas de esta naturaleza con el concurso de la comunidad privatista y los actores interesados en la aplicación o trascendencia práctica de esos contratos.

– Con relación a las leyes especiales que regulan tipos contractuales precisos

Sobre ciertos contratos consagrados en el Proyecto ya existen leyes especiales que los regulan. El Proyecto introduce algunas reglas sustanciales importantes sobre dichos contratos que, según se extrae de las intervenciones realizadas por los redactores, reflejan la filosofía, principios o reglas de las leyes especiales que ya existen. **Este método suscita problemas relevantes, pues genera una dispersión confusa del régimen que corresponde a una misma institución.** Por ello, creemos que, en estos casos, debe optarse por incorporar la regulación íntegra en el Código Civil o mantener la ley especial que la regula por fuera del Código Civil.

A título de ilustración:

1. En las **garantías mobiliarias**, el Código incorpora reglas del régimen de las garantías mobiliarias de la ley 1676 de 2013. Al respecto, consideramos que debe optarse por permitir que la materia siga siendo regulada por la ley 1676 de 2013 en su integridad teniendo en

cuenta su extensión (91 artículos). Consideramos que el método utilizado por el Proyecto de Código Civil podría conducir a una dispersión normativa con consecuencias que deberían ser ponderadas.

Se observa una repetición innecesaria de muchos artículos de la ley 1676 de 2013 (p. ej., art. 1292–art. 4° ley 1676 de 2013, art. 1291–art. 6° ley 1676 de 2013). En otras ocasiones, el Proyecto extrapola artículos de la ley 1676 de 2013 de manera incompleta, lo que obligaría al intérprete a un ejercicio de comparación tedioso y sin sentido (p. ej. art. 1318 del Proyecto–art. 62 de la ley 1676). También se observa la utilización de términos diferentes (ej. el Proyecto utiliza el término de enajenación judicial que no se encuentra en la ley 1676) o la redacción de artículos en forma diferente a como lo hace la ley 1676 de 2013 (p. ej., cuando se indican los mecanismos de ejecución de la garantía), lo que sin duda será fuente de dificultades en la interpretación de dichas reglas. En fin, se conservan artículos de la ley 1676 de 2013 que no concuerdan con los cambios introducidos por el Proyecto (p. ej., el artículo 1291 del Proyecto menciona los bienes inmuebles por adhesión y por destinación, a pesar de que en el Libro II relativo a los bienes se rempazan por otras nociones).

2. Tratándose del **contrato de arrendamiento de vivienda urbana**, el Proyecto lo trata en cuatro artículos (art. 914 a 1917), los cuales contienen reglas traídas de la ley 820 de 2003. Por un lado, es imposible descubrir cuál fue el criterio que tuvieron los redactores para escoger las reglas que figuran en esos cuatro artículos. En efecto, existen reglas de dicha ley que a nuestro parecer son igualmente relevantes, pero que no se consagran en el Proyecto. Esto permite percibir la complejidad de la técnica escogida por sus redactores, pues con certeza no es posible escoger, sin equívoco, cuáles son las reglas que mejor reflejan la filosofía de una ley especial como la de arrendamiento de vivienda urbana. También aquí podemos dudar de la utilidad de la repetición de reglas en dos cuerpos legislativos diferentes.

Aunque podrían agregarse otros ejemplos, cada uno de los cuales merecería un análisis particular, lo que pretendemos resaltar es que, en los casos en los que existen leyes especiales que consagran un régimen completo de un tipo contractual determinado, la conveniencia de su tratamiento a la luz de la técnica utilizada por el Proyecto debe analizarse con mayor detenimiento. Comprendemos que el objetivo de los redactores fue el de consagrar nociones, principios o reglas fundamentales en el código civil, que luego son desarrolladas o reiteradas

en leyes especiales. No obstante, además de la cuestión de la extensión⁹², se plantea sobre todo el interrogante acerca del criterio seguido para escoger dichas nociones, principios y reglas que deben incorporarse en el código civil. Esto implica en últimas que el código civil consagre un régimen incompleto, con una repetición innecesaria de reglas y sin un criterio de selección uniforme, lo que podría reñir con los postulados de accesibilidad e inteligibilidad que debe pretender toda ley común que rige las relaciones entre los ciudadanos.

– Observaciones sobre la introducción de contratos que en la actualidad son atípicos.

El Proyecto corresponde a nuestra tradición jurídica, por cuanto, además de regular los contratos tradicionalmente reconocidos por nuestro ordenamiento, incorpora nuevas figuras contractuales cuyo auge se debe a la globalización, el internet y a una economía basada en la prestación de servicios. Consideramos que regular dichas figuras puede facilitar su integración e interpretación. Sin embargo, la introducción de una regulación detallada podría limitar de manera desproporcionada la libertad contractual de las partes. Por eso, consideramos que el Proyecto acierta cuando consagra ciertas figuras contractuales sin ahondar en su regulación; de esta manera seguirá primando la autonomía privada, con sujeción desde luego a los límites señalados por el ordenamiento (normas de orden público y buenas costumbres).

– Observaciones sobre los contratos de distribución

El Proyecto, siguiendo en parte el derecho argentino, tipifica los contratos de concesión comercial, concesión hotelera, concesión de espacio público, distribución y franquicia.

El primer interrogante que debería plantearse –contando también para ello con la participación de actores exteriores a la academia– es si es necesaria la tipificación de dichas figuras con un régimen más o menos detallado y si ello significa un avance en la materia. Nosotros lo dudamos.

Por una parte, la práctica demuestra que, en general, esos contratos son celebrados por escrito con un contenido prolijo que atiende las necesidades específicas de los contratantes. Por otro lado, la multiplicación de tipos contractuales en el ámbito de la distribución puede crear un conflicto de calificación indeseable. Si ello es bienvenido en los manuales de contra-

92 Existe una diferencia marcada entre los dos ejemplos mencionados. En el caso del contrato de garantía mobiliaria el Proyecto contiene 53 artículos (arts. 1267 a 1320), mientras que tratándose del contrato de arrendamiento de vivienda urbana contiene 4 artículos (arts. 914 a 1917).

tos, en el terreno del derecho positivo, en cambio, no se debe sucumbir a la tentación de multiplicar los tipos contractuales (como lo hizo el Código Civil y Comercial argentino), puesto que lo cierto es que en la práctica encontramos un fenómeno variopinto de configuraciones contractuales que sirven de instrumento para la comercialización de productos y servicios. Al contrario, la regulación detallada de esos contratos puede oscurecer de nuevo la materia y conducir a un conflicto en cuanto a la calificación, interpretación e integración del contrato, teniendo en cuenta los elementos que harían parte del contrato según el resultado del ejercicio de subsunción que se realice.

Podría responderse que, en todo caso, se trata de reglas de carácter supletivo. Sin embargo, aun tratándose de reglas que se integran al contrato a falta de estipulación en contrario, ellas tienen una importancia mayúscula dado su carácter obligatorio cuando las partes omiten pronunciarse sobre el punto de que se trate⁹³. Además, como lo veremos en el siguiente apartado, pensamos que las discusiones en torno a los contratos de distribución en el proceso de codificación deben considerar más bien la posibilidad de establecer un cuerpo de reglas comunes a estos, así como la inclusión o no de reglas relativas a aspectos álgidos que se discuten de tiempo atrás en la doctrina, en particular con respecto a la protección del distribuidor en la fase precontractual y a la terminación del contrato.

IV. ASPECTOS SUSTANTIVOS DE LOS TIPOS CONTRACTUALES DEL LIBRO IV

El objetivo del Proyecto es actualizar y armonizar las distintas materias que componen el Código Civil. Para ello introduce desarrollos jurisprudenciales importantes que responden a problemas jurídicos que no contaban con soluciones normativas. Con respecto a este punto, teniendo claro que no todos los contratos merecen el mismo análisis, consideramos que en algunas materias la sola actualización puede resultar insuficiente, y la expedición de un nuevo código civil –con vocación de perduración– es la única oportunidad para realizar reflexiones más generales sobre todas o, por lo menos, algunas materias.

93 Pérès, C., *La règle supplétive*, Paris, LGD, 2004, 582 y s. La autora pone de presente que tanto las reglas de carácter imperativo como de carácter supletorio son normas jurídicas completas de carácter obligatorio y, en ese sentido, la oposición que tradicionalmente se realiza de ambas es neutralizada, aunque una y otra operen de manera diferente.

El Proyecto responde a la necesidad de uniformar las acciones y los regímenes contractuales en aquellos contratos que tienen regulaciones en diversos cuerpos normativos. En efecto, no existe justificación para dicha dualidad de regímenes⁹⁴, como sucede en el contrato de compraventa respecto del cual, se ha sostenido la necesidad de que “se aproxime a estándares conocidos y adoptados internacionalmente”⁹⁵.

Realizaremos a continuación observaciones generales sobre algunos contratos. No se trata de analizar cada artículo en particular, sino de destacar aspectos que a nuestro parecer merecen una discusión más amplia.

– **Contrato de compraventa.** Al margen de las acciones propias del Estatuto del consumidor, en el ordenamiento colombiano existe una multiplicidad de reglas aplicables al contrato de compraventa según el ámbito en el que se celebre. Se encuentra una regulación en el Código Civil y en el Código de Comercio, así como en la Convención de Viena sobre contratos de compraventa internacional de mercaderías (ley 518 de 1999). Conocido es que las reglas que surgen de dichos regímenes no son armónicas, sino que entre ellos existen diferencias importantes. El Proyecto opta por consagrar las acciones tradicionales por vicios ocultos (la acción redhibitoria y la acción estimatoria), más unas garantías de buen funcionamiento (art. 747) y de calidad y cantidad (art. 748).

No hay duda sobre la importancia de suprimir la dualidad de regímenes, el punto es cómo hacerlo. La doctrina de tiempo atrás ha puesto de presente la necesidad de introducir modificaciones de fondo para renovar o modernizar la materia. En particular, se ha puesto de presente que la única alternativa no es aquella de unificar el régimen eliminando las incongruencias que presenta actualmente y conservando las acciones tradicionales, sino que también se debe considerar su eliminación en favor de una acción más amplia que permita acoger dichas situaciones partiendo de la base de que todas ellas constituyen formas de incumplimiento del contrato de compraventa⁹⁶.

94 Cárdenas Mejía J. P., “La modernización del Régimen de la Compraventa”, en Castro De Cifuentes Marcela (ed.), *Modernización de las obligaciones y los contratos, seis estudios*, Bogotá, Temis, La Universidad de los Andes, 2015.

95 Ibid.

96 Véase, entre otros, Oviedo J. y Olivares A., “La protección del comprador por defectos materiales de la cosa vendida. Desde la fragmentación a un régimen uniforme”, *Vniversitas*, Pontificia Universidad Javeriana, n.º 136, 2018; Mantilla Espinosa F. y Ternera Barrios F., “Las acciones del comprador insatisfecho en el Derecho colombiano: un problema de incertidumbre jurídica”, en Mantilla F. y Pizarro C. (coord.), *Estudios de Derecho privado en homenaje al profesor Christian Larroumet*, Bogotá, Universidad del Rosario, 2008, 299 y s.; Cárdenas Mejía J., “La modernización del régimen de la compraventa”, en Castro M. (coord.), *Modernización de las obligaciones y los contratos, Seis estudios*, Bogotá, Temis-Universidad de los Andes, 2015, 41 y s.

Además, se ha discutido si debemos aproximarnos al sistema de la Convención de Viena sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías o a los Principios Unidroit⁹⁷.

Sin tomar partido, consideramos que todas estas proposiciones doctrinales merecen una discusión más amplia. En efecto, la cuestión que se presenta no es de menor importancia, pues se trata no solamente de considerar si es conveniente romper con la tradición de las acciones edilicias, sino también hasta qué punto es oportuno adoptar un sistema propio o aproximarse al sistema de instrumentos internacionales como los mencionados. Desde esa perspectiva, reiteramos lo dicho en el sentido de considerar que –por lo menos en algunas materias– la expedición de un nuevo código civil, más allá de resolver las inconsistencias de la legislación actual, es la oportunidad para discutir las renovaciones de fondo.

En materia de riesgos, específicamente en el contrato de compraventa, el Proyecto acoge las reglas adoptadas en el Código de Comercio, según las cuales el riesgo lo asume el deudor, es decir, el vendedor (*res perit debitori*). Así las cosas, consideramos positiva la eliminación de la dualidad normativa que caracterizaba al ordenamiento jurídico colombiano en esta materia.

– **Contrato de mandato.** Con relación al contrato de mandato, resaltamos la conveniencia de haber eliminado la posibilidad de que el mandante revoque el contrato a su “arbitrio”, tal como se encuentra consagrado en el artículo 2191 del Código Civil vigente. De esta forma, se reconoce la jurisprudencia relativa al abuso del derecho en la revocación del mandato⁹⁸. Ahora bien, no es claro por qué los redactores de la reforma no acogieron la redacción del artículo 1280 del Código de Comercio, mediante el cual se regula la revocación abusiva.

– **Contratos de distribución.** Como lo mencionamos, el Proyecto innova en el ámbito del derecho de la distribución al introducir los contratos de concesión (más la concesión hotelera y la concesión de espacio público), distribución y franquicia, además de conservar los contratos de suministro y de agencia comercial ya presentes en el Código de Comercio.

97 Cárdenas Mejía J. “La modernización del régimen de la compraventa”, cit., 46: “... el creciente desarrollo de las relaciones internacionales indica que hasta donde ello sea posible debe buscarse una armonización de las reglas jurídicas siguiendo principios y conceptos que a tal propósito se han venido desarrollando por medio de instrumentos como la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional y los Principios Unidroit sobre los Contratos Comerciales Internacionales”.

98 Corte Suprema de Justicia, 6 de julio de 1955.

Con respecto al contrato de agencia comercial, la definición que trae el Proyecto pretende corregir los equívocos de la definición actual, para lo cual, aclara que el agente actúa “por cuenta del agenciado que asume los riesgos económicos y las contingencias de la operación”. Este además es un criterio útil para distinguirlo de otros contratos de intermediación.

El criterio acogido por el proyecto se muestra entonces conforme a la jurisprudencia actual. Sin embargo, se debe señalar que la posición adoptada por la Corte Suprema de Justicia está sometida a las reglas del Código de Comercio. Ahora bien, precisamente, la expedición de un nuevo código civil permitiría liberarse de los límites trazados por las reglas actuales. Aunque no hay duda de la necesidad de introducir modificaciones en el ámbito del derecho de la distribución, consideramos que, más allá de corregir los puntos problemáticos tradicionalmente destacados por la doctrina con soporte en lo dicho por la jurisprudencia, la redacción de un código debe conducirnos a realizar una reflexión más general. De lo contrario, con respecto a la agencia comercial, bastaría modificar algunos artículos del Código de Comercio.

El Proyecto, además, como ya lo dijimos, opta por la multiplicación de figuras contractuales, respecto de las cuales regula, de manera más o menos detallada, su concepto, las obligaciones de las partes y las causas de extinción. Existen, sin embargo, otras posibilidades que deben ser exploradas. Sin volver sobre el interrogante de la conveniencia de la multiplicación de categorías contractuales, debe plantearse la pregunta de si es posible la introducción de reglas comunes a todos los contratos de intermediación mercantil, independientemente de si el acreedor actúa por cuenta propia o por cuenta ajena, como lo hace el proyecto de Código Civil Europeo elaborado por un grupo dirigido por el profesor Von Bar⁹⁹.

Además, existen muchos otros aspectos discutidos en la doctrina contemporánea que no aparecen mencionadas en el Proyecto. Al respecto, el derecho comparado enseña que la regulación sobre los contratos de distribución, más allá de regular los derechos y las obligaciones de las partes, debe sobre todo establecer reglas en aquellos puntos que se consideran más álgidos con respecto a la protección del distribuidor. En particular, debe discutirse si en este campo basta la obligación de información precontractual del derecho común o si es necesario introducir una obligación precontractual específica, sea que ella sea transversal a los contratos de

99 Véase, M. Hesselink, J. Rutgers, O. Bueno Díaz, M. Scotton y M. Veldman, *Principles of European Law, Study Group on a European Civil Code, Commercial Agency, Franchise and Distribution contracts* (PEL CAFDC), Berna, Sellier European Law Publisher, Bruylant, Staempfli Publishers Ltd, 2006, 27.

distribución (p. ej., derecho francés¹⁰⁰) o particular al contrato de franquicia (derecho italiano¹⁰¹, Estados Unidos¹⁰²). Igualmente, si más allá de garantizar una cierta estabilidad del distribuidor como lo hace el Proyecto, es necesario introducir reglas enderezadas directamente a la protección de las inversiones que realiza el distribuidor. También, si es o no necesario introducir una regla particular sobre la clientela que surge por la ejecución de dichos contratos.

Sobre este último punto, es conocida la discusión con respecto a la prestación de clientela en la agencia comercial, así como la evolución vacilante de la jurisprudencia en los últimos años con respecto a su carácter imperativo o dispositivo, sin que hoy en día se tenga una respuesta clara sobre el punto. Sin dejar de lado los compromisos adquiridos por Colombia en el Tratado de Libre Comercio celebrado con Estados Unidos, debe tenerse en cuenta la tendencia de otros ordenamientos a extender la compensación de clientela, propia del agente comercial, al concesionario y al franquiciado (p. ej., derecho español, derecho alemán, derecho suizo, legislaciones estatales en Estados Unidos sobre la franquicia).

En suma, lo que pretendemos destacar es que la utilidad de una regulación de los contratos de distribución no reside tanto en las reglas supletivas relativas a su ejecución, pues en la práctica se trata de contratos generalmente elaborados por escrito con un contenido detallado, sino –y sobre todo– en las reglas que aborden puntos álgidos como los antes mencionados, respecto de los cuales debe existir una discusión sobre su inclusión teniendo en cuenta los diversos intereses –incluso contrapuestos– que están en juego.

– **Contrato de edición.** Aun cuando el contrato de edición ya se encuentra tipificado y regulado en la ley 23 de 1982, el proyecto de reforma consagra ciertos aspectos que debemos destacar. Tal como se encuentra concebido el contrato de edición, los derechos patrimoniales que se gestionaban mediante el mismo se entienden referidos únicamente a medios análogos de difusión del conocimiento. El Proyecto, de manera conveniente, ha eliminado la expresión “*mediante su impresión física*” y con ello se ha admitido la posibilidad de ampliar las formas de explotación de las obras. No obstante, no es clara la elección de los redactores relativa a eliminar algunos tipos de obras como lo es la obra científica. En adición a lo expuesto, la distribución de riesgos de este contrato, aunque en la superficie pareciera mantenerse tal como fue concebida en la ley 23, el artículo 1564 del Proyecto implica la agravación de la situación

100 L. 330-3 Código de Comercio francés.

101 Ley 129 del 6 de mayo de 2004.

102 Code of Federal Regulations, Title 16, §436.

jurídica del autor. En efecto, este ya no tendrá derecho, por presunción legal y ante la falta de pacto expreso sobre remuneración, al 20% del precio de venta de las obras, sino que dicho porcentaje será sobre los ingresos netos percibidos por el editor.

En virtud del artículo 1543 del Proyecto, las estipulaciones en virtud de las cuales el autor comprometa de modo general o indeterminadamente la producción futura o se obliga a restringir su producción intelectual o a no producir, ya no adolecerían de nulidad sino de ineficacia, lo cual consideramos oportuno dado que no se requeriría declaración judicial.

– **Contrato de licencia.** La tipificación en el Proyecto del contrato de licencia de uso de bienes inmateriales puede destacarse como positiva. En el proceso de socialización del Proyecto podrían, sin embargo, debatirse otros problemas jurídicos suscitados por este contrato en la práctica y que aún no cuentan con soluciones normativas, tales como: (i) los límites a las prerrogativas concedidas a los licenciarios; (ii) el concepto de abuso del derecho en este tipo de contratos.

– **Contrato de seguro.** La definición del contrato de seguro contenida en el Proyecto (art. 1407) recoge las características mencionadas en el artículo 1036 del Código de Comercio. Con ello, no solamente se colma un vacío de la legislación vigente, sino que también se acoge el concepto decantado por la jurisprudencia en la materia, en particular el desarrollado por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia del 24 de enero de 1994.

Observamos que existen cambios importantes en la concepción tradicional del contrato de seguro. Un ejemplo de ello es el artículo 1416 del Proyecto, el cual, al exigir la entrega de la póliza al tomador, parece introducir la solemnidad del escrito para su perfeccionamiento. En efecto, la póliza ya no tendría valor meramente probatorio, de lo cual se podrían derivar discusiones acerca del momento en el que debe entenderse perfeccionado el contrato. Todo ello tendrá implicaciones en materia probatoria y en las formas de celebración del contrato de seguro por medios digitales y electrónicos, lo cual debería permitir interpretar que la obligación de entregar el original de la póliza es predicable también de la entrega que se haga mediante mensajes de datos y demás medios magnéticos.

– **Contrato de leasing.** El Proyecto sugiere que solo sea una “*parte especializada*” la que pueda fungir como locador. No obstante, no se aclara si la parte cualificada se refiere a las entidades de financiamiento comercial, con las características y requisitos consagrados en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero. Lo anterior tendría efectos en el régimen de res-

ponsabilidad aplicable, el cual es diferente si se trata de un leasing financiero u operativo. El Proyecto tampoco resuelve la forma cómo se integraría el régimen de responsabilidad en estos contratos con las normas del Estatuto de Protección del Consumidor.

V. CONCLUSIÓN

El Proyecto de Código Civil tiene la virtud de atender el llamado que de tiempo atrás ha hecho la doctrina en cuanto a la necesidad de establecer una regulación unitaria de los contratos presentes tanto en el Código Civil como en el Código de comercio. Igualmente, de manera general, recoge, en puntos concretos, desarrollos jurisprudenciales y resuelve ambigüedades y contradicciones de la legislación actual.

En cuanto a la técnica, debe mirarse que grado de regulación deberían tener en un Código de derecho privado contratos que ya disfrutaban de desarrollo en leyes especiales, así como la pertinencia de positivizar una gran cantidad de contratos que gozan de tipicidad social, más no legal, como sucede con muchas figuras que afloran en la intermediación mercantil. Igualmente, existen contratos respecto de los cuales, más allá de una actualización, merecerían un tratamiento normativo más profundo.

Además, dado que no se trata de una reforma, sino de un proceso de (re)codificación, que tiene necesariamente una vocación de perduración, consideramos que constituye una oportunidad única para discutir cómo debería realizarse la adaptación de los regímenes contractuales a unas nuevas realidades sociales, económicas y tecnológicas del primer cuarto del siglo XXI, muy diferentes a las existentes en el siglo XIX e incluso a las existentes para el momento en que se actualizó el Código de comercio mediante el decreto 470 de 1971.

9. RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL

**El proyecto es ambiguo y establece un régimen desarticulado
de la responsabilidad civil extracontractual**

Responsable:

María Cecilia M'Causland

Coordinador:

Luis Carlos Sánchez

Profesores participantes:

Aída Patricia Hernández

Carlos Alberto Mantilla Namén

Héctor Eduardo Patiño

Diana Carolina Rivera

Natalia Rueda

Alexandra Torres

Alexander Vargas

I. PERTINENCIA Y ASPECTOS GENERALES DE LA REFORMA

Nuestro Código civil, redactado por don Andrés Bello para Chile y que fue definitivamente adoptado en Colombia en 1887, constituye una ley civil que ha logrado sobrevivir a los abrumadores cambios sociales, económicos y tecnológicos que nuestra sociedad ha vivido en el último siglo, lo cual no habría sido posible sin la intervención clarificadora y progresiva de la jurisprudencia civil, cuyas decisiones han permitido renovar las reglas del código y, de esta manera, responder a las necesidades propias de cada momento histórico.

No cabe duda de que, en el ámbito de la responsabilidad civil extracontractual, el rol de la jurisprudencia ha sido particularmente importante. Basta señalar, como ejemplos de ello, la interpretación amplia de la noción de daño contenida en el art. 2341 C.C., para construir la categoría de daño extrapatrimonial y proponer respecto de él una serie de subcategorías para garantizar la reparación integral de las víctimas (desde el año moral hasta el daño a la vida de relación y a los derechos fundamentales); el desarrollo preciso de los conceptos de causalidad y de causas extrañas, con fundamento en aquella y otras disposiciones, como los artículos 64 y 2357 del C.C., y la consolidación de un régimen de responsabilidad por actividades peligrosas a partir de una audaz interpretación, no exenta de críticas, del art. 2356 C.C.

Lo anterior no obsta para considerar deseable una reforma del régimen de la responsabilidad extracontractual de nuestro Código Civil, pues no cabe duda de que, en algunos aspectos, sus normas resultan insuficientes y requieren de esfuerzos hermenéuticos extraordinarios. En ese sentido, se considera que la modificación de una materia con la envergadura e importancia que tiene este sistema de responsabilidad debería, cuanto menos, tener las siguientes características:

a) No solo debe responder a las necesidades actuales de la sociedad, sino que debe tratar de prever soluciones para situaciones problemáticas originadas por cambios que se avecinan, tanto en el ámbito social y económico, como en el campo científico y tecnológico.

b) Debe guardar coherencia con el desarrollo jurisprudencial que le antecede, que, como se ha advertido, en esta materia ha sido trascendental. Ello no implica, de manera necesaria, codificar tales desarrollos íntegramente, pero sí tener en cuenta sus importantes contribuciones, que, en muchos casos, son producto de una evolución que ha tomado décadas y da cuenta de un valioso proceso de perfeccionamiento en pro de la construcción de soluciones adaptadas a la sociedad colombiana. Estas contribuciones hacen parte de nuestro derecho civil, de modo que su injustificado abandono podría suponer rupturas e incoherencias sistemáticas indeseables, con riesgos para la seguridad jurídica.

c) Requiere de una particular atención en el empleo del lenguaje, así como en la configuración de los conceptos y las reglas, con el fin de que su disciplina resulte coherente, sistemática, inteligible y, sobre todo, de fácil y adecuada aplicación. Debe tenerse en cuenta que el trasfondo dogmático de la responsabilidad civil, como el de todo el derecho civil, es profundamente refinado, erudito, técnico y complejo, pues su proceso constructivo es milenario.

d) Debe cuidarse de no petrificar en reglas legales aspectos relativos a instituciones que, por su misma naturaleza, son dinámicas y cambiantes, a medida que la sociedad se transforma. En relación con tales aspectos, la reforma debería establecer tan solo un marco normativo en el que se establezcan los principios y las reglas generales que deban regir la responsabilidad civil, de manera que los jueces y, en particular, las altas cortes, puedan realizar, sin limitaciones innecesarias, su tarea de desarrollar la materia con el dinamismo que le es propio.

Sobre estas bases se formulan, a continuación, algunos comentarios generales sobre la disciplina de la responsabilidad extracontractual contenida en el proyecto de reforma, no sin antes advertir que la ausencia de actas de la discusión adelantada por la comisión redactora plantea una dificultad muy importante, pues, lejos de favorecer un recto entendimiento de las normas del proyecto, lo entorpece. Por un lado, frente a la ambigüedad o vaguedad de algunas disposiciones, el intérprete no tiene cómo averiguar la intención del legislador; por otro, resulta imposible considerar las razones que justificaron determinadas elecciones jurídicas.

II. COMENTARIOS GENERALES SOBRE LA REGULACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL EN EL PROYECTO DE CÓDIGO CIVIL

A. *Comentarios generales previos*

El Capítulo II titulado *De los hechos ilícitos* se integra al Título II atinente a las *Fuentes de las obligaciones*, que forma parte del Libro III relativo a *Las Obligaciones*. En dicho capítulo se incluyen normas referidas a la responsabilidad extracontractual.

En cuanto a la ubicación estructural o sistemática de las disposiciones que regulan la responsabilidad civil extracontractual en el proyecto, es de resaltar que el hecho de abordar el tema de las obligaciones a partir de las nociones generales y, acto seguido, tratar sus fuentes de manera separada (contratos y declaraciones de voluntad, hechos ilícitos y enriquecimiento sin causa) y disciplinar en un libro diferente los diversos tipos contractuales, da cuenta de una adecuada organización. Pueden hacerse, sin embargo, dos observaciones iniciales:

a) Si bien se mantiene la clasificación de la responsabilidad según su fuente, en el Título IV del mismo libro se establecen las **Reglas Comunes a la responsabilidad contractual y extracontractual**. **No es claro, en ese sentido, si se pretende hacer una unificación, en**

algunos aspectos, de estas dos formas de responsabilidad. Por una parte, como se verá, estas *reglas comunes* carecen de la sistematicidad y claridad necesarias; por otra, la ausencia de actas de trabajo de la comisión redactora no permite esclarecer si, durante la elaboración del proyecto, se dio o no el debate relativo a dicha unificación. Este debate, por lo demás, sería oportuno, dado que la regulación separada de la responsabilidad según su fuente ha sido fuertemente criticada y las tendencias más modernas abogan por una única responsabilidad basada en la idea de daño¹⁰³.

b) **Es ambigua y, en ese sentido, inadecuada la categoría “hechos ilícitos”**, propia del derecho penal y no del derecho civil, para denotar la fuente de la responsabilidad civil extracontractual. En la época de redacción del código de Andrés Bello esta cuestión no había sido suficientemente decantada, pues dicha responsabilidad se fundaba esencialmente en la culpa; sin embargo, en la actualidad, cuando se ha ampliado de manera significativa el ámbito de la responsabilidad objetiva, el concepto de *hecho ilícito* –que es, per se, ambivalente y polisémico– genera dificultades. En ese sentido, parece inadecuada, también, la inclusión de este concepto en el art. 434 del proyecto, en el que se establecen las fuentes de las obligaciones y se hace alusión, entre ellas, a los *hechos ilícitos dolosos y culposos, y [...] no culposos*. Resulta mucho más clara la norma actual (art. 1494 C.C.), en cuanto se refiere al *hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona*.

B. Comentarios sobre las Reglas generales de la responsabilidad civil extracontractual (arts. 533–343)

En cuanto a la **pertinencia y coherencia de los aspectos regulados en la parte relativa a las Reglas Generales**, se observa:

a) **La redacción de las normas del capítulo es poco precisa**, lo cual se aprecia desde el mismo art. 533, que contiene una regla confusa, en cuanto alude al “acto” y a la “negligencia o descuido”. Este artículo, además, no parece armónico con los artículos 41 y 42 del proyecto. También en otros artículos se usa una redacción poco cuidadosa, que debe revisarse para que

103 La discusión acerca de la regulación unitaria o separada de la responsabilidad civil –contractual y extracontractual– se ha suscitado tanto a nivel doctrinal como normativo en los ordenamientos jurídicos latinoamericanos, que han afrontado, en las últimas décadas, la reforma de sus leyes civiles. Así, códigos como el de Perú de 1984 y el de Brasil de 2002 han optado por mantener los regímenes separados, mientras que el más reciente Código Civil y Comercial de la Nación argentino optó por unificar la disciplina de la responsabilidad. Nuestra jurisprudencia civil, además, no ha sido extraña a esa discusión. Véase, por ejemplo, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 10 de marzo de 2020, radicación 18001310300120100005301.

no se dificulte la labor del intérprete; puede mencionarse, por ejemplo, el artículo 543, de cuyo texto –que no hace referencia expresa al daño propio– podría deducirse la idea absurda de que, cuando alguien no adopta, de buena fe, medidas razonables para evitar un daño a otro, se verá reducida equitativamente la indemnización que corresponde a la víctima.

b) En este mismo artículo 533 se enuncian de manera taxativa las normas que regulan **régimenes de responsabilidad distintos del de culpa probada**, lo que parece desafortunado y, en todo caso, supone una elección que debe partir, entre otras cosas, de una importante discusión sobre el carácter excepcional o alternativo de la responsabilidad sin culpa; **la ausencia de actas, de nuevo, impide verificar si ella fue abordada**. Adicionalmente, **se alude a la “indemnización”, con lo cual se desconoce que ella constituye apenas una de las formas de reparación**. Esta imprecisión se repite en el artículo 588, que se refiere a la “indemnización” [sic] simbólica.

c) Las disposiciones que contiene el capítulo tratan temáticas disímiles (abuso del derecho, la buena fe, solidaridad, pluralidad de actividades y causalidad, responsabilidad de las personas con discapacidad, hecho de la víctima, legítima defensa, estado de necesidad y equidad), **sin que su ordenación guarde coherencia y sistematicidad, por lo cual resultan desarticuladas**. En ese sentido, este capítulo tendría que estructurarse de manera organizada y, por su fin, debería abarcar los aspectos principales de la materia, tal vez referidos a los aspectos generales de los elementos estructurales de la responsabilidad –daño, causalidad y fundamentos de la responsabilidad–, sin hacer regulaciones específicas de aspectos detallados, como las contenidas en los artículos 538 y 539, cuya inclusión parece más pertinente, en su orden, en el numeral 2 del Capítulo II del mismo título II, sobre responsabilidad por el hecho ajeno, y en el título IV relativo a las reglas comunes a la responsabilidad por los hechos ilícitos e inexecución de las obligaciones. El artículo 534, además, tendría que armonizarse con lo dispuesto en los artículos 38, 39, 268, 270 y 273–278, y el artículo 539 con el artículo 40.

d) **Algunas disposiciones de este capítulo son antitécnicas**, a la luz de los desarrollos actuales de la materia, como el artículo 535, que se refiere a quien “*ha causado directamente*” el daño, **y otras introducen elementos sancionatorios extraños a la responsabilidad civil**, como el artículo 535, que hace responsable a quien, a sabiendas, se aprovecha del daño causado por otro, esto es, a quien no es autor del daño, y el artículo 537, en cuanto resuelve la solidaridad entre los varios autores de un mismo daño en función de su culpa y no de la injerencia causal de sus conductas.

e) **La regulación de la responsabilidad civil por los daños causados por las personas con discapacidad es contraria a la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad y a la Ley 1996 de 2019.** El proyecto retoma el modelo anterior a la ley y, por ende, a la Convención, por lo cual parece valorar la capacidad aquiliana a partir del criterio de imputabilidad del derecho penal, usando la discapacidad como factor de discriminación proscrito por el bloque de constitucionalidad.

f) La previsión de figuras como la **legítima defensa y el estado de necesidad resulta desafortunada.** Por una parte, su regulación en el ámbito de la responsabilidad civil ha sido objeto de no pocos debates en la doctrina y la jurisprudencia, de cuya consideración por la comisión redactora –junto con otras causales de justificación no contempladas en el proyecto, como el ejercicio legítimo de un derecho o el consentimiento de la víctima– es imposible tener conocimiento. Por otra, en cualquier caso, es desafortunado el tratamiento indistinto que se le da a las dos figuras, cuyas particularidades tienen injerencia definitiva para su consideración como eximentes de responsabilidad y para la eventual intervención de la equidad judicial en relación con la reparación del daño.

g) **El capítulo no se refiere a la responsabilidad civil por daños intrafamiliares.** Si bien ella no constituye una forma de responsabilidad autónoma, no se puede desconocer que su consideración expresa comporta una serie de retos que el ordenamiento jurídico colombiano no ha afrontado, y las experiencias de derecho extranjero han demostrado la utilidad de contar con una previsión al respecto.

C. Comentarios sobre la disciplina de la responsabilidad de las personas jurídicas y de la responsabilidad por el hecho ajeno (arts. 171, 544–548, 555)

Sobre esta disciplina se observa lo siguiente:

a) En lo relativo a la **responsabilidad de la persona jurídica**, el proyecto, en sus normas generales, hace una remisión a la legislación mercantil “*para todos los efectos*” relacionados con las sociedades civiles y comerciales (art. 171). La expresión “*para todos los efectos*” implicaría entonces que a estas sociedades, en cualquiera de sus modalidades, no les resulta aplicable disposición alguna de las previstas en el proyecto en materia de responsabilidad civil extracontractual. De ser este el entendimiento, **resultaría inadecuada la regulación, porque la legislación mercantil no se ocupa de dicha materia.** En cualquier caso, la previsión da cuenta

de la **incoherencia del proyecto**, en tanto este incorpora diversas disposiciones relacionadas con esa modalidad de personas jurídicas, no solo en cuanto a su régimen, sus requisitos de constitución y reglas básicas para su funcionamiento, sino incluso en cuanto a su responsabilidad (art. 170).

Sobre la concepción misma de la responsabilidad extracontractual de las personas jurídicas, el artículo 170 mencionado **parece consagrar la tesis organicista, desechada por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia desde 1962**, cuando se afirmó que dicha responsabilidad es siempre directa, y la regulación de esta materia incluida en el numeral 2 del Capítulo II, referido a la responsabilidad por el hecho ajeno, solo refuerza la confusión, al establecer reglas sobre la responsabilidad de las entidades hospitalarias o similares (art. 547). Por su parte, el art. 555 bien podría ser interpretado como una regla de responsabilidad directa.

b) En lo relacionado con el régimen de **responsabilidad por el hecho ajeno, la regulación de los artículos 544 a 548 del proyecto es incompleta, desactualizada incluso preconstitucional**; además, no incorpora los desarrollos jurisprudenciales y legales recientes. Esto puede obedecer al hecho de que, en realidad, en esta materia, como en casi todas las que tienen que ver con la responsabilidad extracontractual, el proyecto reproduce las respectivas disposiciones del entonces Proyecto de Reforma al Código Civil formulado en el año 1983¹⁰⁴. En ese sentido, se hacen los siguientes comentarios generales:

- Se eliminan premisas básicas para la aplicación de la responsabilidad por el hecho ajeno (art. 544), establecidas hoy por el inciso primero del artículo 2347 C.C., de modo que pasaría de ser concebida como un régimen general a quedar limitada a algunos supuestos específicos. Si bien se extiende el régimen indicado para la responsabilidad de padres y guardadores (art. 544) a otros supuestos en los cuales una persona se encargue del cuidado de otra (art. 545), ello se hace de manera antitécnica, pues se pretende regular un supuesto general a partir de la regulación de uno específico. Por ello, tampoco es clara la articulación del art. 544 con el art. 546, que pretende regular la responsabilidad por delegación de funciones, limitada al caso en que el delegatario sea una persona natural, no dedicada profesional o empresarialmente al desarrollo de la función delegada.
- Se prevé una regla de responsabilidad solidaria entre padres y guardadores que resulta inadecuada, porque la vigilancia de los hijos, su crianza y educación no se ejercen con-

104 Cfr. Superintendencia de Notariado y Registro. *Proyecto de Código Civil*, 143.

juntamente por aquellos y estos. La guarda es una institución jurídica genérica que puede presentar modalidades y no es claro a cuál de esas se refiere la disposición; según la normativa vigente, la curaduría es la medida de protección por la cual se asigna a una persona el cuidado personal de los impúberes y de los menores adultos no sometidos a patria potestad (Ley 1306/09, artículos 53, 54). Por otra parte, las disposiciones sobre la responsabilidad de los padres integran supuestos tan distintos como el de la responsabilidad de los padres imputable a falta de vigilancia y la que corresponde a mala educación o hábitos viciosos que les han dejado adquirir.

- Como se ha observado, la regulación (art. 538) desconoce la presunción de capacidad establecida por el artículo 60 de la Ley 1996 de 2019 que modificó el artículo 2346 del Código Civil, al excluir a los “*dementes*” de los sujetos incapaces de cometer delito o culpa.
- En relación con la responsabilidad de los padres, es conocido el debate abordado en la jurisprudencia y la doctrina con respecto a su posible objetivación; el proyecto, sin embargo, mantiene la redacción del artículo 2347 C.C. sobre la cesación de responsabilidad ante la imposibilidad de evitar la ocurrencia del hecho.
- El proyecto mantiene el derecho a reembolso o recobro a favor del responsable indirecto, condicionando tal posibilidad a la prueba de la culpa del causante directo del daño. En ese sentido, no se resuelve la incongruencia –puesta de presente por la doctrina y la jurisprudencia– que genera la figura en un régimen en el que el civilmente responsable no es por completo ajeno a la producción del daño.
- Al incluirse una regla específica en materia de responsabilidad civil a cargo de entidades hospitalarias o similares (art. 547), parece plantearse un supuesto de responsabilidad indirecta de ciertas personas jurídicas, lo que, a más de la dificultad de interpretación que supone la inclusión de la expresión “o similares”, supone modificar, sin fundamento, la arraigada concepción de nuestro sistema jurídico conforme a la cual las personas jurídicas responden siempre en forma directa. Por lo demás, se da a dicha responsabilidad carácter objetivo, lo que daría cuenta de una modificación que ameritaría una discusión profunda, en tanto implica un replanteamiento general de la concepción actual sobre la materia. Este replanteamiento, en todo caso, parece incoherente no solo con la normativa especial del sector salud sino con los desarrollos de jurisprudencia civil fundada en ella.

D. Comentarios sobre la disciplina de la responsabilidad por daños producidos por animales, por las cosas inanimadas y por las actividades peligrosas (arts. 549 a 554)

Respecto de esta disciplina se observa lo siguiente:

a) En lo relacionado con la **responsabilidad por el hecho de los animales, el proyecto abandona la distinción prevista en nuestro código civil entre el régimen de la responsabilidad por el daño causado por un animal no fiero y el de la derivada del daño causado por un animal fiero (art. 549)**. Las reglas vigentes establecen, para el primer caso, un régimen de responsabilidad subjetivo con presunción de culpa y, para segundo, un régimen objetivo.

Si bien algunos ordenamientos viejos –como el *Code Civil* (art. 1243 de la numeración actual)– y recientes –como el Código Civil y Comercial de la Nación Argentina (art. 1759)– regulan la responsabilidad por el hecho de los animales, de manera general y sin distinciones, en el caso colombiano valdría la pena preguntarse por la justificación del régimen diferencial, que podría encontrarse en la naturaleza peligrosa del animal fiero, esto es, en la creación de un riesgo extraordinario. La regulación vigente, además, se acompasa con las más recientes reglas del Código Nacional de Seguridad y Convivencia Ciudadana (arts. 126 ss. de la Ley 1801 de 2016), en las cuales se establece un régimen objetivo de responsabilidad únicamente para los daños ocasionados por un “*canino potencialmente peligroso*”¹⁰⁵. Se observa también que el proyecto se refiere a los animales domésticos y fieros, dejando por fuera aquellos que, siendo salvajes, no son fieros.

b) En cuanto a la **responsabilidad por la guarda de una cosa inanimada que causa un daño, las dificultades son mayores**. En primer lugar, vale la pena cuestionarse acerca de la utilidad de la expresión “*inanimadas*”. Las cosas inanimadas lo son en cuanto se contraponen a las semovientes –principalmente los animales–, distinción vigente en nuestro código actual (art. 655), aunque matizada por el párrafo introducido por la ley 1774 de 2016 que reconoce los animales como “*seres sintientes*”. No obstante, el mismo proyecto, en su art. 197, no distingue entre cosas semovientes e inanimadas, pues define de manera unitaria las cosas muebles

105 Cfr. Sánchez Hernández, Luis C., *La responsabilidad civil extracontractual sin culpa. La tutela de la seguridad de los transeúntes en el derecho romano y la moderna responsabilidad por actividades peligrosas*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2019, 487 ss.

y reconoce, en consonancia con la legislación actual, la calidad de “seres sintientes” de los animales.

En segundo lugar, y esta es, tal vez, la observación más relevante, se advierte que el proyecto **no contempla una regla general destinada a establecer un régimen aplicable a la responsabilidad por el hecho de las cosas, cuya inclusión en el Código Civil, que se ha echado de menos por la jurisprudencia desde los años 30 del s. XX**, resulta hoy aún más necesaria; basta pensar en los retos que plantean para la responsabilidad civil el uso de máquinas completamente automatizadas, el desarrollo de la robótica y la inteligencia artificial.

El proyecto se limita a recoger dos supuestos concretos de responsabilidad vigentes en nuestro actual código, referidos a la responsabilidad por el daño derivado de ruina de edificios y de la cosa que cae o se arroja de la parte superior de un edificio, y modifica el régimen hoy previsto para el primero, que se tornaría objetivo. Aunque esto último parece adecuado, respecto de estos supuestos podría no ser coherente el título del numeral referido a la responsabilidad “*por la guarda de cosas [...]*”, pues no parece ser ella la razón que justifica la imputación de la responsabilidad, en la medida en que son la propiedad del edificio, en el primer caso, y la posición de facto respecto del inmueble (proveniente de posiciones jurídicas disímiles, como las de propietario, poseedor, tenedor, etc.), en el segundo, los elementos normativos que permiten atribuir la obligación de reparar. Lo anterior al margen de la interesante discusión planteada por la doctrina acerca de si el artículo 2355 del C.C. regula un auténtico supuesto de responsabilidad por el hecho de las cosas¹⁰⁶.

Sobre el mismo punto, debe observarse que el proyecto prevé la aplicación extensiva de las reglas de los dos supuestos antes mencionados a otros referidos a daños causados por “*construcciones, por árboles o postes mal puestos o por mala colocación o falta de seguridad de las cosas inanimadas de que una persona se sirva*” (art. 552). No es claro, sin embargo, cuál es el régimen de responsabilidad que operaría en estos casos, puesto que la misma norma se refiere al error en el arraigo o en la colocación y a la falta de seguridad de dichas cosas, lo que supone considerar el carácter culposo del comportamiento. Tampoco es claro cuál es el criterio de imputación que operaría, puesto que los indicados en las dos normas previas no resultarían apropiados en todos los eventos regulados en el art. 552.

106 Sobre este supuesto de responsabilidad en el derecho civil colombiano, véase *Ibid.*, 469 ss.

c) En lo relativo a los **daños causados por actividades peligrosas**, es loable que el proyecto resuelva la cuestión de la naturaleza del régimen de responsabilidad –la cual ha suscitado vivos debates jurisprudenciales y doctrinales–, definiendo expresamente su **carácter objetivo**. Sin embargo, varias observaciones pueden hacerse sobre otros aspectos de la regulación:

- No se resuelve el problema de la imputación, puesto que nada se regula respecto de los llamados a asumir esta responsabilidad.
- Se limitan de manera injustificada las causales de exoneración, puesto que el art. 553 solo alude a hechos dolosos de la víctima y de un tercero, este cuando “no depende de la actividad”, y a la fuerza mayor. Así, al margen de la oscuridad que introduce la expresión citada literalmente, se desconoce la amplia y reiterada jurisprudencia nacional según la cual, en estos eventos, obran como causas extrañas la fuerza mayor y el hecho (doloso, culposo o lícito) de la víctima o del tercero, siempre que constituyan causas adecuadas del daño, en la medida en que todos ellos rompen el nexo causal y descartan, entonces, la autoría.
- Se propone una definición de actividad peligrosa (art. 554) que, por un lado, resulta ambigua y no se acompasa con los criterios adoptados por nuestra jurisprudencia civil, y por otro lado, es innecesaria y aun inconveniente, pues se trata de una noción dinámica cuyo significado está determinado por el desarrollo de las relaciones socioeconómicas, lo que hace aconsejable dejar en libertad al juez para precisar su contenido, como lo han hecho otros ordenamientos¹⁰⁷.

E. Comentarios acerca de las reglas comunes a la responsabilidad por hechos ilícitos e inejecución de las obligaciones (arts. 588 a 602)

Al respecto, se observa:

a) A pesar del nombre que se da al Título IV del Libro III, los capítulos que lo conforman incluyen normas que no resultan necesariamente aplicables a tanto a la responsabilidad extracontractual como a la contractual. En ese sentido, algunas (arts. 598–600) contienen regula-

107 Si bien los códigos civiles más recientes han contemplado una regulación específica para las actividades peligrosas, ninguno de ellos ha introducido en su regulación una definición de estas actividades, lo que evidencia una tendencia en el derecho comparado a delegar esta tarea a la jurisprudencia y a la doctrina; este es el caso del Código Civil italiano de 1942, del Código Civil peruano de 1984, del Código Civil brasileño de 2002 y del Código Civil y Comercial de la Nación argentino de 2014.

ciones típicas de la responsabilidad contractual y otras parecen inadecuadas para los eventos propios de esta. Se reitera, además, lo expresado antes respecto de la falta de claridad del proyecto frente a la discusión –hoy insoslayable– que plantea **la eventual unificación** (total o parcial) **de la regulación de la responsabilidad contractual y extracontractual**.

b) En cuanto al Capítulo I, relativo a la reparación del daño, se advierte que, en principio, se unifica la aplicación de la reparación integral a las dos formas de la responsabilidad (art. 588), lo que se acompañaría con los desarrollos de la jurisprudencia civil, que ha ignorado, en múltiples ocasiones, la disposición hoy contenida en el art. 1616 del C.C. Este artículo 588, sin embargo, no parece armónico con lo dispuesto en el artículo 580 del proyecto, referido a la reparación de perjuicios derivados del incumplimiento contractual. Por lo demás, como se ha observado, alude a la “indemnización” simbólica, con lo cual se genera ambigüedad, dado que la indemnización corresponde a la reparación dineraria y se distingue de otras formas de “reparación”, que pueden ser simbólicas.

Se introduce, además, una regla que posibilita el recurso **al criterio del beneficio** obtenido por el responsable del daño como parámetro para establecer la cuantía de la indemnización (art. 590). Esta regla, que contradice el mencionado principio de reparación integral, se aparta de la comúnmente aceptada en el sistema colombiano según la cual, por estar fundada la responsabilidad civil, esencialmente, en la noción de justicia correctiva, la reparación debe ajustarse al daño experimentado por la víctima.

Más interesante resulta, en cambio, la excepción regulada a en el artículo 595, que autoriza al juez para reducir la reparación cuando su valor íntegro comporte una carga opresiva para el demandado; se acoge, de esta manera, el criterio de justicia que justifica, en casos extraordinarios, la corrección del principio de reparación integral¹⁰⁸, adoptado en otras legislaciones¹⁰⁹ y en los Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil¹¹⁰. Debe observarse, sin embargo, que no resulta clara la referencia que hace el inciso segundo del artículo 595 a la consideración que debe hacer el juez, en estos casos, de “la magnitud del daño”, y que la apli-

108 Véase, al respecto, M’Causland, M-C., *Equidad judicial y responsabilidad extracontractual*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2019, 402 ss.

109 En ese sentido, pueden revisarse, por ejemplo, los artículos 44 del Código Civil Suizo de las Obligaciones, 2047 del Código Civil italiano, 494 del Código Civil portugués, 1742 del Código Civil y Comercial de la Nación argentino, 944 y 928 del Código Civil brasileño y 1916 del Código Civil mexicano.

110 Véase el artículo 10:401.

cación de esta excepción solo parece adecuada en los eventos de responsabilidad extracontractual, so pena de que la fuerza obligatoria del contrato resulte injustificadamente afectada.

Por otra parte, se establece, expresamente, que el daño que supone la pérdida de beneficios de fuente ilícita no es objeto de reparación, lo que se ajusta al entendimiento de la jurisprudencia de la noción de daño reparable.

Al lado de la carga de la prueba del daño, que se asigna en forma correcta al demandante, se prevé la posibilidad de recurrir a la equidad judicial para fijar su cuantía cuando la prueba de su “*importe exacto resulte demasiado difícil o costosa*”. La disposición parece justificada a la luz de los artículos 230 constitucional y 16 de la Ley 446 de 1998, pero deja por fuera el evento más claro en el que debe obrar dicho criterio auxiliar, conforme lo ha reconocido la jurisprudencia nacional, esto es, aquel en el que la prueba de la cuantía resulta imposible, como ocurre siempre respecto de los perjuicios inmateriales y, en casos extraordinarios, respecto del perjuicio material¹¹¹

Adicionalmente, en este capítulo se establecen algunos criterios y subreglas detalladas para la **reparación de los perjuicios materiales**, lo que es innecesario y claramente inconveniente, pues se trata de un asunto que debe ser resuelto por el juez de acuerdo con las pruebas aportadas en cada caso concreto por la parte demandante (atendiendo a sus cargas procesales) o decretadas oficiosamente por el juez, precisamente, con el fin de garantizar el principio de reparación integral. La redacción de las normas respectivas, por lo demás, es confusa.

Si bien es deseable que el Código Civil reconozca el carácter reparable del **perjuicio extrapatrimonial o inmaterial**, la definición de sus categorías debería ser definida por la jurisprudencia. Al respecto, **es sorprendente que el proyecto no se refiera, de manera general, a dicho perjuicio, sino al moral, con lo cual se desconocen los importantes desarrollos de la jurisprudencia civil** de los últimos años en relación con la configuración de otras nociones distintas de esta que integran aquel¹¹².

111 Véase M'Causland, M.C. *Equidad judicial y responsabilidad extracontractual*, cit., 393 ss.

112 Esto puede obedecer al hecho de que, también en esta materia, el proyecto reproduce casi íntegramente las disposiciones del entonces Proyecto de Reforma al Código Civil formulado en el año 1983. Cfr. Superintendencia de Notariado y Registro. *Proyecto de Código Civil*, 143.

Se regula, además, de manera innecesaria, la reparación de los perjuicios derivados de la lesión del honor, la libertad y otros bienes jurídicos constitucionales, y del perjuicio moral, estableciendo limitaciones injustificadas que, de nuevo, van en contravía del principio de reparación integral y de los desarrollos de la jurisprudencia civil. El punto, en todo caso, tendría armonizarse con la regulación contenida en los artículos 37 y 48 del proyecto, referidos a la indemnización de los daños derivados, en su orden, de la lesión de derechos extrapatrimoniales y de los derechos de la personalidad, los cuales, en cuanto se refieren a aspectos propios de la responsabilidad civil, parecen mal ubicados. Una observación similar puede hacerse respecto de los artículos 194 –referido a los perjuicios causados a un grupo– y 268 –sobre los perjuicios “concretos o difusos causados en razón de una explotación” sin interés para el propietario o para el bienestar social. Los conceptos de perjuicios concretos y difusos merecerían, además, ser precisados.

Una observación adicional parece necesaria, en lo que toca con la mención, en el Título III, Capítulo III, del perjuicio consistente en la “*pérdida de la oportunidad*” (art. 580) derivada del incumplimiento de obligaciones. **La referencia aislada que allí se hace a este tipo de perjuicio, a más de resultar incoherente con lo regulado en el Título IV que se comenta, donde no hay mención alguna de él,** parece, en todo caso, inconveniente, pues sobre su reconocimiento y, en particular, sobre su contenido, su alcance y los criterios que orientan su reparación no existe una postura suficientemente decantada por la jurisprudencia y la doctrina civiles de nuestro país.

c) En el Capítulo II, denominado “*Causales eximentes de responsabilidad*”, se establecen las causales de exclusión o limitación de la responsabilidad. Se observa, por una parte, que no se hacen distinciones respecto de la eventual procedencia de la exoneración parcial, lo que parece necesario respecto del hecho de tercero, para asegurar la coherencia de la norma con el artículo 537 del mismo proyecto, que establece la responsabilidad solidaria de los varios responsables del un daño. Además, no se hace referencia alguna a los eventos de asunción de riesgos, que, como lo ha reconocido la jurisprudencia civil, puede dar lugar a la exclusión de la obligación de reparar, cumplidos ciertos requisitos.

Respecto de la **fuerza mayor o caso fortuito**, su definición parece imprecisa (art. 597). En primer lugar, aunque es adecuado considerar como tales los hechos previsibles pero irresistibles, por una parte, se sigue aludiendo al hecho “imprevisto”, en vez del hecho “imprevisible», lo que no parece preciso, y por otra, se regula sin claridad suficiente la referencia a que el hecho “está por fuera de la esfera de control”. Además, de manera antitécnica, se ofrecen

ejemplos similares a los contenidos en el artículo 64 del C.C., que no necesariamente corresponden a situaciones de fuerza mayor o caso fortuito, como lo ha advertido la jurisprudencia, y se incluye, como especie de estos, el “*acto de un tercero*”, lo que le resta autonomía a esta causal de exoneración de la responsabilidad y, por ello, resulta incoherente con la norma previa (art. 596).

d) Las dos normas que integran el Capítulo III, denominado “*Pactos de exoneración o limitación de responsabilidad*”, se encuentran en un orden inadecuado, en tanto el artículo 602 debería presentarse primero que el 601, en cuanto establece una limitación general. En ese sentido, no parece justificada, además, la limitación que se establece en este último respecto de la prohibición de los pactos de exoneración o limitación de la responsabilidad derivada de un hecho doloso o gravemente culposo, pues debería referirse solo a conductas futuras, como se deduce hoy del artículo 1522 del C.C.

10. SUCESIONES

El régimen sucesoral propuesto es anacrónico y genera confusiones

Responsable:
Fernando Alarcón

Coordinador:
Néstor Charrupí

I. COMENTARIOS PRELIMINARES

El proyecto de Reforma al Código Civil propuesto por la Universidad Nacional, inspirado y con una notoria influencia de la doctrina pandectística alemana, tiene como finalidad la actualización del compendio civil vigente, no obstante este loable propósito, algunas de sus disposiciones no están plenamente armonizadas con miras al cumplimiento de dicho objetivo. Tal es el caso del régimen sucesoral propuesto, habida cuenta que incorpora algunas modificaciones a ciertas instituciones jurídicas, que **en la práctica se traducen en un retroceso a los logros alcanzados** en la evolución legislativa de aquellas, toda vez que en el fondo no se da respuesta a las problemáticas sociales actuales.

Don Andrés Bello, creador del Código Civil Chileno que fue acogido posteriormente por una gran cantidad de países latinoamericanos, no sólo fue un gran jurista, sino que también fue reconocido por ser un gran filósofo, poeta, educador, político, filólogo y diplomático de la época, gran conocedor de la tradición inglesa –toda vez que residió allí durante algunos años–, periodo en el que desarrolló ideas propias, originales y auténticas sobre el conocimiento humano, pensamiento que se ve genuinamente vertido en el Código Civil por él redactado.

En esa medida, se puede afirmar que la obra de Bello es un código enriquecido desde el punto de vista interdisciplinario, ya que no sólo trata aspectos netamente jurídicos, sino que tiene vertientes relacionadas con la historia, la geografía, las matemáticas, entre otras disciplinas y ciencias del conocimiento. Además, la obra de Bello se destaca por estar redactada de manera simple y clara con la finalidad de hacer posible que las personas que no se dedican al estudio de las leyes puedan acceder al conocimiento del derecho.

Es por el trabajo que realizó Andrés Bello que su obra es única, porque en él hay una originalidad muy marcada, que le da incluso una significación o un sello característico a los estatutos civiles latinoamericanos, que los diferencian de los códigos civiles europeos. Por lo que se ha convertido en una impronta supranacional, en el sentido que es posible afirmar que no se está frente al Código Civil venezolano, chileno, colombiano, etc., sino que se está frente a un Código Civil genuinamente latinoamericano.

De la atenta lectura del proyecto objeto de este breve análisis, se entiende que el principal argumento para hacer una reforma sustancial al Código Civil consiste en que aquél es un texto de antaño, sin entrar a dar una justificación detallada y completa por el cual es necesario hacer ese cambio más allá del paso del tiempo, incurriendo así en una falacia *ad novitatem*. Consideramos que si bien el Código Civil vigente es de hace varios años, es una obra que ha venido siendo actualizada con cierta regularidad tanto por leyes que lo han reformado constantemente, como por conspicua jurisprudencia civil y constitucional –que han tenido una labor importante en este sentido–; es por ello que aunque en efecto es una codificación que tiene más de ciento veinte años, con la labor legislativa y judicial se ha venido modernizando, con el fin de dar respuesta a los diferentes desafíos propios del mundo actual.

Teniendo en cuenta lo anterior, en el presente escrito se desarrollarán las críticas que desde la academia buscan enriquecer el debate acerca de la conveniencia de una reforma al Código Civil, siempre dentro de los límites del respeto y admiración a los docentes, académicos y doctrinantes que con esfuerzo y dedicación presentan a la comunidad jurídica y a la ciudadanía en general una codificación de tal índole. Para este fin, del texto promovido por la Universidad Nacional se considerarán los puntos que tienen relación con el derecho de sucesiones, para exponer la conveniencia de su tratamiento en la forma propuesta, y si de esta pueden resultar graves afectaciones.

II. UBICACIÓN Y REDACCIÓN DEL TEXTO QUE REGULA EL DERECHO DE SUCESIONES

Sobre este aspecto, debe precisarse que el texto presentado por la Universidad Nacional tiene un orden distinto con relación a la ubicación de las diferentes materias del derecho civil. En este sentido, encontramos que en lo que se refiere al derecho de sucesiones se encuentra establecido en el penúltimo Libro, esto es, el VI denominado “SUCESIÓN POR CAUSA DE MUERTE”, en él puede observarse que el derecho de sucesiones está esquematizado, puesto que, primero se ubican las **nociones básicas**, en segundo término trata la **aceptación y repudio de la herencia**, posteriormente regula todo lo referente a la **sucesión intestada**, luego establece las disposiciones pertinentes a la **sucesión testada**, procede con lo relativo a la **libertad testamentaria y legítimas** –que se anticipa constituye una de las principales críticas que se realizan a la propuesta–, más adelante establece la regulación de las **disposiciones y asignaciones testamentarias**, y finaliza con lo relativo a la **partición y adjudicación de la herencia o legado**, por lo que frente a este punto en especial no hay mayores precisiones por hacer.

Sin embargo, creemos que sería más conveniente que este tema de la sucesión por causa de muerte fuere tratado como un capítulo del libro de bienes o a continuación de aquél, cuyas razones serán expuestas en el curso del debate que se dará respecto a este eje temático.

Ahora bien, tratándose de la redacción del texto puede decirse que es compleja, lo que trae como consecuencia que a las personas que no sean juristas o conocedores de la ley, se les dificultará la comprensión y entendimiento de los conceptos y del alcance de las disposiciones allí contenidas. Un ejemplo de ello, es lo establecido en el artículo 1934 del proyecto en el que se establece: “*El ciego y el que no sepa leer y escribir solo podrán testar **nuncupativamente***”, sin embargo, el texto omite definir el significado de la palabra resaltada, situación que no ocurre en el Código Civil vigente, el cual en su artículo 1064 sobre la clase de testamentos se ocupa de contextualizar al lector, y le brinda una definición de fácil comprensión con el fin de guiarlo en el entendimiento de cada situación de hecho planteada.

De igual manera, **algunas de las definiciones incorporadas en el escrito de reforma no son claras**, así en el artículo 1859 del proyecto que trata el concepto de vocación sucesoral, se plasma una definición ambigua y muy general que no responde a la evolución histórica de este precepto limitándolo a la “*aptitud para recibir bienes del difunto*”, lo mismo sucede con lo referente al “concepto” de sucesión del que trata el artículo 1858 del proyecto, debido que allí

no se brinda una definición clara y concisa sino que se supedita a establecer los componentes de ésta indicando que comprende bienes muebles e inmuebles, deudas y *demás componentes*, lo cual **no se encuentra acorde con el concepto moderno de patrimonio**. También, en el artículo 1871 del proyecto que dispone lo pertinente sobre la purga de la indignidad, no sólo no se indica en que consiste esa figura, sino que además no es claro el motivo o el criterio bajo el cual se redujo el término prescriptivo de 10 a 7 años.

Por otra parte, el texto presupone no sólo que el lector es conocedor de la ciencia jurídica, sino que también acoge términos propios de otras ramas del conocimiento como la economía y la contabilidad, sin siquiera hacer un leve esfuerzo por contextualizar al lector, como ocurre, por ejemplo, en el artículo 1903 del proyecto que se limita a mencionar los elementos y reglas que son indispensables al momento de determinar el contenido del inventario y el avalúo de los bienes objeto de la sucesión del causante.

Por último, otro aspecto formal que habrá de destacarse, es el tamaño y extensión de cada artículo, prueba de ello son los artículos 1903 –anteriormente mencionado–, 1905, 1906, 1955, 1960, 2024, 2046, 2051, 2052 entre otros del proyecto, los cuales corresponden a artículos sumamente largos que hacen de la tarea de lectura, comprensión e interpretación –según sea el caso– una actividad aún más difícil, farragosa y compleja, sin perder de vista que muchas de las ideas en ellos plasmadas se podrían expresar con un menor número de locuciones.

III. COHERENCIA CON EL ORDENAMIENTO JURÍDICO

Es claro que la reforma al Código Civil plantea serios inconvenientes respecto del uso y diferenciación de conceptos jurídicos de mayor relevancia, un ejemplo de ello se encuentra en el artículo 1921 de la reforma propuesta, el cual establece que el testamento es un **negocio jurídico**, en contraposición a lo que establece el artículo 1923 del mismo proyecto, en el cual se indica que el testamento es un **acto** de una sola persona.

No podría entenderse que la reforma propone dar igual tratamiento a estos disímiles conceptos –lo cual en la práctica tampoco podría darse–, en la medida en que estas figuras no son sinónimas sino que parten de una relación género–especie, esto es, todo negocio jurídico es un acto jurídico, pero no todo acto jurídico puede considerarse un negocio jurídico, por lo que a estos conceptos no se les puede dar bajo ningún punto de vista un tratamiento de identidad como lo pretende el proyecto de reforma del Código Civil en punto al aspecto del derecho sucesoral.

En este sentido, la doctrina más tradicional ha prestado especial atención en determinar los efectos jurídicos de la clasificación de acto jurídico y negocio jurídico, por ejemplo, Arturo Valencia Zea¹¹³ –autor que dio las pautas y las bases para esta propuesta de reforma, al respecto indica que el hecho jurídico es la conducta humana en general que puede ser lícita o ilícita, voluntaria e involuntaria, y que, entonces, el acto jurídico corresponde a aquellos hechos que son atribuibles a la **conducta humana**, es decir, aquellos en los que interviene la **voluntad**, y éstos se pueden clasificar en lícitos e ilícitos.

Por otra parte este mismo autor, cuando se refiere al **negocio jurídico** y tomando la definición expuesta por *Planck-Strohal*, indica que aquél es “un hecho jurídico que contiene una o varias declaraciones de voluntad, reconocidas como idóneas por el sistema jurídico, que persiguen, directa y reflexivamente, constituir, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial o familiar”. Refiriéndose a la distinción sustancial entre acto y negocio jurídico, sostiene que el elemento determinante es la **manifestación de la voluntad con la finalidad específica de producir efectos jurídicos**, y en caso que esta variable falte, se deberá entender que se está frente a un acto jurídico; como se puede evidenciar, el mismo inspirador de la reforma que aquí se analiza, en ningún momento equipara o procura equiparar estos conceptos, de hecho les atribuye características propias que los diferencian.

Es por lo anterior, que se debe cuestionar la coherencia misma de la propuesta, dado que si el autor que inspiró la reforma, de la mano de la pacífica doctrina jurídica¹¹⁴, estableció de manera clara y concisa las diferencias entre uno y otro concepto y las consecuencias de aplicar alguno de ellos, entonces cabe formularse el siguiente interrogante: ¿Qué razones o fundamentos motivaron a los redactores de esta propuesta para equiparar ambos conceptos?

Por su parte, en varias disposiciones se evidencia que para la redacción de la reforma al Código Civil no se tuvieron en cuenta las discusiones, debates y avances que se han dado en torno a ciertas figuras jurídicas del derecho de sucesiones, tal y como ocurre con: **las causales de indignidad** (artículo 1868), la **competencia para adelantar el trámite de sucesión, en especial, lo que tiene que ver con el principio de territorialidad** (artículo 1858), la **capacidad, específicamente en lo que refiere al concebido no nacido** (artículo 1865), en donde el proyecto sigue **la vieja regla decimonónica** (relativa a la presunción de ser concebido si

113 Valencia Zea, A. y Monsalve Ortiz, Á., *Derecho Civil. Parte General y Personas*, t. I, Bogotá, Temis, 2011, 541-547.

114 Hinestrosa, F., *Tratado de las Obligaciones II. De las fuentes de las obligaciones: El Negocio Jurídico*, vol. II, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 171 y ss.

nace dentro de los 300 días posteriores a la muerte del causante) –tema que se hubiera diferido preferiblemente a la **prueba científica**–, tampoco se entiende la razón por la cual se da un tratamiento diferenciado al compañero permanente (artículo 1919), en lugar de equipararlo desde el principio al cónyuge, situación que en múltiples ocasiones ha sido resuelta por la jurisprudencia constitucional, de igual manera, la reforma no tiene en cuenta lo relacionado con el régimen de capacidad de ciertas personas que requieren apoyo, dejando de lado la discusión entablada con relación a la entrada en vigencia de la Ley 1996 de 2019.

Éstos entre otros, son algunos ejemplos de las contradicciones y la falta de precisión de ciertos conceptos y figuras que se encuentran en las disposiciones de la reforma que rigen el derecho de sucesiones, que deberán ser tenidas en cuenta, dado que la consecuencia de su aplicabilidad o no, inevitablemente dará lugar a pronunciamientos a su alrededor por parte de la comunidad jurídica en general.

IV. NORMAS DE DERECHO SUSTANCIAL QUE SE VEN AFECTADAS

a. Tratamiento de la herencia y aceptación

El artículo 1900 de la reforma establece que **la herencia tendrá el tratamiento de patrimonio autónomo**, y su representación judicial y extrajudicial estará a cargo de los herederos o del cónyuge o compañero permanente, por lo que no se trata de una masa de bienes que transitoriamente carece de un titular.

Ahora bien, surge la inquietud sobre los motivos que impulsaron a cambiar la denominación del **beneficio de inventario**, ahora llamado **limitación de la responsabilidad del heredero**, máxime si se tiene en cuenta que lo simplifica en grado sumo, lo que **deja por fuera muchas hipótesis que han sido decantadas y desarrolladas ampliamente por la comunidad jurídica**.

b. Asignaciones forzosas y legítimas en la reforma

El Título III del Libro VI prevé el **régimen de la sucesión intestada**, los artículos 1915 y siguientes determinan los órdenes hereditarios y establece que el Primer Orden estará constituido por *los hijos matrimoniales, extramatrimoniales y adoptivos*, y el inciso tercero del artículo 1915 le otorga vocación hereditaria al cónyuge o compañero permanente sobreviviente, en esa

medida indica que aquél recibirá como cuota hereditaria la de uno de los hijos, pero si sólo hay nietos o bisnietos recibirá la mitad sin importar si convivió o estuvo separado legalmente de cuerpos o de hecho con el causante.

En esta medida, la reforma consigna la vocación hereditaria del cónyuge o el compañero permanente en el primer orden sucesoral, y de hecho lo aumenta en ausencia de descendientes **–sobre este asunto tampoco es claro la razón por la cual el primer orden sucesoral deja por fuera a los descendientes más allá de los bisnietos,** sin embargo, no existe fundamento válido para realizar esa asignación forzosa en calidad de heredero del cónyuge y compañero permanente.

Además, de un análisis detenido e integral del texto, **se evidencia que esta reforma vuelve a la odiosa clasificación entre los hijos matrimoniales, extramatrimoniales y adoptivos, volviendo a una discusión que se trabó hace ya bastante tiempo,** y que se encuentra ampliamente zanjada por las reformas legales que se le han efectuado al Código Civil, además de los múltiples pronunciamientos jurisprudenciales al respecto.

Como ya se indicó, se le otorgó vocación hereditaria al cónyuge o compañero permanente sobreviviente, tal y como se establece en el numeral 3° del artículo 1947 de la reforma, sin embargo, no es claro el fundamento jurídico por el cuál el cónyuge o compañero permanente sobreviviente se le debe considerar como legitimario, contrariando una larga y decantada tradición jurídica en el que no lo ha sido.

Sobre este particular, se debe tener claro cuál es la esencia de la figura de las **legítimas** –la cual representa la cuota mínima de la herencia reservada por la ley a ciertos herederos que se denominan legitimarios, lo que configura una asignación forzosa, esto quiere decir, que el causante no puede eludirla sino por el desheredamiento, es decir, la legítima representa el mínimo de lo que el legitimario debe recibir de herencia¹¹⁵–. Para ello conviene recordar que, si bien el derecho romano primitivo, contemplaba un régimen de libertad testamentaria plena, esta se fue reduciendo de manera progresiva. Adicionalmente, no podemos obviar que en pleno s. XXI la institución de la familia es muy diferente a lo que era el siglo pasado, en ese sentido debe entenderse que los lazos familiares no pueden depender de la expectativa de herencia del hijo frente al padre o del cónyuge o compañero permanente frente a su compañero de vida.

.....
115 Carrizosa Pardo, H., *Sucesiones donaciones. Estudio sobre el libro tercero del Código Civil*, 1966, Bogotá, Lerner, 5.ª ed., 407.

Ahora bien, si el argumento para limitar la facultad del testador es la protección a la familia, ésta se encuentra más que satisfecha con, por una parte la liquidación de la sociedad conyugal o la sociedad patrimonial, según sea el caso, dado que los lazos familiares actuales son diferentes a los de antaño, más aún si se tiene en cuenta que los cónyuges o compañeros permanentes en la mayoría de los casos contribuyen económicamente de manera equivalente en el hogar. Esto quiere decir, que cada vez son menos los casos en los que uno solo de los cónyuges o compañeros permanentes es quien aporta el sustento económico para la familia, y de darse este último caso, el cónyuge o compañero permanente sobreviviente aún se encuentra protegido por la asignación forzosa denominada porción conyugal.

Por otra parte, en la sociedad actual los padres se preocupan, y en la mayoría de los casos garantizan la educación de sus hijos, situación que permite que aquellos puedan labrar su vida de la manera que mejor les parezca, y por ende, no tendrían que depender de los bienes del causante, y mucho menos, disponer de ellos –salvo sean menores de edad o atraviesen una situación que los obligue a depender económicamente de sus padres o de un acudiente–.

Así mismo, es importante destacar que **los orígenes que justificaron la aparición y mantenimiento de la institución de las legítimas y las asignaciones forzosas, en la actualidad han perdido validez, en ese sentido resulta importante abogar por un sistema que elimine las restricciones de la libertad testamentaria**, razón por la cual no tiene asidero la imposición del cónyuge o compañero permanente sobreviviente como legitimario de determinado causante.

Es por todo lo anterior, que se afirma que **asignarle al cónyuge o compañero permanente sobreviviente vocación hereditaria en el orden sucesoral de los descendientes, y el consecuente cambio en los órdenes sucesorales, no tiene asidero jurídico dentro del contexto social actual ni en las realidades familiares, por lo que este cambio sólo traería mayores obstáculos y complicaciones en el derecho de sucesiones.**

c. La inconveniente premisa de restringir la libertad testamentaria

De la atenta lectura del Título V de la reforma, especialmente los artículos 1946 a 1954, puede entenderse que va en contra de la reciente norma –Ley 1934 de 2018– en la medida en que los logros con ella obtenidos tendientes a otorgarle mayor libertad para que el testador disponga de sus bienes para que tenga efectos después de su muerte como mejor le parezca, desaparecen al obligar al testador a dejar parte de sus bienes a

su **cónyuge o compañero permanente** sin que medie justa causa alguna para determinar la necesidad de hacer dicha asignación forzosamente.

En vista de que el derecho debe responder a problemáticas actuales que afectan esferas propias de la realidad social y económica colombiana, es necesario que se le otorgue plena libertad al testador sin que se le impongan límites o ataduras para que pueda disponer de sus bienes a su arbitrio, no obstante, los cambios propuestos por esta reforma no persiguen ese fin, y al extender la vocación hereditaria al cónyuge o compañero permanente sobreviviente sólo le coloca más trabas y obstáculos al testador al momento de asignar los bienes fruto de su esfuerzo y dedicación.

V. CONSECUENCIAS DE LA APLICACIÓN DE LAS DISPOSICIONES CUYA REFORMA SE PROPONE

Las posibles consecuencias de la aplicación de las disposiciones cuya reforma se propone, están relacionadas con el principio de **seguridad jurídica**, el cual hace referencia a la certeza con que cuentan las personas respecto del alcance jurídico de ciertas situaciones previamente establecidas en el ordenamiento jurídico colombiano.

En esta medida, **los cambios introducidos en la reforma son de tal índole que hacen difícil su interpretación y aplicación, de hecho, de aceptarse la reforma la evolución constante que ha hecho la doctrina y la jurisprudencia** se ve altamente afectada, en el sentido que decisiones que en la actualidad constituyen precedente jurisprudencial, perderán validez y no podrán tomarse como punto de partida al momento de resolver nuevos casos, así como los avances que los tratadistas han realizado en materia de sucesiones.

Sobre este asunto en particular, es claro que la creación, modificación o extinción de elementos normativos no vulnera *per se* el principio de seguridad jurídica –de lo contrario el legislativo perdería todas sus potestades–, sin embargo, sí debe prestarse especial atención a la finalidad o propósito que persigue cada norma, y si aquél, se erige como un cambio normativo que sea idóneo para regular situaciones y problemáticas actuales.

Es por ello, que como se indicó en precedencia, adoptar disposiciones que no se ajustan a las realidades sociales presentes, y que se pretenda adoptar realidades propias de un ordenamiento jurídico distante, con realidades sociales tan diferentes, no constituye la mejor regulación para los ciudadanos colombianos.

Todo lo anterior, son algunos de los comentarios que se tienen sobre el eje temático de la sucesiones, anticipando eso sí, que hay otros aspectos de discusión adicionales que se abordarán en el marco del debate, como por ejemplo, los concernientes a las ambivalencias que en materia de ineficacia, en sentido amplio, se evidencian en la propuesta cuando hace referencia a actos o negocios jurídicos relacionados con las sucesiones.

PARTE III ANEXOS

PRIMER CONVERSATORIO CONVENIENCIA Y ESTRUCTURA DEL PROYECTO DE CÓDIGO CIVIL RELATORÍA

A las 5:35 p.m. del martes 18 de agosto de 2020, la profesora Natalia Rueda, maestra de ceremonia, agradeció a los intervinientes por su participación y a los asistentes por su presencia y cedió la palabra a **Adriana Zapata Giraldo**, Decana de la Facultad de Derecho de la Universidad Externado de Colombia (0:00)¹¹⁶.

Adriana Zapata abrió el Conversatorio y evocó, en primer lugar, el origen del Código Civil actual. Al respecto, manifestó que la acogida del Código chileno de Don Andrés Bello apuntaló las bases de la hermandad latinoamericana tanto política como jurídica. Esta última representada hoy por la iniciativa GADAL y de la cual el proyecto no debería alejarse. En segundo lugar, resaltó la trascendencia de la modificación del Código para la vida jurídica colombiana, pues las bases de la responsabilidad en todas sus ramificaciones encuentran arraigo en sus disposiciones. Finalmente, señaló que la reforma del Código Civil afectará la vida de todos los colombianos en las esferas personal, familiar, patrimonial y societaria.

La profesora Zapata terminó su intervención celebrando la iniciativa del Observatorio, creado por Departamento de Derecho Civil, que busca analizar el texto de la propuesta y sus efectos.

.....

116 Los números en paréntesis hacen referencia al momento en que inicia la intervención en el video que se puede consultar en este enlace: <https://www.facebook.com/329076127724971/videos/947375185761791/>

A continuación, **Felipe Navia**, director del Departamento de Derecho Civil de la Universidad Externado de Colombia (3:00), destacó la importancia de la reforma para el mundo jurídico colombiano y para el país. Además, señaló dos aspectos del proyecto. Primero, la ruptura metodológica con el sistema del Código de Bello, pues establece una parte general y especial que deben ser aplicadas conjuntamente y conlleva a la eliminación de principios y reglas de interpretación e integración. Segundo, el Código propuesto representa un Derecho de expertos juristas que se aleja de la filosofía de los Códigos francés y chileno que fueron redactados para los ciudadanos (normas claras, lenguaje sencillo, fácil comprensión).

El profesor Navia presentó el Observatorio cuyo objetivo es contribuir con el mejoramiento y la maduración del proyecto. El Observatorio tiene tres ejes. Primero, los grupos de análisis conformados por profesores que analizarán las disposiciones relativas a las materias que enseñan. Segundo, el Blog, escenario virtual, en el que se publicaran las contribuciones de profesores y juristas acerca de la reforma. Tercero, los conversatorios, como el presente sobre Conveniencia y Estructura, que abordarán temas concretos.

Interviene **Esteban Jaramillo**, director de Justicia Formal y Jurisdiccional del Ministerio de Justicia y del Derecho (13:33), quien reiteró la importancia del proyecto para el Gobierno Nacional, pues es una forma de iniciar un trabajo y de abrir espacios de discusión y de socialización de la propuesta. El Ministerio celebra la iniciativa y abrirá los espacios de discusión que sean necesarios para su análisis, pues está consciente del impacto del proyecto en la sociedad y entiende que será un trabajo largo y que debe hacer de manera rigurosa y que debe contar con el tiempo que resulte necesario. El Ministerio ha dispuesto varios canales para recibir comentarios y participará en los eventos académicos a los que sea invitado. Además, celebra la iniciativa del Observatorio y estará dispuesto a recibir y analizar el resultado de su trabajo. Una vez finalizada la etapa inicial de comentarios (tentativamente finales de octubre), se definirá la metodología a seguir. Esta tendrá en cuenta las propuestas que formule la Universidad Nacional de Colombia con base en las contribuciones recibidas, que pueden incluir la conveniencia, la necesidad y la oportunidad de la reforma. Al respecto, conviene anotar que, **en criterio del Observatorio, este es un tiempo del todo insuficiente para garantizar un debate amplio y abierto que permita la participación de todos los actores del derecho en Colombia, en consonancia con el espíritu de nuestro ordenamiento constitucional y para evitar que bajo la idea de socializar se llame a los expertos en calidad de convidados de piedra.**

La profesora Rueda declaró instalado el Conversatorio y cedió la palabra a la moderadora del primer conversatorio, la **profesora Emilssen González de Cancino**, profesora de la

Universidad Externado de Colombia (20:19), quien presentó a los panelistas y la metodología del conversatorio. La moderadora evocó las buenas relaciones de Arturo Valencia Zea, profesor de la Universidad Nacional y autor inicial del proyecto, y Fernando Hinestrosa, antiguo rector de la Universidad Externado de Colombia, y su afiliación a escuelas de pensamiento diversas. Además, manifestó su preocupación de que la reforma tome la velocidad de la política y, aunque el Ministerio parece entender la importancia de no precipitar la reforma y de conocer tanto el producto como el proceso, llamó a la prudencia y a alejarse del camino de las inauguraciones y recordaciones y a tomar seriamente la tarea de reformar. Así, la moderadora cedió la palabra al primer invitado.

Tomó la palabra el **magistrado Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo**, miembro de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia (28:37). Manifestó la importancia de la participación de la Corte, del Consejo Superior de la Judicatura y de la Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, en la discusión de la reforma, lo que robustecerá el proyecto.

El magistrado Quiroz compartió una presentación que describe la estructura y el contenido del Código propuesto y de cada uno de sus libros y resalta sus aciertos y desventajas. Respecto del proyecto en su conjunto, subrayó la existencia de sendos libros para contratos y familia, pero manifestó la necesidad de repensar el orden de los libros con base en el ciclo de la vida. Luego de presentar el contenido del Libro I (Parte general), destacó las reglas para el ejercicio de los derechos y la transversalidad de la figura del negocio jurídico, entre otros, y sugirió repensar la necesidad de incluir las normas eliminadas por la Ley 222 de 1995.

De la misma manera procedió con los otros libros. Se resumen a continuación algunas de sus observaciones. Respecto del Libro II (De los bienes), el magistrado Quiroz resaltó, entre otros, la regulación integral de la posesión y el énfasis en la función social y ecológica de la propiedad y propuso mirar con detenimiento la interacción con estatuto minero y recursos renovables y la inclusión de los animales y a la naturaleza como seres especiales de protección. En cuanto al Libro III (De las obligaciones), recalcó el manejo orgánico de las obligaciones y la regulación de los principios comunes de la responsabilidad, pero llamó la atención sobre la regulación dispersa de la cesión y la inclusión de las reglas de interpretación de los contratos que debería estar en el libro IV.

Acerca del Libro IV (De los contratos), subrayó la integración de los contratos civiles y comerciales y el orden en el que se regulan. Sin embargo, propuso revisar la necesidad de tipificación de algunos contratos. En lo que concierne al Libro V (Derecho de familia), destacó el

reconocimiento de todas las formas de familia y la prohibición de atentar contra la equidad de género, pero sugirió repensar la interacción con el Código de la Infancia y la Adolescencia y la necesidad de diferenciar el régimen matrimonial y extramatrimonial. Finalmente, respecto del Libro VI (Sucesión por causa de muerte), resaltó la regulación integral y sistémica de la sucesión. No obstante, consideró que se puede dedicar un título específico a los actos presucesorios y pactos sucesorios, independiente de la libertad testamentaria.

El magistrado Quiroz terminó su intervención señalando que la unificación de las obligaciones y los contratos es lo más importante del proyecto y que quedan vigentes varios libros del Código de Comercio. Además, manifestó que debe analizarse la oportunidad de reformar el código y que el debate democrático es fundamental y debe definir los fundamentos y las necesidades. Concluyó afirmando la conveniencia de la reforma, pues el Código Civil actual perdió su unidad, está desactualizado (en especial, respecto de la sociedad digital) y carece de regulaciones importantes.

La moderadora cedió la palabra a **Fredy Herrera Osorio**, profesor de la Universidad Nacional de Colombia y coordinador, co-revisor y co-redactor del proyecto (56:33), que presentó los motivos que llevaron a la presentación del proyecto y respondió algunos mitos que se han tejido al respecto. Acerca de los primeros, después de recordar los antecedentes del Código Civil actual, señaló que este había sido modificado, por el legislador o por la jurisprudencia, en múltiples ocasiones y que era una obra desactualizada y con dispersión normativa, cuyo contexto histórico ha sido superado. Además, evocó las posibilidades de reforma del Código y la posición al respecto de Miguel Betancourt, Arturo Valencia Zea y Harker Puyana, y recordó las iniciativas y proyectos de reforma del código entre 1936 y 1984. Respecto del proyecto presentado, el profesor Herrera dijo que se trata de un código flexible que contiene las grandes reglas comunes que se caracterizan por su permanencia, que no deroga las leyes especiales, sino que remite a ellas, trayendo solo sus principios. **En criterio del observatorio, esto no siempre es claro, pues para mencionar solo un ejemplo, en algunos aspectos el proyecto ignoró completamente la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas en situación de discapacidad. Esto deja serias dudas sobre la pertinencia y conveniencia de una aparente actualización del código bajo la consideración de que se ha superado el contexto histórico, pero que evoca estereotipos que se deberían entenderse superados y figuras desuetas, aun bajo la vigencia del código actual.**

Luego, el profesor Herrera respondió a algunos mitos asociados al proyecto. Así, afirmó que no se trata de un proyecto definitivo; que es perfectible; que el debate se extenderá más

allá de octubre y que no se trata de un proyecto hecho a la ligera ni oculto, ya que los trabajos empezaron en 1980 y han intervenido varios profesores, instituciones y juristas. Además, explicó la ausencia de actas y de exposición de motivos, a la imagen del Código General del Proceso, pues estos podrían torpedear el funcionamiento y la interpretación del nuevo Código. **A este propósito, el Observatorio se permite anotar el desacierto que comporta no haber elaborado actas o exposición de motivos. Esto dificulta el estudio y la comprensión de algunas elecciones de los redactores, y la justificación no resulta satisfactoria, toda vez que este estudio se está haciendo entre especialistas que, con los mayores elementos que pudieran ofrecer dichas actas, podrían valorar de manera integral los motivos para hacer cambios que hoy, frente a la ausencia de las mismas, resultan del todo incomprensibles y ajenas a nuestra tradición, por lo que su aplicación podría ser accidentada.**

Luego, recordó que el proyecto de la Universidad Nacional es diferente al presentado en el Congreso en 2017, por ejemplo, porque unifica parcialmente los regímenes civil y comercial. También manifestó que se trata de un proyecto que combina instituciones clásicas y modernas, que toma lo vigente de los códigos Civil y de Comercio y lo une con nuevas normas y con normas actualizadas, que incorpora la jurisprudencia y que se enriqueció de varias fuentes extranjeras e internacionales. El proyecto tampoco busca volver a la exégesis y, aunque tiene una estructura similar a la del Código Civil alemán, no copia este, ni el argentino. El profesor Herrera manifestó que el proyecto no debería generar inseguridad jurídica, sino lo contrario. Finalmente, insistió en que el modelo codificador pretende codificar lo estable, establecer reglas flexibles y remitir a leyes especiales; que no se han ignorado los avances del capital humano nacional y que los nuevos comentarios y aportes serán tenidos en cuenta en la segunda versión. Se espera que esta esté disponible en enero 2021 y que se superen errores y contradicciones actuales. Agregó que el trabajo no se ha detenido y ya se han modificado las disposiciones relativas a los seres sintientes y a la maternidad subrogada, entre otras. A este respecto, también conviene anotar que **para el Observatorio es del todo incomprensible que el código utilice la antitécnica e inadecuada expresión “maternidad subrogada”, lo que provoca serias dudas sobre el rigor para la inclusión de esta normativa en los términos en que se hizo. Además, se insiste en que la premura con la cual se está socializando el proyecto es del todo inconveniente frente a la extrema importancia de garantizar una discusión sosegada y reflexiva que sea coherente con los fines de modernización del código y sin el temor de que eventuales posteriores demandas de inconstitucionalidad terminen por vaciar de contenido el futuro código.**

A continuación, la moderadora cedió la palabra al **profesor Jorge Oviedo Albán**, de la Universidad de La Sabana (1:19:08). El profesor Oviedo se refirió a tres aspectos: el punto de partida del proyecto, el incumplimiento contractual y los trasplantes inadecuados, y el tratamiento inoportuno del derecho internacional privado. Respecto del primero, recordó el contenido y los objetivos del proyecto del profesor Arturo Valencia Zea y las razones por las cuales no fue acogido, por ejemplo, no haber tenido en cuenta la Convención de las Naciones Unidas sobre la compraventa internacional de mercaderías cuyos efectos en el derecho colombiano han sido importantes. Además, afirmó que la modernización que pretende el proyecto no puede desconocer los aportes de la doctrina (especialmente, las tesis doctorales de los últimos años) relativos a la reinterpretación de las normas vigentes y que tienen en cuenta otras corrientes y las realidades sociales y económicas. Tampoco debería desatender la jurisprudencia. Luego, a propósito de la ausencia de exposición de motivos, recordó la experiencia francesa de un código que se explicare a sí mismo, la necesidad de interpretar las leyes independientemente de la perfección de estas y la relativa facilidad con la que la jurisprudencia y la doctrina han construido el sistema de responsabilidad precontractual. Insistió en la necesidad de manifestar al país las bases jurídicas e ideológicas de las cuales parte el proyecto, en aras de la transparencia intelectual y de la memoria. En fin, el profesor Oviedo llamó la atención sobre el riesgo de importar problemas ajenos, en vista de los textos de inspiración, y sobre los esfuerzos interpretativos para reconstruir el espíritu del legislador que incluirán la referencia a las videoconferencias y a los artículos de prensa.

En cuanto al incumplimiento contractual y los trasplantes inadecuados, señaló que la mezcla de lo viejo con lo nuevo no siempre es necesariamente positiva y puede llevar a que las reglas no calcen, dejándole un problema de difícil solución a sus destinatarios. Así, se refirió a las consecuencias diferentes de optar por la concepción tradicional que construye la vinculación contractual a partir del régimen general de obligaciones sobre el deber de conducta del deudor, o por la concepción moderna que la estructura a partir de la garantía de resultado de satisfacción del acreedor. Al respecto, afirmó que el régimen de ambas concepciones se mantiene en el proyecto, pues se prevén reglas relativas a los vicios ocultos y a la falta de conformidad, cuya convivencia y articulación parecen confusas e inciertas. Además, advirtió sobre la criollización de conceptos del derecho comparado y aludió concretamente al artículo 571 de la propuesta que hace referencia a la resolución por incumplimiento de una obligación esencial. Al respecto, afirmó que no es lo mismo una obligación esencial y un incumplimiento esencial, término este último utilizado en derecho comparado e incorporado jurisprudencialmente al derecho colombiano.

Finalmente, respecto al inoportuno tratamiento del derecho internacional privado, resaltó que el modelo adoptado es el conflictualismo unilateral del Código de Valencia Zea, a su vez inspirado en el Código de Bustamante, que fue abandonado en el mundo y que se diferencia del modelo adoptado en Colombia con los tratados de Montevideo. Recordó que a ambos modelos se les pasó su época. Sugirió al Gobierno tener en cuenta los tratados ratificados y los trabajos de la OEA, UNCITRAL y UNIDROIT, para adoptar una política pública que permita modernizar el derecho internacional privado y a los redactores contactar a los expertos que han venido trabajando en un proyecto de derecho internacional privado. En el caso específico de los contratos internacionales, advirtió el germen de un caos, pues mantiene el fraccionamiento de la ley aplicable y la regla *lex loci solutionis* tan criticada y ya superada. Además, acerca del artículo 707 del proyecto relativo a la compraventa internacional de mercaderías, advirtió los errores conceptuales y de redacción, así como las dificultades de su interpretación y aplicación y sus efectos derogatorios.

El profesor Oviedo terminó su intervención haciendo un llamado a la medida, a la concertación verdadera y a la construcción horizontal y colectiva, que distinguió de la socialización.

Para cerrar el panel, la moderadora cedió la palabra a **Édgar Cortés Moncayo**, profesor de la Universidad Externado de Colombia (1:42:04). El profesor Cortés señaló la falta de una concertación amplia, a la que asocia la palabra conveniencia, que refleje la cultura jurídica que se ha ido construyendo en el país y que tiene señas claras y reconocibles. Advirtió que la sentida necesidad de reformar no significa que no importe el camino que se tome y afirmó que el mejor es el camino de la construcción común en el que jueces, notarios y juristas participen de manera activa. Afirmó que la necesidad de reforma se deriva de la evolución jurídica posterior a la entrada en vigor del Código de Bello. Advirtió que para hacer una reforma no basta con identificar y abordar los puntos críticos, sino que subyace una cuestión de técnica y de ideología. Manifestó que esta última lleva a preguntarse por los objetivos de la reforma y, que más allá del mejoramiento, debe procurar una renovación del orden jurídico.

El profesor Cortés cuestionó la ruptura del proyecto con la tradición jurídica nacional que ha adquirido su propia identidad dejando de lado el eurocentrismo, y la inspiración en un modelo cuya estructura es muy distinta a aquella sobre la cual hemos trabajado y hemos construido un modo de entender el derecho civil. Así, se preguntó por el interés de renunciar al esquema de Bello, de empezar de nuevo, de aprender de nuevo; por las ventajas de la reforma; por la crisis del modelo de Bello. Señaló que el proyecto no explica de manera suficiente ni

justifica la renovación del modelo. Agregó que el modelo de inspiración del proyecto también ha sido objeto de críticas similares y propias.

Afirmó que primero debemos reconocernos en los propósitos; identificar los trabajos de la doctrina, sus motivos, sus valores, la cultura jurídica subyacente; determinar si los tiempos están maduros para la reforma. Evocando a Rodotà, señaló que una reforma está madura no solo cuando los hechos la reclaman y es general la convicción de su necesidad, sino cuando los estudiosos han procurado la mutación de las condiciones culturales y han afinado los instrumentos que condicionan la renovación de las instituciones jurídicas. Agregó que la madurez jurídica no se mide solamente por el grado de las propuestas técnicas, sino que es necesario una reflexión sobre los métodos y los objetivos; de lo contrario, advirtió, sería ilusorio aspirar a una verdadera renovación.

El profesor Cortés consideró que una reflexión adecuada debe pasar por tres momentos fundamentales: el diálogo entre las fuentes del derecho, el acercamiento entre ciencia y práctica jurídicas y la identificación de corrientes de pensamiento, que no son otra cosa que el reconocimiento de nuestra propia tradición jurídica nacional. Afirmó que estos pasos nos indicarán si podemos reformar y ser originales, y, eventualmente, aspirar a ser modelo de codificación en América Latina.

Finalmente, hizo algunas observaciones sueltas. Afirmó, por ejemplo, que la modernidad no se agota en la incorporación de la jurisprudencia constitucional, que la eliminación de la tridivisión de la culpa no se acompañó de la eliminación de las referencias a ella y que la concepción del negocio jurídico es confusa. Agregó que la renovación es querida y, aunque la tarea no da espera, el proceso debe ser calmado y entre todos.

La moderadora, profesora **Emilssen González de Cancino** (1:59:36), tomó la palabra y compartió algunas conclusiones. Así, resaltó el clamor de revisión de la estructura del proyecto e insistió en la necesidad de conocer la intrahistoria del proyecto y de claridad respecto de la perspectiva de género, ecológica y técnica. Subrayó la necesidad de repensar la macro categoría de las personas y, en especial, se refirió al artículo 22 del proyecto. Finalmente, agradeció a los participantes y a los asistentes.

El observatorio agrega dentro de aquellas perspectivas diferenciadas que una sustitución del Código Civil en 2020 no puede ignorar, las perspectivas de edad, para superar la visión adultocéntrica que no considera las necesidades especiales de niños,

niñas y adolescentes; así como la visión tan radicada en nuestra cultura y que la pandemia exacerbó, de no considerar las necesidades especiales de la población de la tercera edad; la perspectiva étnica y, en fin, la perspectiva de la discapacidad, no como fuente de discriminación, como pareció haberse filtrado en algunas disposiciones del proyecto, sino para considerar el mayor peso de las políticas públicas y de las decisiones judiciales para las personas con discapacidad.

Relator:

Daniel Rojas–Tamayo

Docente–Investigador

Departamento de Derecho Civil

Facultad de Derecho

Universidad Externado de Colombia

SEGUNDO CONVERSATORIO

EL DERECHO DE BIENES EN EL PROYECTO DE CÓDIGO CIVIL

RELATORÍA

A las 5:05 pm. del martes 8 de septiembre de 2020, la profesora Natalia Rueda dio la bienvenida al segundo Conversatorio e dio inicio al mismo con la relatoría del primer conversatorio que había sido dedicado a la “conveniencia y estructura del proyecto de Código Civil”. Posteriormente cedió la palabra a la profesora **Miquelina Olivieri**, profesora del Departamento de Derecho comercial de la U. Externado de Colombia, quien fungió como moderadora e inició el Conversatorio con algunas reflexiones (11:24)¹¹⁷.

Comenzó la profesora Olivieri resaltando la trascendencia que debe tener el proyecto de Código Civil en la vida académica nacional y advirtió que el ejercicio que proponen los redactores del Proyecto invita a reflexionar sobre la necesidad de actualizar el Código Civil para evitar los peligros de inseguridad jurídica, ralentización de la economía y aumento de costos de transacción. Señaló la profesora Olivieri la necesidad de actualizar el contenido de los derechos y cómo la jurisprudencia ha procedido a una lectura diferente y actualizada del Código Civil. Señaló igualmente que debido a la complejidad de temas que aborda un Código Civil, esta discusión debe ser articulada, llevarse a cabo con tiempo, de manera integral y que vincule a los diferentes actores en la construcción de un nuevo código (academia, gobierno,

.....

117 Los números en paréntesis hacen referencia al momento en que inicia la intervención en el video que se puede consultar en este enlace: <https://www.facebook.com/DerCivilUEexternado/videos/787517415356434/?extid=6OdWIZCMHTWKxqQN&v=787517415356434>

comerciantes, asociaciones y fuerzas afectadas por su eventual expedición). Luego procedió a abrir el debate, cediendo la palabra en primer lugar al profesor **Jenner Tobar**, profesor de la U. Libre de Colombia (16:57).

El profesor **Jenner Tobar** realizó una presentación general del libro “de los bienes” en el Proyecto. En primer lugar, señaló la estructura propuesta, organizada en 8 títulos que permitirían introducir nuevos elementos de regulación. Los objetivos de esta reorganización de los contenidos del código serían los de su actualización y armonización con los desarrollos constitucionales y demás desarrollos jurisprudenciales. Afirmó el profesor Tobar que este libro en el proyecto habría sido el que menos reformas introduciría, y mantendría en esencia la tradición jurídica en la materia.

Luego, el profesor Tobar pasó a explicar los principales aspectos de cada título, comenzando por el de generalidades, señalando que se deja atrás los conceptos de cosas corporales e incorporeales para adoptar la terminología “cosas materiales e inmateriales” que permitiría abarcar elementos de la vida moderna como el dinero, la información, la propiedad intelectual. También señala que se abandonan los conceptos de inmuebles por adhesión y por destinación y se adopta un nuevo esquema de partes integrantes y partes accesorias, aplicable tanto a bienes inmuebles como a bienes muebles, que sería mucho más lógica y fácil de comprender. Se recogerían los avances constitucionales sobre la naturaleza jurídica de los animales, con la finalidad de consolidar esa naturaleza jurídica de seres sintientes que pueden ser objeto de derechos de explotación. Señaló además que el objeto directo del libro de bienes serían los bienes civiles y, de manera indirecta, otros bienes como los colectivos, los recursos renovables y no renovables, el subsuelo, la información genética y el patrimonio común de la humanidad, en la medida en que no sea incompatible con la regulación especial en esas materias. Se excluyen los bienes mercantiles, así como las tierras de resguardo indígenas y tierras comunales que se regirían por las normas especiales en la materia.

Pasó luego a explicar los principales aspectos de la regulación del tema de la posesión. Este habría sido el tema que más habría sido reformado en el proyecto. En primer lugar, se habría abandonado la estructura dual de posesión constituida por *animus* y *corpus*, y se consideraría ahora como un poder de hecho en consonancia con la posición de la Corte Constitucional en la materia, dando prelación al elemento del *corpus*. Siendo un poder de hecho, ejercería posesión tanto quien se comporta como propietario, como quien no lo hace, pasándose a hacer referencia en el proyecto a posesión a nombre propio o de propietario y posesión a nombre ajeno que no sería otra cosa que la mera tenencia.

También mencionó el profesor Tobar las modificaciones que se introducen en materia de posesiones viciosas. Entre las novedades en este tema, señaló la introducción de una nueva posesión viciosa, la delictual, así como el establecimiento expreso de consecuencias para todas las posesiones viciosas: no puede prescribir adquisitivamente y se le priva de acciones, para desincentivar al poseedor vicioso. En el tema de protección posesoria resaltó que se le otorga protección a cualquier poseedor (a nombre propio o a nombre ajeno); por otra parte, se estableció en el Proyecto que se puede demandar no solo a quien privó de la posesión al poseedor, sino a quienes deriven de ella su posesión con posterioridad. Siguiendo en el tema de la posesión, el profesor Tobar indicó que se excluye la figura de la posesión inscrita, reafirmando que la posesión es un poder de hecho; se introduce la figura del justo error, que puede ser de hecho o de derecho, para que el juez analice caso por caso si se puede entender que el poseedor es de buena o de mala fe. Finalmente, en este tema, señaló sus reservas sobre la posibilidad que da el Proyecto en el artículo 223 al recurso a vías de hecho de forma razonable y proporcionada para defender la posesión.

Prosiguió el prof. Tobar con la exposición de aspectos puntuales del denominado dominio público en el proyecto, señalando la novedad en cuanto a la conceptualización en el tema de baldíos, así como se reitera que la adjudicación es el único modo de adquirir un bien baldío. Por otra parte, señaló que en el proyecto las aguas como manifestación de la función ecológica de la propiedad pasan a ser de dominio público, pero con la posibilidad de aprovechamiento privado.

Pasó luego el profesor Tobar a exponer los aspectos fundamentales de la regulación de la propiedad privada en el proyecto que giran en torno a su función social, ecológica y económica. Señaló cuatro puntos fundamentales del proyecto: la responsabilidad civil por abuso del derecho de propiedad; las reglas de vecindad y convivencia (humos, aguas residuales, etc.) que complementan las reglas del Código nacional de policía; la extinción de dominio de predios abandonados tanto rurales como urbanos; y la procedencia excepcional de la buena fe exenta de culpa como creadora del derecho de propiedad.

Luego el profesor Tobar pasó a hacer unas breves observaciones sobre el título sobre las denominados “fuentes de la propiedad”, que viene a sustituir los actualmente denominados ‘modos de adquirir’. Resaltó que en materia de accesión se reconoce el derecho al mejorista de adquirir la propiedad del predio en caso de ser de buena fe las obras son de mayor valor que el terreno, situación que no está reconocida en el código vigente; se reconocen como otras fuentes de propiedad las sentencias o actos de adjudicación y las aprobatorias de particiones o divisiones.

Pasó luego a referirse a dos aspectos puntales de las ‘desmembraciones de la propiedad’, el derecho de superficie y el derecho de retención. Reconociendo que hay aspectos que se pueden mejorar en su regulación, señaló que es trascendental la incorporación de una regulación específica en materia de derecho de superficie, al ser una figura que ya encuentra reconocimiento en ciertas leyes especiales. Frente al derecho de retención, afirmó que la clave es la sistematización de las distintas normas que se refieren a esta figura y que se encuentran diseminadas a lo largo del Código Civil vigente.

Luego, el profesor Tobar señaló que se incluyen distintas formas de propiedad en el proyecto, como la regulación sistemática de la comunidad que incorpora unas reglas mínimas para la administración de esa situación; se menciona la propiedad horizontal que no pretende una regulación integral de la figura sino reconocerla expresamente, así como la propiedad en común; así mismo se mantiene en el proyecto la propiedad fiduciaria.

Finalmente, indicó el profesor Tobar que el libro de bienes cierra con una mención de los contratos de hipoteca y de garantías mobiliarias como “fuentes de derechos reales de persecución, preferencia y venta forzosa según cada caso”, dejando la regulación específica para el libro sobre los contratos.

Acto seguido, la moderadora cedió la palabra al magistrado **Francisco Ternera Barrios**, miembro de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia (37:00). El panelista comenzó advirtiendo que las ideas que comparte son a título absolutamente personal y con ánimo constructivo. Divide su presentación en los aspectos buenos, los bonitos y los feos que identifica en el proyecto en el libro sobre los Bienes. Respecto de los aspectos buenos que considera que dan claridad, comienza por referirse a la regulación sobre los productos que se les consideran frutos naturales, siendo esta una apuesta a favor del usufructuario; sobre la interversión del título, a pesar de que considera que la redacción no es tan clara, parecería que se está restringiendo esta figura, lo cual sería positivo; la presunción de baldíos contenida en el proyecto es una apuesta interesante, sería una toma de posición que sería importante pues daría claridad. En el proyecto en principio se asume la presunción muy fuerte de que el bien baldío es el bien sin matrícula, si bien indicó que más adelante parece haber una contradicción con otra norma del proyecto. En este mismo tema también resalta como positivo la insistencia en la regulación de la acumulación del exbaldío. Igualmente positivo la apuesta por la regulación del derecho de superficie, aunque señaló que no está de acuerdo en la manera como se desagrega esa regulación, pues se estaría dejando un espacio residual a las obras que realizaría el mejorista, se causaría una indemnización a favor de este mejorista que desatendería la función económica

del derecho de superficie. Además le parecen cortos los 20 años que se señalan para el Derecho de superficie. Así mismo, le parece positivo la regulación del derecho de retención que se considera como un derecho real. Y finalmente considera positiva la renovación y el orden que se hace de la figura de la comunidad.

Pasó luego a algunos aspectos que considera aspectos bonitos, conceptualmente aportes interesantes. Señala como ejemplo la definición del derecho subjetivo cuyo propósito sería la satisfacción de necesidades. Igualmente sana le parece la consagración de los bienes inmateriales, la aclaración de la confusión entre lo fungible y lo consumible. Respecto de la regulación de los inmuebles por destinación, señala que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ya había advertido que los inmuebles por adhesión y por destinación serían partes y no inmuebles; en el proyecto se califican como partes, pero los que actualmente serían inmuebles por destinación se tratan como accesorios. Señala la insistencia en la imprescriptibilidad de los estatal; señaló que le parece interesante la apuesta de hablar de fuentes en lugar de modos de adquirir, siendo una terminología atractiva.

Finalmente, pasa el magistrado a señalar lo que de forma respetuosa considera feo en el proyecto. En primer lugar, teniendo en cuenta la importancia de un Código Civil en la sociedad, señala que le asusta la velocidad con la que podría pretenderse sacar adelante el proyecto; señala que, por ejemplo, en materia de bienes hay normas que podrían ser peligrosas y por ello debería tomarse el tiempo adecuado para reflexionarlas, socializarlas; igualmente señala los problemas que genera la ausencia de la exposición de motivos. Luego, pasa a señalar otros aspectos puntuales: consideró el magistrado que la posesión debería ser considerada un derecho real provisional; resalta las referencias muy ambiguas a la dignidad humana y su relación con los derechos subjetivos (art. 34); en el mismo sentido le preocupa la indefinición de la función social que se extiende a todos los derechos patrimoniales (art. 39). Pone de presente cómo en el proyecto se estaría incurriendo en la misma confusión del Código Civil vigente al tratar como inmuebles por destinación lo que serían en realidad inmuebles por adhesión (art. 204), lo cual tiene consecuencias importantes en materia tributaria por lo que esa puerta giratoria entre las dos categorías no sería conveniente. Igualmente, critica la forma como se presenta al mueble por anticipación (art. 201) que sería un poco exagerada, pues siempre se va a necesitar la separación para efectos de la tradición.

Continuó el magistrado Ternera exponiendo su preocupación por que se estaría dando una sanción muy fuerte a la posesión clandestina y no a la violenta, en el art. 218, lo cual, reconoce el panelista que podría ser fruto de una indebida comprensión de esa norma. Sobre el tema de

aguas, el panelista señala que habría una expropiación sin indemnización de las aguas privadas, que sería inconstitucional. Resaltó también su preocupación por la formulación muy ambigua del artículo 268 que de manera extremadamente ambigua incorporaría una figura que iría más allá de la responsabilidad, cuando se introduce una indemnización de perjuicios concretos o difusos por la explotación sin interés, sin saber cuál sería el alcance de la misma. En un tema muy afín, señala que le preocupa cómo en el artículo 270 del proyecto que pone en duda si la propiedad se respeta o no al mencionarse una contradicción entre el derecho de propiedad y el derecho superior de un tercero. Se pregunta, cómo se debería resolver ese conflicto, pues falta claridad al respecto. Respecto a la solución adoptada en tema de baldíos, señaló cómo en el artículo 337 parecería abrirse la puerta a una solución contraria a la adoptada inicialmente en el proyecto, la contenida en la ley 4 de 1973 en cuanto a las presunciones de la explotación de la tierra.

Para finalizar, el panelista señala que se requeriría mayor claridad sobre las denominadas administraciones directas e indirectas de la propiedad del artículo 271 pues no queda claro qué implican; las referencias a las minas le parecen parcialmente anacrónicas y en este mismo sentido, serían innecesarias las referencias a figuras anacrónicas como la fiducia civil y el derecho de uso. En fin, echa de menos la referencia a la sucesión por causa de muerte como fuente de derechos reales.

A continuación, la moderadora cedió la palabra al profesor **Juan José Rodríguez Espitia**, de la Universidad Externado de Colombia (56:23). En primer lugar, el profesor Rodríguez reconoció el gran trabajo de la U. Nacional al haber realizado el ejercicio de un proyecto de Código Civil. Luego procedió a señalar el estado del arte en materia de derecho de bienes, esto es, la estructura de la materia en el Código Civil vigente, no solo en el libro de bienes, sino en otras partes del Código Civil, como ocurren con el tema de la comunidad, los derechos reales de garantía y la prescripción adquisitiva. Así mismo señaló una serie de bienes que no están regulados en el Código Civil (la tradición de bienes inmuebles, la regulación de los bienes públicos, los bienes mercantiles, los bienes agrarios, los tipos especiales de propiedad como la propiedad intelectual y la propiedad horizontal, la pérdida de la propiedad como extinciones, expropiaciones y decomiso, ni el régimen de garantías mobiliarias).

Pasó entonces a señalar los rasgos de la regulación del derecho de bienes en el Código Civil vigente, indicando que es una regulación armónica, sin perjuicio de que algunas de sus instituciones hayan quedado desuetas; es una regulación simétrica, por cómo las distintas instituciones encajan (y coloca como ejemplo la regulación de la acción reivindicatoria); es una

regulación fundante, y aprovecha para destacar la importancia de un Código Civil, pues marca la estructura, expresa la valoración política del legislador sobre la sociedad, sobre la forma de ejercer los derechos, y por lo tanto se debería tener en cuenta que no se está reformando una ley cualquiera. Adicionalmente, señala que es una estructura enriquecida por la jurisprudencia, dando algunos ejemplos de esos desarrollos por parte de la denominada “Corte de Oro”. Y finalmente, señala que es un lenguaje exquisito, claro, preciso y conciso que es esencial para llegar al ciudadano. Todo esto lleva a que el Código Civil tiene una identidad propia, poniendo como ejemplo la teoría del título y el modo.

Luego señaló que no se puede hablar de una reforma del libro de bienes, sin tener en cuenta la constitucionalización del derecho de bienes, que se ve reflejada en varios aspectos. En primer lugar, las múltiples referencias normativas en el texto constitucional; segundo, en la redefinición de los derechos reales (como por ejemplo el derecho de propiedad y la servidumbre de tránsito); tercero, la pérdida de la condición de absoluto del derecho de propiedad, cuarto, la solidaridad; quinto, los derechos fundamentales; sexto, la referencia a bienes especiales y la referencia a propiedades especiales.

Continuó el profesor Rodríguez planteándose la pregunta de la necesidad de la reforma al derecho de bienes. Señala que el paso del tiempo trae nuevos bienes y necesidades que traen un nuevo norte, resalta la necesidad de dinamizar las relaciones económicas, el surgimiento de nuevos bienes y necesidades, la necesidad de adaptación de las instituciones a las nuevas necesidades. Y cierra con la pregunta de si el Código Civil en la parte de bienes puede ser adaptado o si la adaptación requiere una reforma como la planteada en el proyecto.

Para concluir, el profesor Rodríguez menciona las preocupaciones que le despierta el proyecto. En primer lugar, señaló la asimetría en la terminología, pues el proyecto de manera indistinta habla de diferentes cosas, que si bien reconoce una nueva realidad, es necesario dar una simetría y armonía en el lenguaje. En segundo lugar, la sustitución de la teoría del título y modo por la de fuentes de la propiedad; en este sentido considera el panelista que, sin perjuicio de las problemáticas que la primera presenta, es una teoría que funciona en la práctica jurídica colombiana. En tercer lugar, muchas disposiciones hacen referencia a la ley, normas especiales y a reglamentos, pero la Corte Constitucional ha indicado que las cuestiones referidas al derecho de propiedad tienen reserva legal y no pueden ir por vía de reglamento. En cuarto lugar, le preocupa la forma como se entiende el fenómeno posesorio, en particular, el cambio de terminología (posesión a nombre propio, a nombre ajeno, mediata, inmediata) cuando conceptos como el de mero tenedor serían claras, precisas y suficientes y le preocupa hablar de un *corpus*

en un país violento como Colombia. En quinto lugar, considera que se debe hacer reflexión de fondo sobre ciertos bienes, en particular sobre los animales, las implicaciones de introducirlos en el capítulo de personas (si son objeto de derechos reales, su representación, etc.). En el mismo sentido cuando se habla de bienes colectivos o de patrimonio común.

Finalmente, pasó el profesor Rodríguez a sintetizar unas conclusiones. Considera que este ejercicio demanda tiempo y requiere una reflexión serena por las implicaciones que tiene. Señaló que se está modificando uno de los pilares del sistema económico y político de la Constitución, por lo que no se debe ir con prisa, porque podría terminarse con un modelo económico distinto al de la Constitución. También considera que el régimen de los bienes públicos no debería estar en el Código Civil sino en un estatuto especial para los bienes públicos. Igualmente, señala que se debe dejar que la jurisprudencia haga la tarea. Finaliza por insistir en que el proyecto es un buen primer paso, pero que no se debe proceder con prisa.

Pasó entonces la moderadora a ceder la palabra a la última panelista, **Silvana Fortich**, profesora de la Universidad Externado de Colombia (1:21:16). Comenzó la profesora por hacer unas reflexiones generales, y se preguntó qué es lo que se quiere hacer, si una reforma, una sustitución por un nuevo código, una modernización o actualización o codificar el derecho positivo. Pasó luego a señalar unas falencias que encontró en el análisis del libro de bienes. Por una parte, se refirió a la importación de figuras extranjeras, en particular del derecho alemán, con una terminología extraña, haciendo hincapié en la importancia de este aspecto. De allí pasó entonces la panelista a exponer unos interrogantes y unas contradicciones que identifica en el proyecto.

En primer lugar, analizó algunos conceptos e instituciones que introduce el proyecto. Comenzó con el tema de la clasificación entre partes integrantes y accesorias prevista en el artículo 200 y 203. La profesora Fortich, se pregunta si esta nueva clasificación quiere reemplazar las categorías de inmueble por adhesión y por destinación. Señala que mientras que en el proyecto, parte integrante es aquella que no puede separarse sin destruirla, en el Código Civil vigente, los inmuebles por adhesión se definen como las que puedan separarse sin su destrucción, lo que implicaría una contradicción. Otro aspecto que señaló la panelista, es el relativo a la naturaleza jurídica de la información. El proyecto la trata como cosa, pero se preguntó si en realidad la información es un bien o es un atributo de la personalidad.

Luego la profesora Fortich pasó a valorar algunas de las modificaciones introducidas por el proyecto. Reitera el tema de la posesión, comenzando por su concepto y planteando un

interrogante sobre el sentido de la expresión “capacidad de influir” sobre las cosas que se introduce al definir la posesión. La panelista señaló que encontró una contradicción en la terminología adoptada en la clasificación entre posesión de propietario o en nombre propio y a nombre ajeno o mera tenencia. Afirmó que esto podría generar confusiones en la comprensión de la figura de la posesión tal y como consolidada en la práctica.

Finalmente, la panelista hizo algunas referencias a cuestiones que no aparecen en el libro de bienes del proyecto, en particular, la eliminación de la división entre cosas corporales e incorporeales, siendo sustituida por cosas materiales e inmateriales y la importancia de la reflexión para la debida incorporación en dichas categorías de los desafíos que presentan las nuevas tecnologías. Termina señalando que es necesario mantener un debate para que las ideas que están en el proyecto se ganen el respeto que merecen.

De inmediato, procedió la moderadora a recoger algunas preguntas de los asistentes y a plantearlas a los panelistas (1:46:50). La primera pregunta se orientaba a cómo se armonizaría la eliminación de la clasificación entre bienes inmuebles por adhesión y por destinación con la ley de garantías mobiliarias que hace referencia a esas categorías; la segunda pregunta se refirió a preguntarse por la razón de no incluir en el proyecto la sucesión por causa de muerte como una de las fuentes de la propiedad; la tercera pregunta, se planteó si la objetivación de la declaratoria de posesión no sería un riesgo para el dueño de bienes que no tiene la mera tenencia de los mismos.

El profesor Tobar tomó la palabra (1:48:00), y se refirió a la no inclusión de la sucesión dentro de las fuentes de las obligaciones. Al respecto, señaló que la idea fue tratar todo el tema de las sucesiones en el libro Quinto, pero que él estaba de acuerdo en que el libro de bienes debería tener al menos una mínima referencia a las sucesiones en el tema de las fuentes de la propiedad. Sobre la armonización de la clasificación inmuebles por adhesión/inmuebles por destinación que se utiliza en la ley de garantías mobiliarias y las categorías que acoge el proyecto, considera que no sería un problema insalvable, y que sería una tarea de los operadores jurídicos hacer la interpretación sistemática. Finalmente, sobre el tema de la definición de posesión, consideró que cuando se enfrentan rupturas con la tradición jurídica se van a enfrentar resistencias. Además, consideró que la distinción entre posesión en nombre y en nombre ajeno, no sería tan extraña a nuestro sistema jurídico, pues sería una idea que el profesor Valencia Zea ya había defendido en sus escritos y en el proyecto que ya había presentado, a partir de una interpretación del artículo 780 del Código Civil vigente que hablaría de posesión en nombre propio y ajeno y se trata de armonizar con el concepto de posesión como poder de hecho.

Tomó entonces la palabra el profesor Juan José Rodríguez (1:51:50). Respecto del tema de bienes accesorios, inmuebles por adhesión y destinación y la ley de garantías mobiliarias, señala que no se trata de una resistencia al cambio, sino que la ley de garantías mobiliarias trae un nuevo enfoque y el Código Civil debería armonizarse con ese nuevo enfoque. Sobre el tema de sucesiones, señaló que concuerda con lo dicho por el profesor Tobar y agregó que el eje del Código Civil vigente no era la propiedad sino el individuo y la propiedad se protege en cuanto está sometida al individuo. Aprovechó el profesor Rodríguez para señalar que la obra del maestro Valencia Zea incorporó aportes muy importantes, como en el caso de baldíos, respecto de los cuales siempre indicó que se adquirirían por adjudicación y el tiempo le acabó dando la razón; igualmente en el tema de la posesión como derecho real provisional. Concluyó señalando que en su opinión, la razón por la que no aparecería la sucesión por causa de muerte como modo de adquirir en el proyecto, podría ser que allí se reconocen las sentencias en procesos divisorios, sucesorios o de adjudicación como una nueva fuente de la propiedad.

La moderadora retomó la palabra (1:55:38) para plantear otra pregunta del público referida a las cosas consumibles que no aparece como clasificación en el proyecto, pero sí se menciona más adelante en contratos de arrendamiento y de leasing, por lo que surgiría una asimetría en ese tema. Y le dirigió una pregunta al magistrado Ternera, sobre por qué considera la posesión como un derecho real. El magistrado Ternera tomó la palabra (1:56:35) para indicar que se trata de una vieja tesis de la Corte Suprema de Justicia, de origen germánico, que de manera más reciente en la Corte Constitucional la retomó y el panelista en lo personal apoya esa tesis y le gustaría verla así en el proyecto, con las prerrogativas de un derecho real, en cuanto a su defensa, a su ejercicio, entre otros. Aprovechó el magistrado Ternera para agregar un comentario sobre la referencia que se hace en el proyecto en materia de posesión a la posesión de propietario, que en realidad debería denominarse posesión como propietario. Y finalmente, sobre los bienes consumibles, señaló la superación de la confusión entre bienes consumibles y fungibles que es de aplaudir.

Con esto, la moderadora, profesora Miquelina Olivieri, cerró la sesión agradeciendo el espacio para la discusión.

A partir de las reflexiones que surgieron en este conversatorio, desde el Observatorio se resaltan algunas ideas clave respecto del libro de bienes.

En primer lugar, se considera que los cambios introducidos por el proyecto en el libro de resultan sustanciales, no solo en cuanto en su estructura, sino también en su contenido y en la forma de concebir algunas instituciones fundamentales del derecho de bienes, como fue señalado por algunos de los profesores invitados. Como surgió durante el conversatorio, queda la duda de si es necesaria una reforma absoluta de la estructura actual del libro sobre los bienes para adaptar la materia a las necesidades contemporáneas.

En segundo lugar, serias inquietudes se generan con el nuevo esquema propuesto para definir y clasificar la posesión, no solo por las consecuencias para un país como Colombia con graves condiciones de violencia y falta de formalización de la tierra, sino por la confusión terminológica por la sustitución de los esquemas ya consolidados en la práctica que diferencian claramente entre posesión material y mera tenencia, con la introducción de una serie de distinciones no del todo claras y con terminología ambigua.

En tercer lugar, en el tema específico de baldíos se considera que el proyecto contiene imprecisiones al seguir considerando el elemento de ocupación como fundamental en el régimen de baldíos, en contravía, por ejemplo, de la normatividad especial contenida en el decreto 902 de 2017, y al derivar un ‘derecho’ de la ocupación o explotación económica, cuando de forma reiterada en legislación y jurisprudencia, se ha señalado que aquella solo genera una expectativa de adjudicación.

En cuarto lugar, quizá el tema que más preocupación genera es el de la regulación del derecho de propiedad propuesto en el proyecto, pues son muchos los riesgos que se podrían derivar de un lenguaje indeterminado como el utilizado para la responsabilidad civil en el que se habla de perjuicios “difusos” causados en razón de una explotación sin interés para el propietario o para el bienestar social; o la subordinación del respeto de la propiedad privada a la no afectación de un “derecho superior de tercero”, en fin, la extinción de dominio en caso de “abandono de conservación” de inmuebles rurales o urbanos. En los casos señalados la falta de un contenido claro, o de un tratamiento doctrinal o jurisprudencial de esas expresiones, podrían llevar a una excesiva y desproporcionada limitación del derecho de propiedad privada. A esto se sumaría la aparente expropiación de aguas de dominio privado sin indemnización que fue señalada por uno de los panelistas, al desaparecer la figura de las aguas de dominio privado, lo cual sería a todas luces inconstitucional.

Estas inquietudes, junto con otras que serán presentadas oportunamente al Ministerio de Justicia y al equipo de la U. Nacional, muestran la necesidad de insistir en una reflexión

pausada y profunda sobre los diferentes temas que, como fue señalado durante el conversatorio, son pilares fundamentales del sistema económico–político de nuestro país.

Relator:

Javier Mauricio Rodríguez Olmos

Docente–Investigador

Departamento de Derecho Civil

Facultad de Derecho

Universidad Externado de Colombia

TERCER CONVERSATORIO *PERSONAS Y SUJETOS DE DERECHO* RELATORÍA

A las 5:06 p.m. del jueves 24 de septiembre de 2020, el moderador **Carlos Chinchilla Imbett**, profesor del Departamento de Derecho civil de la Universidad Externado de Colombia, agradeció a los intervinientes por su participación y a los asistentes por su presencia y cedió la palabra a **Javier Mauricio Rodríguez Olmos**, profesor del Departamento de Derecho civil de la Universidad Externado de Colombia, con el fin de presentar la relatoría del segundo conversatorio dedicado al “derecho de bienes en el proyecto de Código civil” (2:08)¹¹⁸.

A continuación, el profesor **Carlos Chinchilla** dio inicio al conversatorio con algunas reflexiones (16:42), a efectos de destacar que no existe duda acerca de que el Código Civil es la constitución de las relaciones entre los privados y la fuente normativa más importante del derecho privado. También destacó la importancia y el carácter transversal del concepto de persona a efectos de señalar que, en una intervención legislativa orientada a modificar el derecho privado a través del código, se debe comprender la sociedad colombiana en su contexto y garantizar los derechos de los que son titulares las personas desde una óptica que trasciende lo privado, a través de la equidad, la buena fe, la dignidad y la solidaridad. Igualmente, resaltó la necesidad de tener en cuenta las exigencias y finalidades de los derechos fundamentales de las personas, las necesidades del mercado, pero sin transgredir esos valores constitucionales, la construcción de unos institutos alrededor del concepto de persona que respondan a una

.....

118 Los números en paréntesis hacen referencia al momento en que se inicia la intervención en el video que se puede consultar en este enlace: <https://www.facebook.com/DerCivilUEexternado/videos/350926756029928>

sociedad globalizada en donde no se pierda de vista la tutela de la persona y la consideración del ser humano. En ese sentido, el profesor Chinchilla resaltó la importancia de establecer si en el proyecto de código se encuentran superados los macromachismos de nuestra sociedad, si se garantiza una igualdad de género y si se utiliza un lenguaje incluyente, en resumen, si se consagran institutos favorables al concepto de persona. Para esto, y siguiendo al profesor Guido Alpa, el profesor Chinchilla se refirió a la necesidad de analizar institutos transversales como el concepto de persona, a través de diferentes instrumentos, tales como un telescopio, un microscopio y un caleidoscopio. Señaló que el telescopio era necesario porque permitía individualizar las finalidades generales, la estructura en su conjunto, los principios generales que orientan la sistemática del código. En cuanto al microscopio, este permitía entender la dinámica del caso concreto, descifrar cuáles son las reglas. Finalmente, respecto del caleidoscopio, este permite analizar la variedad e interdisciplinariedad propias del derecho civil.

Con estas palabras, el profesor Chinchilla cedió la palabra a **Yadira Alarcón**, profesora de la Universidad Javeriana, para que, con ayuda del telescopio, y respecto de la parte sistemática y el sistema de fuentes, hiciera referencia al rol que tiene el derecho de las personas y sujetos de derecho en los ordenamientos jurídicos contemporáneos, y a la manera de cómo debería reflejarse esto en la estructura de una eventual reforma al Código Civil (21:02).

La profesora **Yadira Alarcón**, luego de reiterar sus agradecimientos por la invitación y manifestar su profunda alegría por compartir este espacio, exaltó la oportunidad única por la que estamos atravesando y la importancia del proyecto de reforma liderado por la Universidad Nacional con base en el proyecto presentado en su momento por el Maestro Valencia Zea. Respecto del rol que tiene el derecho de las personas y los sujetos de derechos en los ordenamientos jurídicos contemporáneos, la profesora Alarcón indicó que cuando se habla del Código Civil nos referimos al máximo estatuto de las relaciones entre los particulares, y en ese sentido es necesario referirse a los sujetos de derecho en la medida en que el individuo ha sido protagonista de esa misma condición de sujeto que opera bajo la noción tradicional de la persona. Dicho protagonismo se observa no solamente en materia civil sino constitucional. Por lo tanto, la profesora Alarcón no imagina una codificación en pleno siglo XXI en la que no se tenga al ser humano como centro del desarrollo de los derechos, además de la existencia y del reconocimiento de antaño de las personas jurídicas. Sin embargo, resaltó la necesidad de aplicar ese gran protagonismo hoy en día a la macrocategoría de sujeto de derechos, y esto por la necesidad de reconocer unas subjetividades que se han dado en el mundo y que han tenido un calado importante en nuestra jurisprudencia, sobre todo en la última década.

Por lo anterior, la profesora Alarcón resaltó la necesidad de un libro especial en el Código Civil dedicado a los sujetos de derechos en el cual se afronte de manera clara y pedagógica el concepto del sujeto de derechos y se consagre su clasificación, sin cerrar la puerta a las posibles nuevas subjetividades que poco a poco van apareciendo en función del desarrollo del mundo, de la humanidad y del entorno ambiental en el que nos movemos. Respecto de dicha clasificación, la profesora Alarcón propone una que a su juicio responde al derecho actual. Así, ella identifica tres bloques: el primero, por supuesto, el individuo de la especie humana, el segundo, las personas jurídicas bajo una concepción tradicional y un nuevo bloque que incluiría los nuevos entes a quienes se les está atribuyendo cierta condición. Dentro de estos entes, podría señalarse a la naturaleza como un sujeto de protección y a los animales reconocidos como seres sintientes. Se trataría de dos manifestaciones nuevas de los sujetos, sin dejar y olvidar el reconocimiento procesal de actuación de algunas figuras, como por ej. el patrimonio autónomo o el señalamiento de la teoría personalidad anticipada del *nasciturus*. Insistió en la importancia de clarificar todas estas categorías y en establecerlas sin cerrarlas herméticamente, pero dejando nítida su existencia, las cuales han venido desarrollándose desde la expedición del código originario como en los últimos tiempos.

Una vez establecidas estas categorías, la profesora **Yadira Alarcón** considera que debe dejarse clara la atribución o el reconocimiento de la personalidad jurídica, teniendo en cuenta que habría algunos sujetos con una plenitud de dicha personalidad jurídica y otros que no, ya que la personalidad jurídica, a su juicio, no es cuestión de todo o nada. Así las cosas, no todos estos sujetos tendrían el mismo desarrollo o alcance de esa personalidad jurídica. Resaltó que, a la persona natural, al individuo de la especie humana, deben reconocérsele los atributos que conforman su personalidad, pero si deben modificarse esos atributos tal y como aparecían en el Código Civil original de cara a estas nuevas realidades. Expresó la necesidad de replantar el alcance del nombre, del estado civil, las nuevas formas de expresarnos en torno a la capacidad, sin dejar de lado otros atributos que también deben quedar explícitos, como lo son el domicilio o el patrimonio, y también la nacionalidad.

Acto seguido, el moderador resaltó el interés de la propuesta de la profesora Yadira Alarcón en cuanto a la manera en la que podría estructurarse en un libro de personas, la concepción del sujeto de derechos, y procedió a darle la palabra a **Jairo Rivera Sierra**, profesor de la Universidad Externado de Colombia (32:54), con el fin de que conociera su posición acerca de cuál sería el rol que tendría el derecho de personas y sujeto de derechos en los ordenamientos jurídicos contemporáneos y de cómo dicho rol podría reflejarse en la estructura en una eventual reforma del Código Civil.

El profesor **Jairo Rivera Sierra** comenzó agradeciendo por la invitación y por abrir este espacio para expresar las opiniones sobre un tema tan delicado y complejo como es el tema no de una reforma, sino de un nuevo Código Civil para Colombia, en el entendido de que el Código Civil es el código de los ciudadanos. Con esta precisión, el profesor Jairo Rivera señaló que el libro de las personas tiene un papel central, como el resto de los libros, en el ordenamiento jurídico. Por lo tanto, cualquier proyecto de Código Civil, a su juicio, debe tener como eje central a la persona. Sin embargo, advirtió que este principio pareciera no tener el peso suficiente en el proyecto de Código Civil. Resaltó que a pesar de ser un código fuertemente inspirado en su estructura y en su sistemática en el Código Civil alemán de 1900, el tema del sujeto derecho, como categoría proveniente de allí, no aparece con el peso suficiente.

Igualmente, recordó que fue justamente en los códigos civiles donde por primera vez aparecieron los aún llamados derechos de la persona y los atributos de la personalidad, y que solo hasta el siglo pasado dichos derechos y atributos adquirieron la categoría de constitucionales; particularmente en lo que se refiere a los atributos de la personalidad. Entonces, antes de la expedición de estas normas constitucionales, era el Código Civil el instrumento fundamental para la protección de los derechos de la persona. Resaltó que no se debe olvidar como en el título preliminar, en la Constitución de 1886, el título tercero de la Constitución Política que era el título de los derechos fundamentales hizo parte del derecho civil porque se consideró que era una garantía más de respeto y del cumplimiento de esos derechos y, sobre todo, de la posibilidad que se tenía de poner a la persona en el lugar que debía tener. Recordó que el Código de Napoleón y el Código de Andrés Bello no tenían como eje central a la persona, ya que en estos era muy importante el discurso de la propiedad privada, pero, sin embargo, había un libro del derecho de las personas, que era un libro garantista. Insistió en que el libro de las personas es y debe ser un cuerpo normativo que irradie todas y cada una de las manifestaciones de las personas frente a sí mismas, frente a la familia, a sus bienes, a sus relaciones patrimoniales, a sus obligaciones y a sus responsabilidades e, incluso, las consecuencias después de su muerte. Sin la persona en un ordenamiento como el colombiano, las demás instituciones no tendrían sentido alguno. Insistió en que la persona debe tener un lugar privilegiado dentro del código, y mucho más con la concepción constitucional que manejamos hoy, por lo que no podría fomentarse una ruptura entre la Constitución Política, los desarrollos jurisprudenciales que hemos tenido y la concepción que podemos manejar de las personas en el Código Civil.

Por lo anterior, cuestionó que este importante proyecto de reforma de Código Civil deje de lado a la persona, que la coloque en un segundo plano y que se haga una desmembración de los atributos de su personalidad para convertirlos, las más de las veces, en parte de otras

instituciones jurídicas que parecen ser más importantes que la persona misma. El profesor Rivera aclaró que el esfuerzo de la Universidad Nacional es muy importante y trascendental, y resaltó el hecho de que toda una generación se ha formado con base en el estudio de los textos y obras del profesor Valencia Zea, por el que todo el país profesa un enorme respeto y afecto, y por esto precisó que esta aproximación “crítica” al proyecto, debe entenderse con un poco de tristeza o pena en el sentido de ver el papel que desempeña aquí el tema de las personas. Resaltó que al mirar rápidamente el Código Civil chino que es de 2020, se encuentra un libro estructurado de personas, inclusive supremamente adelantado en sus temas, en el que se tratan problemas derivados del avance de las tecnologías, la investigación biotecnología, la creación de órganos artificiales, el trabajo en células madre, la donación de órganos, entre otros. También hizo referencia al Código civil argentino de 2016 y señaló que existen otros textos recientes en donde hay una posición privilegiada respecto del Código frente al libro de las personas y frente a todo lo que deviene a partir de ellas.

A continuación, el profesor **Carlos Chinchilla** resaltó el consenso entre los expositores sobre la falta de centralidad que tiene el concepto de persona o de sujeto de derecho en la estructura del proyecto (41:05), y enseguida planteó otra pregunta a la profesora Yadira Alarcón, relacionada con el concepto de persona y el sistema de fuentes. Específicamente, el profesor Chinchilla resaltó que el concepto de personas se alimenta de un sistema de fuentes en nuestro ordenamiento jurídico, y por ello considera importante interrogarse sobre cómo ha sido ese derecho de fuentes que ha venido alimentando poco a poco ese derecho de personas en Colombia y de qué manera ese sistema de fuentes ha transformado nuestro derecho civil.

La profesora **Yadira Alarcón** (42:25) comenzó por precisar que las fuentes formales que determinan los sujetos de derecho en Colombia no han sido ajenas a lo que sucede respecto de otras categorías jurídicas, es decir, se basan en el Código Civil desde su texto original, que sigue vigente en gran parte en su articulado, las reformas legislativas introducidas, y las modificaciones emanadas de la jurisprudencia, sea en materia de jurisdicción ordinaria o sea en sede constitucional, y en esta última ha sufrido cambios a partir de sentencias de constitucionalidad pero también a partir de sentencias de tutela emanadas de las Altas Cortes. A continuación, precisó que, dado el origen decimonónico de nuestro Código Civil actual, la realidad que se consagraba inicialmente en cuanto a sujetos de derechos respondía a modelos patriarcales, culturales y sociales que se apartan de nuestra realidad. Señaló que, en esa época, el concepto de sujeto de derecho se relacionaba con el hombre en el sentido masculino de la expresión, y, además, de un hombre de cierta edad, un hombre mayor de edad. Igualmente, recordó que otros seres humanos como las mujeres y los niños no gozaban del mismo carácter y evocó

el absolutismo del hombre como padre y esposo. A continuación, la profesora Alarcón hizo énfasis en que esta situación fue variando poco a poco con el reconocimiento de otros seres humanos. También resaltó como la mujer alcanzó el reconocimiento de su igualdad de una manera progresiva, y para ello recordó un primer intento, de carácter patrimonial, que tuvo lugar con la ley 28 del 1932, luego mencionó el reconocimiento de la ciudadanía en 1954, y finalmente insistió en el reconocimiento de la igualdad de la posición jurídica del hombre y la mujer al interior de la familia con el decreto 2820 de 1974.

Recordó como los niños y las niñas son sujetos que tampoco eran considerados en su plenitud como lo son ahora, y resaltó que su condición de sujetos no se consolida sino hasta las declaraciones internacionales, la Convención Internacional de los derechos del niño, los decretos 2737 de 1989 y nuestra actual ley 1098 de 2006 que también sufrió una reforma importante con la ley 1878 de 2018. Igualmente, señaló que las personas jurídicas han cambiado y han sufrido unas modificaciones importantes. En este punto hizo énfasis en la teoría de la ficción que sirvió de fundamento para explicar este tipo de personas y en la importancia de que la ciudadanía sea consciente de que no todos los sujetos son personas naturales y que la condición de sujeto es una creación jurídica. Igualmente, resaltó la importancia del cambio respecto de la concepción de las personas jurídicas, en la medida en que hoy en día la teoría que les sirve de fundamento es la organicista, y esto por cuanto permite establecer que la voluntad que emana del grupo de una persona jurídica colectiva no es igual a la expresión de voluntad de cada uno de los individuos que la conforman.

Igualmente, recordó que hay otros sujetos que han ido ganando un reconocimiento para su protección civil, como las personas en situación de discapacidad, quienes estuvieron marginadas y fueron tratadas como objetos, como personas apartadas de la sociedad a través de la interdicción y quienes han visto reconocer en gran dimensión su personalidad a través de la ley estatutaria 1618 de 2013 y la ley 1996 de 2019. Insistió en que en Colombia tenemos una esfera constitucional absolutamente garantista, y en que se han logrado muchos avances en los últimos 30 años de desarrollo de la Constitución. Recordó la existencia de unos sujetos de especial protección constitucional y de unos sujetos colectivos como los indígenas, la población Rom, los Afrodescendientes, los Raizales. Señaló que hay quienes, como el profesor Ortiz Monsalve, se refieren a la familia como un sujeto colectivo, y que habría que mirar como esa voluntad de la familia supera la individualidad. Finalmente, mencionó que los desarrollos jurisprudenciales han implicado el reconocimiento de sujetos de protección como la naturaleza, los ríos y los seres sintientes, como los animales, sin que se hayan tenido todavía manifestaciones directas que no hayan sido revocadas. Sin embargo, resaltó que existen pronunciamientos de las altas

cortes que insisten en la obligación que tenemos como seres humanos, de cohabitar, coexistir, cuidar y proteger a otros seres y sujetos de derecho.

El profesor **Carlos Chinchilla** intervino y señaló la importancia de analizar las categorías en forma dinámica y no solamente estática (50:20). Con esta precisión, el profesor Chinchilla interrogó a **Jairo Rivera** acerca del sistema de fuentes y de cómo dicho sistema ha transformado nuestro Código Civil y el entendimiento del derecho de personas.

El profesor **Jairo Rivera** (50:53) comenzó por señalar que, en su criterio, el sistema de fuentes lo preside en nuestro país la jurisprudencia, y después el trabajo del legislador en muchos campos, tanto en el derecho de las personas como en el derecho de familia. Recordó que, a pesar de que algunas de las materias más desactualizadas del Código Civil eran aquellas relacionadas con la familia y las personas, la labor de la jurisprudencia, en particular la de la Corte Constitucional en materia de inexequibilidad, ha jugado un papel estelar al expulsar de nuestro ordenamiento jurídico todas aquellas normas contrarias al ordenamiento. También resaltó que por la vía de la tutela se ha hecho un trabajo encomiable en lo que se refiere al avance en materia de la protección de los derechos. A continuación, el profesor Rivera señaló que, lamentablemente, el trabajo que ha venido haciendo la Corte constitucional no se refleja de la misma manera en el proyecto de Código Civil objeto de discusión.

Cuestionó, por ejemplo, la falta una perspectiva de género, y el hecho de que no se logra superar la visión estereotipada de la mujer. También sugirió la inclusión, en materia de personas y de familia, de un enfoque más diferencial y el abandono de una visión adultocéntrica, la cual hoy en día sería incompatible con el bloque de constitucionalidad, la jurisprudencia sobre niños, niñas, la jurisprudencia sobre la llamada tercera edad, sobre el libre desarrollo de la personalidad, y las pautas dadas para los temas de género y los relativos a las personas de especial protección.

También insistió en la necesidad de que el proyecto de Código Civil refleje las normas y pautas que ha fijado la jurisprudencia sobre la libertad, el respeto por el otro, la solidaridad, la dignidad, tema crucial en nuestra Constitución, y sobre la parte final de la vida, la disposición del cuerpo humano, lo que ha trabajado la Corte Constitucional en materia de eutanasia, distanasia, ortotanasia, los cuidados paliativos y también el esfuerzo normativo que se ha venido haciendo por parte del Gobierno Nacional y por parte del Congreso. El profesor Rivera insistió en que todos estos avances no tienen un reflejo exacto en el proyecto de código que se examina y que vale la pena que haga parte del mismo.

El profesor **Carlos Chinchilla** retomó la palabra (54:55) en aras de precisar que, efectivamente, y bajo un análisis telescópico, pareciera que en el proyecto de reforma del Código Civil hiciera falta un análisis del sistema de fuentes en Colombia, y entender la relevancia del entendimiento de las figuras, hoy por hoy, a través de un sistema constitucional de fuentes. Luego, resaltó que en la actualidad las instituciones del derecho deben estudiarse desde el foco de la jurisprudencia, de la legislación y de la doctrina. Finalmente, se refirió a la necesidad de analizar el proyecto a través de otras herramientas como el microscopio y el caleidoscopio, esto con el fin de entender algunos institutos concretos dentro del proyecto. Con esta precisión, el profesor Chinchilla interrogó a la profesora Yadira Alarcón acerca del concepto de sujetos de derechos o sujetos de protección constitucional y, más específicamente, acerca del debate relativo a su terminología, su concepto y alcance, con el fin de determinar si dicho debate se ve o no reflejado en el proyecto de reforma.

La profesora **Yadira Alarcón** (57:24) comenzó por señalar que en el proyecto de reforma se resalta el tema de la dignidad humana y del pluralismo, lo que es fundamental, porque esto es el reflejo de nuestras conquistas. También resaltó la importancia del principio de solidaridad, fundamental en tiempos de pandemia y en tiempos de una nueva normalidad para la humanidad. Señaló que en el proyecto se observa una florescencia del tema de los derechos de la personalidad. Resaltó, igualmente, la exaltación a los derechos del cuerpo y de sus partes, lo que se reflejaría por el hecho de dedicar un título a estos temas. Destacó el hecho de que se aborden temas debatibles, tales como la gestación subrogada, que ella prefiere llamar gestación sustitutiva, aunque puede coincidir en la terminología en el sentido de que lo que se subroga no es la maternidad sino la gestación. También indicó que se incluyen algunos temas importantes relativos a la identidad en Colombia, la posibilidad del cambio de nombre o de fijar la identidad en el registro civil, el tema del orden de los apellidos sin distingo de los progenitores, lo que en su concepto recoge gran parte del desarrollo que se ha logrado en estos últimos tiempos en la materia. A continuación, indicó la importancia de reconocer al compañero o compañera permanente como integrantes de la unión marital de hecho, más allá del reconocimiento de las formas tradicionales de cónyuge dentro del matrimonio.

También hizo énfasis en la necesidad de avanzar y no retroceder ni dar un paso atrás, sobre todo porque nuestra sociedad ya tiene una mentalidad de constitucionalización del derecho y está acostumbrada a nuevas formas familiares, a nuevas formas de pareja, a nuevas manifestaciones de esos derechos de las personas, entendidas estas como individuos de la especie humana. Agregó que el tema de la capacidad de goce nunca ha sido cuestionado y que esto

debe mantenerse así. Sin embargo, puso de presente que el tema de la capacidad de ejercicio necesita mayor claridad y sistematicidad. En este punto, cuestionó la regulación de la capacidad de obrar en el proyecto en el sentido de que se queda un poco corta para definir todo el alcance de la capacidad. A título de ejemplo, señaló que echa de menos la capacidad progresiva del adolescente, ya que, aunque esta se menciona, resalta que hay estatutos de nuevas codificaciones que han hecho prácticamente un baremo de lo que implica la capacidad progresiva del adolescente, y que esto no se ve reflejado en el proyecto. Por lo anterior, insistió en que este tema se debe trabajar y los profesores deben discutir acerca de cómo sería esa mayor manifestación de la capacidad progresiva del menor de edad.

Luego, señaló que comparte plenamente lo expuesto por el profesor Rivera en lo relativo a los temas de género y a la necesidad de trabajar los aspectos relacionados con el adulto mayor. Insistió en la necesidad de garantizar una protección de los derechos subjetivos desde el punto de vista de nuestro derecho civil, e hizo énfasis en la necesidad de trabajar en el uso de un lenguaje incluyente en el proyecto de reforma. Para la profesora Alarcón existe un problema importante en este aspecto y considera que es fundamental que cuando se hable de derechos subjetivos todas las personas se sientan incluidas, que no haya un lenguaje que moleste a ningún tipo de individuos sin distinción de raza, sexo, edad. Insistió en que no podemos permitirnos faltar al deber que tenemos los juristas de manejar un lenguaje mucho más incluyente. Finalmente, afirmó que, si se tienen en cuenta los avances en temas relativos a las nuevas formas familiares, al papel de la mujer y a su autonomía para fijar su identidad, no resulta viable pensar en propuestas como mantener el apellido del marido. En su criterio, este tipo de propuestas no se sostendrían frente a una actual igualdad de derechos frente al hombre y la mujer y las distintas formas de familia. También mencionó la necesidad de tener una visión de la familia de crianza incluyente y la importancia de tener en cuenta, al redactar las normas, el cambio de paradigma, de lo contrario sería muy difícil sacar adelante un proyecto de reforma.

A continuación, el profesor **Carlos Chinchilla** retomó la palabra y resaltó la importancia de los aspectos señalados por la profesora Alarcón en cuanto a los desafíos de la codificación del siglo XXI, principalmente la necesidad de sentirnos parte de una sociedad incluyente y multicultural (1:06:36). Enseguida, hizo énfasis en la importancia del tema de los derechos /atributos de la personalidad y con ello le solicitó al profesor Jairo Rivera referirse a un ejemplo en el proyecto que dé cuenta de cómo son tratados estos derechos y atributos de la personalidad, y esto con el fin de ver si, en efecto, el proyecto recoge las discusiones en torno de dicho tema.

El profesor **Jairo Rivera** (1:07:56) comenzó por resaltar la importancia de los atributos de la personalidad, sobre todo por razones de carácter histórico. Señaló que los llamados atributos de la personalidad propios del Código Civil, el constitucionalismo moderno los volvió derechos, lo que debería implicar toda una sistemática en un proyecto de Código Civil nuevo. Insistió en que esos derechos o atributos tienen que conjugar con la mentalidad de la sociedad en la cual se va a aplicar esa normatividad.

Igualmente, manifestó su preocupación por la forma como se está regulando el nombre, el cual es muy sensible en nuestro ordenamiento jurídico, el nombre como vocativo para designar una persona, para identificar e individualizar a un sujeto. En cuanto al nombre, indicó que en el proyecto se prescribe que la mujer casada puede tomar el apellido del marido, para resaltar que, dentro de un enfoque de género y desde un punto de vista constitucional, es bastante discutible. A continuación, precisó que, de conformidad con el proyecto, dicho apellido puede ser precedido o no de la partícula “de”. Resaltó que en Colombia no existe la tradición de que la mujer pierda su apellido y utilice el apellido de su cónyuge, y que el tema del uso de la partícula “de” merece un debate específico. Además, cuestionó la posibilidad contemplada en el proyecto de que el marido pueda oponerse a que su mujer se identifique con su apellido cuando se utilice para una actividad diferente a la vida conyugal. Para el profesor Rivera, se trata de normas que no pueden calar en la sociedad colombiana. Insistió en que se trata de un ejemplo clarísimo, entre otros que podrían mencionarse, de un atributo de la personalidad que se vuelve derecho, que no aparece en el proyecto de Código Civil como un derecho y que trae una regulación que no es propia de la sociedad colombiana.

Luego, el profesor Rivera se refirió a la capacidad, con el fin de poner de presente que la capacidad no existe en el derecho solamente por el negocio jurídico e insistió en que no se puede explicar la capacidad desde el negocio jurídico, porque la capacidad es una institución que, desde el derecho civil de las personas, ilustra o ilumina el resto de los libros, claro, desde el derecho civil personas como tal, pero también obviamente derecho civil contratos, obligaciones, etc. Con base en lo anterior, el profesor Jairo Rivera afirmó que no se puede desconocer la importante y nutrida jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre el tema de la capacidad, especialmente la capacidad de los niños de ir tomando decisiones, así no sean técnicamente capaces, es decir, así no tengan mayoría de edad, aspecto que ya había sido puesto de presente por la profesora Yadira Alarcón.

También señaló otro punto fundamental, y es lo relativo al tema del *nasciturus*. Resaltó el papel de la jurisprudencia en Colombia en materia de *nasciturus* a partir de la sentencia del aborto y cuestionó el hecho de que dicha jurisprudencia tampoco se vea reflejada en el proyecto. Finalmente, el profesor Jairo Rivera afirmó que el proyecto de reforma liderado por la Universidad Nacional es un trabajo sobre el cual se puede aportar muchísimo, para enriquecerlo y para que sea un instrumento cada vez más útil al ciudadano común y corriente.

A continuación, el profesor **Carlos Chinchilla** (1:13:33) preguntó a la profesora Yadira Alarcón acerca de su opinión en cuanto a la regulación de la posibilidad de incluir la partícula “de” en materia del nombre de la mujer casada.

La profesora **Yadira Alarcón** (1:13:56) señaló que, románticamente hablando, le encantaría llevar el apellido de su esposo si él aceptara llevar el de ella, ya que considera que se trata en realidad de un tema de igualdad. Sin embargo, insistió en que en Colombia se trata de un problema de apropiación de la igualdad. Indicó que no tenemos una tradición o una cultura suficientemente arraigada en términos de igualdad, como para retroceder en el ámbito del protagonismo de la mujer en la familia. Resaltó que la igualdad nos dignifica y la dignidad no puede perderse de vista y puede que muchas mujeres no se sientan respetadas en su dignidad con esa propuesta. También señaló que podría surgir un problema en torno al género porque hoy en día puede haber parejas de igual género. Resaltó que hay que tener más cuidado con este tipo de propuestas, ya que, aunque se trata de una propuesta innovadora en el sentido de que algunos países desarrollados la conservan, en nuestra cultura y nuestra tradición el que la mujer no lleve el apellido del hombre le da un estatus civil de mucha mayor autonomía.

El profesor **Jairo Rivera** (1:16:37) intervino con el fin de hacer algunas precisiones en torno de la capacidad y señaló que de un tiempo para acá se han tenido problemas con las normas sobre la capacidad, problemas de carácter técnico bastantes complejos y problemas de carácter procedimental, y que en el proyecto de reforma tampoco se encuentran respuestas a estas dificultades. Por esto insistió en que se trata de un aspecto en el que debe trabajarse de manera importante para que se establezca una normatividad que permita superar los problemas actuales.

La profesora **Yadira Alarcón** (1:17:37) intervino para indicar que en el proyecto también debería revisarse lo relativo al estatuto personal en su ámbito espacial. Señaló que es un debate

necesario y que no se puede perder de vista la incidencia del estatuto personal en el ámbito del Derecho Internacional Privado.

Finalmente, el profesor **Carlos Chinchilla** (1:18:22) intervino con el fin de insistir acerca de la preocupación respecto del hecho de que el Código Civil refleje la jurisprudencia que la Corte Suprema de Justicia y la Corte constitucional han venido desarrollando en materia de personas, una preocupación en cuanto al concepto mismo del sujeto de derecho. Resaltó la importante propuesta de la profesora Alarcón sobre el particular. También insistió sobre la preocupación acerca de la manera de estructurar los atributos de la personalidad o los derechos humanos, desde la perspectiva del derecho civil. En definitiva, puso de presente la existencia de muchas preguntas que quedan sin resolver en el proyecto y que refleja la necesidad de una lectura pausada porque en últimas, el Código Civil es la constitución del ciudadano de a pie. Antes de finalizar la sesión, el profesor Chinchilla preguntó a los panelistas cuál sería el consejo que darían, como profesores universitarios con una amplia y sólida formación académica y también como practicantes de la profesión, para un proceso de reforma a nuestro derecho civil, y en especial en materia de personas.

La profesora **Yadira Alarcón** (1:20:21) señaló la importancia de dar un concepto del sujeto de derecho que sea incluyente, e insistió en que se reconozca como un ser o una entidad al que se le atribuye la capacidad de tener o detentar derechos y, en principio, contraer obligaciones. El consejo sería que la nueva normativa de claridad a las personas sobre cuando nos estamos refiriendo a los seres humanos protegidos por los derechos fundamentales desde la concepción individualista, y cuando estamos haciendo uso de soluciones jurídicas, como la ficción, para proteger otras formas de vida.

El profesor **Jairo Rivera** (1:21:44) consideró necesario dar dos consejos: el primero, actualizar desde el punto de vista normativo el Código Civil con una jurisprudencia muy importante que ha producido el país; el segundo, escuchar a muchos sectores, a los ciudadanos, a los jueces, a los magistrados, a los decanos de las facultades de derecho, convocar a los especialistas, a los sectores que tienen que ver con todos estos temas para tener una visión mucho más amplia. Reiteró la necesidad de agradecer a la facultad de derecho de la Universidad Nacional porque nos ha puesto a estudiar y nos ha puesto en la tónica de ayudar a mirar cómo podemos tener un mejor proyecto.

La profesora **Yadira Alarcón** (1:22:53) se unió a las palabras del profesor Jairo Rivera y reiteró su agradecimiento a la Universidad Externado y a la Universidad Nacional.

El profesor **Carlos Chinchilla** (1:23:37) retomó la palabra para agradecer a los profesores invitados por su generosidad y disposición con el Observatorio sobre la vigencia y reforma al Código Civil colombiano liderado por la Universidad Externado de Colombia. También agradeció a todos los asistentes. Con esto, el profesor Chinchilla cerró la sesión e invitó a todos a participar con sus comentarios.

Relatora:

Anabel Riaño Saad

Docente–Investigadora

Departamento de Derecho Civil

Facultad de Derecho

Universidad Externado de Colombia

CUARTO CONVERSATORIO *DERECHO DE FAMILIA* RELATORÍA

El evento tuvo lugar el martes 6 de octubre de 2020 de 17.00 a 19.00 de la tarde. El conversatorio fue moderado por la profesora **Maria Eugenia Gómez** del departamento de Derecho Civil de la Universidad Externado de Colombia, y contó con la participación de las siguientes profesoras en calidad de panelistas: **Aida Kemelmajer**, profesora de la Universidad de Palermo en Argentina, **Emilssen González de Cancino**, directora del Centro de estudios sobre genética y derecho de la Universidad Externado de Colombia, **Natalia Rueda**, profesora del departamento de Derecho Civil de la misma universidad y, **Marcela Gómez Molina**, profesora de la Universidad Nacional de Colombia, coordinadora del proyecto de reforma y co-redactora del libro de familia del proyecto.

El evento comenzó con la presentación por parte de la profesora **Anabel Riaño Saad** de la relatoría del tercer conversatorio del 24 de septiembre de 2020 sobre el tema de los sujetos de derecho y la persona en el proyecto de reforma del Código Civil.

Posteriormente, la profesora **Maria Eugenia Gómez** abrió el evento y destacó la importancia del libro V del proyecto sobre el derecho de familia por su relación con el derecho de las personas y el estatus familiar. Posteriormente introdujo a las panelistas y describió la metodología del conversatorio.

El conversatorio estuvo dividido en siete grandes bloques temáticos. El primer bloque, a propósito del nuevo Código Civil y Comercial argentino de 2014 y la experiencia argentina en temas de familia, estuvo a cargo de la profesora **Kemelmajer**. En el segundo y tercer bloque,

dedicados respectivamente a la estructura y organización del libro de familia y a la incorporación de la jurisprudencia constitucional en el proyecto de reforma, participaron todas las panelistas. En el cuarto bloque la profesora **Kemelmajer** comentó la ausencia de regulación en el código argentino de los denominados hijos de crianza. En el quinto la profesora **González de Cancino** discutió la regulación en materia de técnicas de reproducción humana asistida y gestación por sustitución. En el sexto la profesora **Gómez Molina** presentó las novedades del proyecto a propósito de las relaciones de pareja y finalmente, el séptimo bloque estuvo a cargo de la profesora **Rueda**, quien comentó sobre la relación entre la teoría de la responsabilidad civil y el libro de familia en el proyecto. El conversatorio se desarrolló de forma dinámica, con comentarios de las panelistas en cada una de las secciones y siguiendo el hilo conductor propuesto por las preguntas y anotaciones de la profesora **Maria Eugenia Gómez** como moderadora.

En relación con el primer bloque, es decir, la experiencia argentina y el código civil y comercial del 2014, la profesora **Kemelmajer** anotó que el código argentino tiene un título preliminar del que surgen los grandes principios, y que incluyen a aquél relacionado con el proceso de diálogo de fuentes en las que se incluyen la Constitución, los tratados internacionales de derechos humanos y la jurisprudencia. Después de describir la estructura del código, la profesora **Kemelmajer** analizó el libro segundo, que regula las relaciones de familia y destacó cómo el mismo título del libro, en plural, nos indica un pluralismo familiar. De igual manera, destacó cómo el código argentino es un código que está muy preocupado por la eficacia, y que, en tanto la norma procesal es muchas veces la que impide la eficacia de la norma sustancial, el título octavo prevé mecanismos para ayudar a la solución de los conflictos.

Señaló también la importancia del proceso de constitucionalización del derecho privado en general, que incluye no solamente a la Constitución, sino también al bloque de constitucionalidad. Por ejemplo, tratados de derechos humanos con impacto directo en el derecho de familia, como es la Convención Internacional de los Derechos del Niño, la Convención de no discriminación contra la mujer y las convenciones para las personas de la tercera edad.

La profesora **Kemelmajer** propuso también hacer una relectura de los valores clásicos del constitucionalismo: igualdad, libertad y fraternidad, a los que los argentinos han agregado el de eficacia. Sostuvo que la igualdad no es la igualdad formal, sino la igualdad real, que implica en el derecho de familia el pluralismo de formas familiares, la libertad, que hoy la denominamos autonomía, y la fraternidad responsabilidad y solidaridad. En su opinión, el valor eficacia

es también importante para que las decisiones que se toman en los tribunales se cumplan y no queden en el papel.

A propósito del principio de igualdad, sostuvo que tiene implicaciones, entre otros, en el matrimonio, en el nombre, en la unión convivencial y en la filiación. En relación con el matrimonio, el artículo 402 del código argentino lo dice en forma expresa: ninguna norma puede ser interpretada ni aplicada en el sentido de limitar, restringir, excluir o suprimir la igualdad de derechos y obligaciones de los integrantes del matrimonio. Sobre el nombre sostuvo que, atendiendo a la autonomía, y respetando la igualdad, cualquiera de los cónyuges puede optar por llevar el propio o adoptar el de la pareja. En la unión convivencial, y también en el matrimonio, los efectos para parejas del mismo sexo tienen que ser exactamente los mismos que los efectos para el matrimonio o uniones convivenciales de personas heterosexuales. La filiación por TRHA está prevista como una tercera clase de filiación, junto con la filiación por naturaleza y por adopción. Se trata de una tercera clase especialmente porque el material genético que se utiliza puede provenir de un tercero.

En el código argentino no quedó regulada la gestación por sustitución y en el proyecto colombiano solo está previsto el supuesto en el que la mujer comitente aporta los óvulos. La profesora **Kemelmajer** consideró que, en todo caso, es un avance que se regule la gestación por sustitución.

Finalmente, en relación con la igualdad, sostuvo que esta también se manifiesta en el artículo 660 que prescribe que las tareas cotidianas que realiza el progenitor que ha asumido el cuidado personal del hijo tienen un valor económico y constituyen un aporte a su manutención.

Sobre la libertad-autonomía, sostuvo que en el proyecto colombiano no aparecen los niños, niñas y adolescentes (NNA) como centro de las relaciones familiares. Y al no aparecer, no aparece esa noción de autonomía progresiva que existe en las leyes de infancia y en la jurisprudencia colombiana. Por el contrario, en el código civil argentino la noción de autonomía progresiva está a la orden del día, por ejemplo, en aquellos artículos que hablan sobre la edad y grado de madurez.

A propósito de la solidaridad y la responsabilidad, la profesora **Kemelmajer** indicó que el proyecto conserva en muchas de sus disposiciones el viejo concepto de la culpa, que desapareció en el derecho argentino para el divorcio y para las prestaciones compensatorias.

En su opinión, los tres principios deben funcionar de modo equilibrado junto con el principio de eficacia. Ejemplos de este último principio son los artículos 670 y 553 del código argentino sobre alimentos y comunicación, pues le dan una alta facultad al juez para que utilice todos los mecanismos procesales razonables para hacer cumplir la sentencia.

Finalmente, concluyó recordando que el lenguaje del código no puede ser ni discriminator ni hiriente y señaló que la persona debe ser el centro de sistema y la familia como el ámbito que desarrolla de manera mejor la personalidad del ser humano.

A continuación, la profesora **Maria Eugenia Gómez** agradeció la exposición y comentó como en los 259 artículos que tiene el libro de familia se observa una modificación de la legislación actual en un ochenta por ciento. Además, recordó la importancia en Colombia de la jurisprudencia, la constitucionalización del derecho privado y la aplicación de los convenios internacionales y manifestó su extrañeza por la ausencia de la autonomía en el proyecto de código y de otros avances que tuvieron lugar a propósito del código de infancia del año 2006.

Posteriormente, la profesora **Gómez** hizo una primera pregunta general para todas las panelistas que dio pie para desarrollo del segundo bloque temático del conversatorio:

1. ¿CÓMO CONSIDERAN LA ORGANIZACIÓN DEL LIBRO, LOS CAPÍTULOS, Y EL ORDEN EN QUE SE ABORDAN LOS DISTINTOS TEMAS, Y CUÁLES SON SUS APRECIACIONES EN GENERAL SOBRE LO REGULADO EN EL LIBRO DE FAMILIA EN EL PROYECTO DE CÓDIGO CIVIL?

Respondió primero la profesora **Emilssen González De Cancino** y señaló que el proyecto presentado por la Universidad Nacional no es realmente una reforma sino un nuevo código pues propone una nueva organización que implica una elección sistemática diferente.

Sugirió también que el libro de familia debe estar ubicado después del libro de personas, pues al enviarlo después del libro dedicado a los negocios jurídicos, y antes del libro de sucesiones, parecería que en la familia es más importante el tema patrimonial que el tema de los derechos y deberes de los individuos que conforman la familia. Sin embargo, indicó que a pesar de que la ubicación del libro pareciera desmentirlo, el proyecto en verdad sí se preocupa por

estos derechos. En su opinión, al libro de familia debe dársele la misma consideración dentro del sistema que al derecho de personas.

Continuó la profesora **Marcela Gómez Molina** **quién**, **quién**, después de agradecer el espacio, aclaró que la Universidad Nacional no ha puesto a disposición este proyecto al Ministerio de Justicia para que lo presente al Congreso, ni la Universidad Nacional lo ha radicado en el Congreso a espaldas del país. Aclaró también que no es una pretensión de la Universidad Nacional hacer lobby, sino únicamente poner a disposición de la comunidad jurídica y de la sociedad civil, agremiada o no, sus ideas sobre dos cosas: 1. que el Código Civil debe ser actualizado y unificado solamente en su régimen de obligaciones y contratos con el de comercio y no unificar los dos códigos y; 2. que el proyecto presentado no tiene la pretensión de que sea un proyecto final que le quieran imponer al país. Finalmente, en este punto hizo un llamado a los gremios y todos aquellos que quieran participar para que los contacten, y entren en diálogo, para poder oírlos.

Para dar respuesta a la pregunta, la profesora **Marcela Gómez** señaló tres elementos sobre la estructura y orden del libro. En primer lugar, indicó que el proyecto crea un libro de familia que no existe, y que debe existir para recoger las normas dispersas en materia de derecho de familia y los avances de la jurisprudencia nacional y los tratados internacional. En segundo lugar, observó que el proyecto conserva las instituciones básicas que integran el actual derecho de familia (esponsales, el matrimonio monógamo, las capitulaciones matrimoniales, el régimen de bienes, la filiación, la patria potestad, los alimentos, la familia adoptiva y los hijos de crianza) y ensambla las leyes posteriores a la promulgación del código, como por ejemplo las relativas a las relaciones de familia, la Ley 28 de 1932, el Decreto 2028 de 1974, o la idea básica de la Ley 1a de 1976 sobre el divorcio, la ley 45 de 1936 con todas sus reformas y la Ley 54 del 1990 junto con la ley 979 de 2005. Todo esto sin mayores cambios. Finalmente, indicó que el orden del proyecto responde a un orden lógico y coherente, fácil de entender y de aplicar, teniendo en cuenta las innovaciones pertinentes del derecho de familia en la región y a nuestro país.

Respondió a continuación la profesora **Rueda** y reconoció que detrás del proyecto hay un esfuerzo invaluable. Sin embargo, vio con preocupación el afán con el que se quieren abrir las puertas de la discusión del proyecto. Propuso que la discusión del proyecto sea, no solamente una socialización, sino un debate horizontal que convoque a todos los actores del derecho en el país. Indicó que el proyecto puede ser un muy buen punto de partida, pero invitó al Ministerio de Justicia a reducir el ritmo y la velocidad de la discusión.

Además, señaló que el libro de familia introduce una enorme cantidad de cambios, y en no pocas ocasiones desconoce principios y garantías constitucionales, como los principios de igualdad, no discriminación, debido proceso, y derecho de contradicción. En relación con el libro de familia sugirió que convendría hacer un alto en el camino para hacer una revisión general del lenguaje pues en muchas ocasiones no hay coherencia interna en el código, pero tampoco respecto de otras fuentes, como el bloque de constitucionalidad. Así, observó como en materia de infancia y adolescencia se abandona la teoría de la protección integral y el enfoque de los derechos fundamentales en relación con los NNA y se retoman expresiones como menores en situación de abandono, casi como remitiendo a la teoría de la situación irregular que se eliminó en 2006. Recordó que es importante revisar el lenguaje para unificarlo, pues hay algunos aspectos que podrían resultar contradictorios y generar problemas. Consideró además necesario eliminar toda expresión que haga referencia a la legitimidad de los hijos. También identificó como problemático el empleo indistinto de los conceptos de deber y obligación para referirse a conductas que no pueden ser configuradas como obligaciones porque les falta alguno los elementos esenciales (por ejemplo, la patrimonialidad de la prestación). En todo caso, a juicio de la profesora, la referencia a lo largo del libro de deberes como si fueran obligaciones puede inducir a grandes dificultades.

La profesora **Rueda** consideró como un acierto la supresión de la definición del matrimonio como un contrato. Sin embargo, indicó que en el libro se definen sus efectos como obligaciones. Por esta razón se preguntó sobre si se puede exigir el cumplimiento por vía judicial, y si en consecuencia, su incumplimiento puede sancionarse con la responsabilidad civil.

De igual manera, consideró que es importante unificar el lenguaje para seguir la tendencia a nivel internacional de adoptar el término responsabilidad parental como la expresión que mejor describe las relaciones filio-parentales sin la excesiva carga ideológica que tiene la potestad, pero con el efecto de responsabilizar el rol parental.

Finalmente, indicó que la aspiración del código debe ser la de incluir no solo principios sino también reglas generales, pues de otro modo el proyecto nacería descodificado. Invitó por último a arriesgarnos a pensar el derecho civil y de familia como un derecho profundamente técnico, pero sin olvidar que la técnica no es impermeable a los principios y a la posibilidad de construir un modelo de familias que reconozca y promueva la pluralidad en las familias, las múltiples masculinidades y las múltiples feminidades. Un derecho civil que rompa desde la base con las causas estructurales de la violencia, como los estereotipos de género y los mitos del amor romántico. Invitó también a los redactores del proyecto a romper esquemas y a atre-

verse a pensar el derecho de familia a partir de los lentes nuevos sobre los que ya la academia y las organizaciones sociales están trabajando.

La profesora **Maria Eugenia Gómez** coincidió con la profesora **Rueda** en que hay vacíos normativos en el proyecto. Especialmente en materia de infancia, observó que la Convención de los derechos del niño queda de lado frente a lo propuesto. A continuación, formuló la segunda pregunta que dio pie al desarrollo del tercer bloque temático del conversatorio.

2. LA JURISPRUDENCIA EN COLOMBIA HA SIDO UNA JURISPRUDENCIA BASTANTE RICA Y NUTRIDA EN MATERIA DE DERECHO DE FAMILIA Y DERECHO DE INFANCIA, ¿REGOGE ESTA PROPUESTA DE REFORMA DICHA CONSTITUCIONALIZACIÓN Y LOS APORTES QUE HA HECHO LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL? ¿ESTÁN RECOGIDOS EN ESTA NORMATIVIDAD PLANTEADA O HAY RETROCESOS FRENTE A LOS QUE YA SE HA AVANZADO POR VÍA JURISPRUDENCIAL?

La profesora **González de Cancino** reconoció indudablemente los avances que logró Colombia con la Constitución de 1991, especialmente con las acciones constitucionales, pero recordó que algunos de esos avances comenzaron ya dentro del mismo derecho privado, y otros incluso dentro del derecho laboral y la seguridad social. También indicó que hay temas que la jurisprudencia y las leyes especializadas han desarrollado, pero que no parecieron quedar incorporados en el proyecto. Señaló dos aspectos adicionales. En primer lugar, que el artículo 1598 del proyecto, que es el que abre el libro de familia, dice que se reconocen todas las familias. En su opinión, se trata de una promesa exquisita y extraordinaria y no tiene ninguna aprehensión en reconocerlo como una promesa ajustada a los cánones de la democracia. Pero sugirió que, en razón de la puesta en práctica de la norma, quizás valdría la pena circunscribirla a los cánones constitucionales, porque de otro modo se correría el riesgo de tener muchos modelos de familia por fuera de los presupuestos constitucionales. Otra solución, en su opinión, podría ser la modificación de la constitución misma. Es decir que la constitución rompa el esquema artículo 42 CP actual, según la cual la familia se forma por la decisión de un hombre y una mujer, luego ampliado por la jurisprudencia a las parejas de personas del mismo sexo. En segundo lugar, señaló que es propicia la oportunidad de integrar, desde el derecho privado, a las comunidades indígenas a la vida ciudadana y a las reflexiones jurídicas, pues no hay entrada en el proyecto de

código a las comunidades indígenas, cuando ya en el derecho privado ha sido necesario pensar en ellos. Recordó la sentencia de Antonio y Bassanio, en la que se cambió el formulario del registro civil y se indicó que los padres podrán decidir el orden de los apellidos, también para el caso de las familias indígenas de parentesco matrilineal. Así, sugirió que valdría la pena que el código les tuviera en cuenta, o de manera tan importante como hace el código de Bolivia, o por lo menos ajustado a la nueva perspectiva de esas comunidades desde la misma constitución colombiana.

La profesora **María Eugenia Gómez** observó que el proyecto no se han incorporado los parámetros establecidos por la Corte Constitucional con relación al concepto de familia, y en su opinión, existe un agravante al reconocer a todas las familias cualquiera sea su conformación, pues en el título preliminar el proyecto indica que todas las familias serán iguales en el manejo patrimonial. En su opinión, el tema del manejo patrimonial es ambiguo porque es incierto si hace referencia al manejo de la economía familiar o a los derechos económicos derivados de esas relaciones de familia.

A continuación, respondió la pregunta la profesora **Marcela Gómez Molina**. La profesora comentó en primer lugar que el libro de familia se pensó como la regulación de lo más básico y general y no un libro cerrado y puntual para evitar su envejecimiento prematuro. Esa es una de las razones por las que el proyecto habla de “todas las familias”, pues remite allí a la Constitución, para que sea esta la que permita una actualización permanente. Por cuanto el derecho de familia se desactualiza muy rápido, intentaron mantener la menor descripción posible en el proyecto.

Posteriormente indicó que el libro pretendió recoger los pronunciamientos de la Corte Constitucional en su totalidad, e intentó conciliar esos mandatos constitucionales con algunos principios del Derecho Romano que no se quisieron derogar de tajo sino ponerlos a consideración del país, como por ejemplo, la regla romana de que el hijo de mujer casada tiene por padre al marido de la madre, o que el hijo de mujer casada no podrá ser reconocido como extramatrimonial si no media la impugnación del marido de la madre.

En este punto, la profesora **Marcela Gómez** advirtió que en la mayoría de las veces en que se trató de conciliar principios tan antiguos con principios constitucionales, ella se separó de la decisión de la mayoría del grupo de estudio porque a su juicio un proyecto de código debe romper definitivamente con la protección del *pater familias*, pues se trata de una figura vieja y patriarcal cuyo poder en la familia se ha venido reduciendo y hay que seguirlo reduciendo.

Esto implica, en opinión de la profesora **Marcela Gómez**, que hay que dejar de regular la sexualidad de la mujer, excusándose en que es necesario hacerlo para el establecimiento de una filiación paterna, que hoy en día se puede establecer por otros medios que no son el seguimiento del comportamiento sexual de la mamá. También implica que se debe expulsar definitivamente que la filiación del hijo dependa del establecimiento de las relaciones horizontales entre sus padres, como son las relaciones matrimoniales, las uniones maritales, o las que se dan en el estado de soltería, para que pasen a recaer en donde realmente recaen, y es en la decisión individual y responsable de ser papá o mamá. También implica en su sentir que, en materia de alimentos de menores de edad, al hijo recién nacido, al niño y al adolescente se le trate con mayor protección, como por ejemplo partiendo del reconocimiento de que se le deben alimentos desde que nace y no desde que demanda al padre o madre su necesidad. A propósito, recordó un fallo reciente de la Corte Constitucional en el que resolvió la demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 421 del actual Código Civil que consagra que los alimentos se deben desde la primera demanda, es decir, desde que se piden. En su opinión, la Corte se equivocó al no declarar que los alimentos se deben desde el nacimiento, pues según la Corte, el interés superior del menor no estaba siendo vulnerado. Así, la profesora **Gómez Molina** indicó cómo, a pesar de que se apartó de la mayoría del grupo, en el proyecto quedaron recogidos los aportes de la jurisprudencia constitucional y la constitucionalización del derecho que la mayoría del grupo pensó que deberían quedar recogidos.

Posteriormente, la profesora **González de Cancino** le preguntó a la profesora **Marcela Gómez** si en el caso anteriormente mencionado, la Corte fue en contra de la progresividad de los derechos, en tanto hay otras sentencias en las que había condenado por alimentos debidos al *nasciturus*. La profesora **Marcela Gómez** respondió que efectivamente así fue.

Respondió a continuación la profesora **Natalia Rueda**. En su sentir el proyecto introduce fórmulas genéricas que pueden conducir a pensar incorporada la constitucionalización. Señaló, sin embargo, que el proyecto incorpora, bajo la redacción de normas que en apariencia son neutrales, formas de discriminación indirecta contrarias a la igualdad e inconstitucionales. Por ejemplo, en materia de discapacidad, la profesora **Rueda** señaló que, si bien el libro de personas hace referencia a la capacidad legal plena, en el de familia se contraría la convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad porque utiliza expresiones que están proscritas en el ordenamiento, como discapacitado o incapacitado, y en varias ocasiones las utiliza con un criterio de discriminación. Así, en el proyecto, la discapacidad es causal de pérdida de cuidado personal, causal de rechazo de plano de la solicitud del matrimonio, causal de oposición y de nulidad del matrimonio, causal de cesación de la facultad

de administrar los bienes del hijo, causal de suspensión y privación de la potestad parental. La profesora **Rueda** indicó que en todos estos casos hay violación de la convención y del ordenamiento interno.

También señaló que las disposiciones del proyecto que establecen la discapacidad como causal de suspensión y privación de la potestad parental, pérdida de la facultad de administrar los bienes del hijo o como causal de pérdida del cuidado personal, desconocen también los tratados internacionales que reconocen y garantizan el interés superior de los NNA porque está privando de la relación parental al niño con el fundamento único de la discapacidad del padre o la madre.

La profesora **Rueda** observó cómo, a pesar de que el proyecto reconoce todas las formas de familia, en realidad la estructura y el contenido del libro de familia privilegia injustificadamente el matrimonio como forma de organización familiar. Por los anteriores motivos sugirió estructurar el proyecto, no en función del matrimonio y esas otras formas de familia, sino en función de las relaciones de pareja de una parte, y de las relaciones de filiación de otra. En su opinión, una estructura de este tipo no establecería ningún tipo de restricción al acceso y ejercicio de los derechos de los hijos en función de la relación que tengan los padres y madres. Finalmente, la profesora **Rueda** anotó la poca regulación del proyecto a propósito de la familia de crianza.

En relación con la sugerencia de la profesora **Rueda** sobre estructurar el libro de acuerdo con las relaciones de la pareja y relaciones con los hijos, la profesora **Kemelmajer** señaló que esta es la metodología que sigue el código civil argentino, porque como mostró, el libro regula el matrimonio, las uniones convivenciales, y después es filiación y la responsabilidad parental, etc. Así, el código argentino no hace distinción entre hijos matrimoniales y extramatrimoniales, pues la igualdad es absoluta. Sin embargo, la profesora **Kemelmajer** hizo la salvedad de que esa igualdad no se manifiesta en la constitución del lazo filiativo porque cuando nace un niño dentro de un matrimonio, ese niño nace automáticamente con doble vínculo filiativo, pero un niño que nace de una mujer soltera no tiene automáticamente ese doble vínculo, por obvias razones.

La profesora **Maria Eugenia Gómez** observó a propósito de la familia de crianza que en Colombia no existe un verdadero desarrollo legal, y la Corte Constitucional de Colombia tampoco la ha tratado a fondo.

A continuación, la profesora **Maria Eugenia Gómez** le planteó una pregunta a cada una de las panelistas para desarrollar los otros tres bloques del conversatorio. A la profesora **Kemelmajer** le preguntó sobre la experiencia argentina en materia de familia de crianza.

La profesora **Kemelmajer** respondió que el código argentino no regula la familia de crianza aunque sí regula la familia ensamblada e introduce la figura del padre o madre afín. La familia de crianza en el derecho argentino aparece en algunos casos de la jurisprudencia, especialmente cuando se reclaman daños y perjuicios.

La profesora **Maria Eugenia Gómez** comentó cómo la propuesta del código plantea que el hijo de crianza, de convivencia y dependencia produce unos efectos jurídicos de acuerdo con la ley, pero a su vez tiene el carácter de hijo matrimonial o extramatrimonial. Por este motivo, señaló la profesora, parecería que el hijo de crianza tiene todos los mismos derechos y obligaciones de aquellos hijos que han sido concebidos dentro o fuera del matrimonio, en tanto que la propuesta mantiene el lenguaje de hijo matrimonial, extramatrimonial y de hijos legítimos. Por este motivo, la profesora **Gómez** se preguntó sobre la relación del hijo de crianza con la figura de la adopción, pues en la adopción los padres tienen que pasar por todo un proceso para adoptar, y ahora a través del cuidado de un hijo, se podrían tener los mismos efectos. En su opinión, este es otro tema que requiere más análisis, estudio y desarrollo en la propuesta de código.

La profesora **Kemelmajer** sostuvo que, por las anteriores razones, el código argentino no regula el hijo de crianza. Es una figura que aparece jurisprudencialmente, pero no para las típicas relaciones de familia, sino fundamentalmente en el ámbito de la responsabilidad para legitimar. En el derecho de familia argentino sí está regulada la adopción y en esa sede hay gran apertura para que los jueces resuelvan el caso concreto con base en lo mejor para el niño o niña. Explicó además cómo, en relación con este tema, hay casos recientes muy interesantes, de acciones de adopción que han sido interpuestas no por los adoptantes, sino por ese hijo de crianza al que nunca se le inició el juicio de adopción.

La profesora **Maria Eugenia Gómez** anotó que en el artículo sobre solidaridad familiar del código de infancia y adolescencia está contemplada la anterior posibilidad. Este artículo indica que la familia que quiere adoptar al niño que ha acogido, podrá hacerlo sin que deba entrar en la lista de espera y cumplir con los requisitos que tendría otra persona que quisiera adoptarlo sin tener ningún vínculo afectivo preexistente. En este caso, señaló, lo importante es demostrar que efectivamente existe un vínculo afectivo.

La siguiente pregunta, para la profesora **González de Cancino**, versó sobre si la regulación propuesta en materia de TRHA responde a las necesidades actuales de legislación en esta materia.

La profesora **González de Cancino** manifestó su entusiasmo por que las TRHA se hayan tenido en cuenta en el proyecto e indicó que en Colombia no existen antecedentes legislativos, más allá de un decreto que se preocupó por la organización de las UBR, y no por las consecuencias personales de la aplicación de las técnicas. En su opinión, no puede haber una regulación completa de estas técnicas en el código, porque, entre otras cosas, las leyes que se refieren a tecnologías y biotecnologías deben ser revisadas periódicamente. Así, señaló que deben introducirse en el código y en las leyes estatutarias correspondientes sólo principios y reglas generales.

Consideró como un acierto que se haya introducido una regulación sobre TRHA, pero señaló que sería ideal que las normas del Código Civil pudieran remitir a una ley de carácter general sobre TRHA. Sugirió también que es mejor que el proyecto haga reenvíos a leyes y no a reglamentos, pues todo lo que tiene que ver con los efectos personales de la aplicación de las TRHA debe ser materia legislativa. Comentó que es necesario hacer una labor de concordancia para revisar las normas que se refieren a los plazos, por ejemplo para la presunción de paternidad del hijo, o para la autorización de inseminación *postmortem*.

La profesora **González de Cancino** encontró que en el artículo 45 se habla de plazo y se presume que la concepción ha precedido el nacimiento no menos de 180 días ni más de 300. En su opinión, el problema de la anterior norma en relación con las TRHA es que por ejemplo, si se trata de una fertilización in vitro con transferencia de embriones, entre la fertilización consentida por el compañero o por el marido y la transferencia al útero con miras a que comience el embarazo pueden haber transcurrido meses o incluso años. En relación con el artículo 1728 que autoriza la inseminación artificial *postmortem* siempre y cuando lo haya autorizado el marido, y el hijo nazca antes de los 300 días después de la muerte del marido comentó que se trata de una exigencia muy irreal, pues la mujer tendría que prácticamente ir en la mañana al funeral del marido y en la tarde a la UBR. En su opinión, la legislación española toma un buen criterio y es que la mujer tenga que usarlos dentro del año siguiente a la muerte del marido, pero no que el niño tenga que nacer 300 días después de la muerte del marido o compañero. De igual manera, en relación con el artículo 1728, propuso que se aclare que se refiere a la aplicación de las TRHA y no solamente a la inseminación *postmortem*.

En relación con el artículo 1793, que indica cuáles son los hijos extramatrimoniales, y que estos son los nacidos después de 300 días después de terminada la unión marital o el matrimonio, la profesora **González de Cancino** manifestó su inquietud en el sentido de que no se tuvo en cuenta la posible ruptura de estos plazos por el empleo de las TRHA, y de que tampoco se tuvo en cuenta la hipótesis de los hijos del hombre soltero tenidos mediante gestación por sustitución.

En relación con el artículo 1796 la profesora **González de Cancino** sugirió que se miren con cuidado todas las remisiones a la parte médica, porque no es posible convertir al médico en funcionario del registro civil.

Finalmente, en relación con la maternidad por encargo, la profesora planteó algunas preguntas y sugirió que el proyecto, particularmente en el artículo 51 sobre actos de disposición del cuerpo, use otro tipo de lenguaje, menos doctrinal y más legislativo.

De igual modo, este artículo deja, en su opinión, una ambigüedad pues indica que las relaciones estarán regidas por la convención, aunque en el artículo 1742 habla de contrato y solo permite la maternidad por encargo sin contraprestación, lo cual excluiría su inclusión dentro de los contratos.

También se preguntó sobre si el documento en el que se deje constancia de la gestación por sustitución debe ser un documento notarial, o un contrato entre las partes, o si jugará algún papel la UBR. Tampoco le resulta claro cuáles serían las partes en ese contrato. Sugirió también revisar los términos dadores, donantes de material genético, titularidad materna. Desde el punto de vista personal, consideró preferible hablar de gametos y embriones.

Recordó también que muchas veces se deja de lado el enorme compromiso biológico de la gestante y, en esa medida, la madre gestante también es una madre biológica. Finalmente indicó que sería bueno eliminar las ambigüedades para que se sepa con claridad qué es lo que va a atribuir la maternidad, si la voluntad procreacional o el contrato.

La siguiente pregunta, dirigida a la profesora **Marcela Gómez**, versó sobre las innovaciones y los cambios necesarios incorporados en la propuesta de reforma del código a propósito de las relaciones de pareja.

La profesora **Marcela Gómez** respondió que, en cuanto a las relaciones de pareja la protección recae sobre las relaciones mediadas por el matrimonio y las de hecho a partir de las cuales se pretende formar una familia y quedan excluidas las relaciones de pareja de noviazgo y las de los amantes.

En relación con el matrimonio comentó los siguientes cambios: en la promesa de matrimonio se introdujo una indemnización por los gastos invertidos para llevar a cabo el matrimonio, y por los perjuicios morales causados cuando una de las partes se niega a cumplir la promesa; para la celebración se propuso como edad mínima, como regla general, los 18 años, y excepcionalmente, bajo control del juez y el notario los mayores de 16; para la celebración del matrimonio se propuso que se pueda elegir desde la solicitud de este, el régimen patrimonial que lo regirá. En relación con las nulidades matrimoniales se quitaron los llamados requisitos negativos para contraer matrimonio como causal de nulidad insubsanable y se transformaron en prohibiciones para contraer matrimonio. En relación con las nulidades subsanables se incluyó el dolo como vicio del consentimiento. Comentó de igual modo como novedad la inclusión de la inexistencia del matrimonio cuando se celebra con falta absoluta del consentimiento o de competencia.

En relación con las obligaciones y derechos de los cónyuges sostuvo que el proyecto propone que no constituyan incumplimiento de los deberes conyugales la suspensión unilateral de la convivencia si esa suspensión se comunica al otro por cualquier medio idóneo dentro de las 8 horas siguientes a la suspensión. También en relación con la separación de cuerpos, se propuso que se mantuviera, mejorándola para que sea un paso previo al divorcio. De igual modo, propuso que se mantenga la separación de cuerpos judicial y de hecho, y que se incluya una nueva que es la extrajudicial. De tal forma que cuando la separación extrajudicial haya durado más de seis meses y haya sido de común acuerdo se pueda inscribir en escritura pública y ese acto disolverá la sociedad conyugal. Señaló que a la separación de hecho se le dan mayores efectos jurídicos, en el sentido de que las partes pueden unilateralmente suspender la vivencia en común, pero inscribir dicha suspensión en el registro civil.

En relación con el divorcio, comentó que la mayor novedad es que se propone pasar de un sistema de causales a solo una causal de divorcio que reúne las anteriores 9. Lo que esto implica, en su opinión, es una simplificación de la declaratoria del divorcio porque el juez debe solo observar si efectivamente se rompió la vida en común o si es imposible continuar con la misma, pero no debe entrar a valorar la culpa. Cuando ha habido separación de cuerpos, esta será causal de divorcio cuando ha pasado un año desde la inscripción en la escritura pública,

si es separación extrajudicial, o si ha pasado un año desde la presentación de la demanda de separación judicial o, si ha pasado un año desde la separación de hecho de común acuerdo o unilateral. La profesora **Marcela Gómez** observó que, en cuanto a la unión marital de hecho hay cuatro cambios. Se introducen precisiones en cuanto a su definición, pues se entiende por comunidad de vida la convivencia afectiva con proyecto de vida común, y además se le impuso el término de permanencia de dos años para que se presuma. Esto sin perjuicio de que se pueda inscribir voluntariamente antes de este término. Se propuso también que se presuma la cesación definitiva de la unión marital de hecho cuando han transcurrido seis meses desde el último acto de convivencia. Se introdujo una aclaración en relación con las relaciones de noviazgo y con las relaciones afectivas casuales, advirtiendo que estas no son una comunidad de vida. Por último, el proyecto recoge una en una norma lo que ya se ha dicho jurisprudencialmente: en relación con que las capitulaciones operan también para la unión marital de hecho, y en cuanto el matrimonio entre los compañeros cuando se casan entre sí, se extienden sus efectos personales hasta el inicio de la unión marital de hecho.

La profesora **Maria Eugenia Gómez** comentó cómo la propuesta sobre relaciones de pareja en el proyecto suscita muchos interrogantes. Por ejemplo: se utiliza el error como causal de nulidad, pero se dice que un error sobre una calidad especial del contrayente; también se utiliza todavía el sano juicio. Asimismo observó que el proyecto equipara la figura de la unión marital de hecho al matrimonio en lo que tiene que ver con todos sus derechos y obligaciones pero que la Corte Constitucional ha sido clara y enfática en señalar que son dos figuras diferentes y son dos formas de conformar de familia diferente. Una se basa en una total libertad y autonomía, y a partir de ahí se derivan unos efectos que son diferentes de aquellos que se derivan del matrimonio. En su opinión, esa equiparación genera incertidumbre porque si las dos figuras son iguales, entonces, ¿por qué acudir al matrimonio? No obstante, también observó que en el proyecto la unión marital de hecho se termina por la terminación de la convivencia, pero aun así la sociedad patrimonial solamente se disuelve posteriormente con unas determinadas formalidades, como si el efecto patrimonial de la unión marital de hecho subsistiera para efectos de su disolución a pesar de que la convivencia ya se haya terminado, lo que, señaló, es totalmente contrario a lo que sucede en el matrimonio, en el cual solamente hasta el momento en que se disuelve el matrimonio subsisten los efectos patrimoniales.

En respuesta, la profesora **Marcela Gómez** solicitó aclarar algunas cosas. En primer lugar, indicó que el proyecto intentó mantener las diferencias establecidas por la Corte entre la unión marital de hecho y el matrimonio, sobre todo en la forma de constituir las, sin embargo, agregó que el proyecto sí busca que la protección para ambas formas de familia sea la misma.

En segundo lugar, expresó que, en relación con la terminación de la sociedad patrimonial, esta termina en el mismo momento en que termina la unión marital. Por último, se refirió a la doctrina de la inexistencia e indicó que se configura en el matrimonio cuando le hacen falta algunos de sus elementos básicos, como la manifestación de la aceptación, o cuando se ha celebrado a espaldas del Estado.

La profesora **Natalia Rueda** cerró el último bloque temático con su respuesta a la pregunta sobre si la regulación del proyecto es acorde a la teoría general de la responsabilidad civil y sobre si es necesaria una regulación específica en sede de responsabilidad civil en materias de familia.

La profesora **Rueda** manifestó su entusiasmo por que se empiece a hablar de responsabilidad civil por daños intrafamiliares. Sin embargo, indicó sus dudas sobre la necesidad de una regulación en este respecto, pues la cláusula general de responsabilidad y el principio general de reparación integral son suficientes. En la escasa jurisprudencia sobre esa materia, las barreras que se presentan para la indemnización del daño intrafamiliar provienen de, por una parte, el desconocimiento por parte de los jueces de la responsabilidad civil, y por otro, de la visión estereotipada de la familia que tienen los jueces que tienen que acudir a su protección. En ese sentido, sugirió que la apuesta del proyecto puede ser riesgosa pues al incluir hipótesis específicas de responsabilidad podría conducir a la idea de taxatividad de los eventos dañinos. Agregó además que el proyecto no considera otros daños, como aquellos que pueden causar los padres a los hijos, como la negativa a reconocer el hijo extramatrimonial, o a aquellos que se pueden causar entre cónyuges al margen del divorcio. En relación con la indemnización producto del divorcio criticó que la responsabilidad esté atada a la infracción grave e injustificada de deberes y obligaciones, por cuanto haría cambiar el ámbito de análisis, y se pasaría de valorar el daño como fuente de obligación a partir de su configuración, a tener que juzgar su gravedad para que se configure la responsabilidad. También sostuvo que es problemático que se establezca la caducidad de un año respecto de los perjuicios morales, porque podría dar a entender que no se indemnizan los patrimoniales y los extrapatrimoniales que no se refieran al puro daño moral. Además, argumentó, esto dislocaría la competencia del juez y rompería con los principios de economía procesal, igualdad y reparación integral del daño. Agregó que desde el punto de vista de la responsabilidad civil, el centro de análisis tiene que ser el daño y que, en todo caso, sería preferible que se mantuviera el modelo de la cláusula general de responsabilidad, si se quiere, precisando que no excluye la responsabilidad por los daños intrafamiliares. También, en su opinión, valdría la pena considerar la posibilidad de incluir formas alternativas de reparación que en la familia podrían tener un efecto positivo.

Después de esta intervención, la profesora **Maria Eugenia Gómez** sugirió que quizás fuera necesario organizar otro conversatorio para tocar todos los temas que no se alcanzaron a tocar en relación con este libro, como los cambios que se introdujeron en sede de filiación, y en el tema de la responsabilidad parental y del cuidado personal, que el proyecto de código parece asimilar en las causales para la pérdida de una y otro. Indicó también que el proyecto introduce una obligación a cargo del ICBF de cuidado de los ancianos, que podría resultar peligroso en su opinión, pues por razones presupuestales no podría atender todas sus funciones. Por último, la pregunta a la profesora **Kemelmajer** sobre sus recomendaciones a partir de la experiencia argentina.

La profesora **Kemelmajer** respondió que es importante la flexibilidad de las normas para poder adaptarse a los cambios de la familia. Desde luego, indicó, hay materias en que las reglas deben predominar sobre los principios, pero el Derecho de familia se estructura más sobre principios que sobre reglas, y esa es la manera de poder llevar adelante el interés superior del niño, y en tantas otras materias. Recalcó además la importancia de que en las universidades se deje la enseñanza de los principios dentro de un sistema del cual hacen parte los derechos humanos.

El evento concluyó con el especial agradecimiento de la profesora **Maria Eugenia Gómez** a la profesora **Marcela Gómez**, y a las demás panelistas y a los asistentes.

Relator:

Enrique Santamaría Echeverría

Docente Investigador

Centro de Estudios sobre Genética y Derecho

Facultad de Derecho

Universidad Externado de Colombia

