

**REFLEXIONES CRÍTICAS SOBRE LA
PROPUESTA DE CÓDIGO CIVIL
PRESENTADO POR LA UNIVERSIDAD
NACIONAL DE COLOMBIA**



**tirant
lo blanch**
GRUPO EDITORIAL



RED COLOMBIANA DE PROFESORES DE DERECHO PRIVADO

**REFLEXIONES CRÍTICAS SOBRE LA PROPUESTA DE CÓDIGO CIVIL
PRESENTADO POR LA UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA**
Dossier

Coordinadores académicos

MAXIMILIANO ARAMBURO CALLE
JORGE OVIEDO ALBÁN

Autores

MÓNICA JULIANA AHUMADA MOZZO
MAXIMILIANO A. ARAMBURO CALLE
JOSÉ LUIS BENAVIDES RUSSI
CARLOS ALBERTO CHINCHILLA IMBETT
ENRIQUE DÍAZ RAMÍREZ
DAVID FABIO ESBORRAZ
EDGAR IVÁN LEÓN ROBAYO
YIRA LÓPEZ CASTRO
FABRICIO MANTILLA ESPINOSA
EDUARDO MANTILLA-SERRANO
ÁLVARO MENDOZA RAMÍREZ
MARGARITA MORALES HUERTAS
JUAN FELIPE NAVIA REVOLLO
MARTHA LUCÍA NEME VILLARREAL
JORGE OVIEDO ALBÁN
NICOLÁS PÁJARO MORENO
FERNANDO PALACIOS SÁNCHEZ
NICOLÁS POLANÍA TELLO
JAVIER MAURICIO RODRÍGUEZ OLMOS
CATALINA SALGADO RAMÍREZ
ISUÉ VARGAS BRAND

TIRANT LO BLANCH
2020

CONTENIDOS

PRESENTACIÓN

Primera parte: cuestiones generales

1. ¿CÓMO ACTUALIZAR EL DERECHO PRIVADO EN COLOMBIA?
CATALINA SALGADO RAMÍREZ (Universidad Externado de Colombia)
2. LA REFORMA AL CÓDIGO CIVIL: UN MANUAL DE DEMOLICIÓN INSTITUCIONAL
EDUARDO MANTILLA-SERRANO (Abogado, árbitro y consultor en comercio internacional)
3. NECESIDAD Y PERTINENCIA DE LA REFORMA AL CÓDIGO CIVIL COLOMBIANO
MÓNICA JULIANA AHUMADA MOZZO (Abogada, árbitro)
4. ¿UN NUEVO CÓDIGO CIVIL?
ÁLVARO MENDOZA RAMÍREZ (Universidad de La Sabana)
5. PRIMERAS OBSERVACIONES AL SISTEMA EXTERNO DEL PROYECTO DE CÓDIGO CIVIL Y ESPECIALMENTE DE SU PARTE GENERAL
JUAN FELIPE NAVIA REVOLLO (Universidad Externado de Colombia)
6. ALGUNAS INQUIETUDES SOBRE LA SISTEMÁTICA Y ESTRUCTURA ADOPTADA EN EL PROYECTO DEL CÓDIGO CIVIL
JAVIER MAURICIO RODRÍGUEZ OLMOS (Universidad Externado de Colombia)
7. LA LEY APLICABLE A LOS CONTRATOS INTERNACIONALES EN LA PROPUESTA DE CÓDIGO CIVIL DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL
JORGE OVIEDO ALBÁN (Universidad de La Sabana)
8. LA LIBERTAD ECONÓMICA
Enrique Díaz Ramírez (Universidad del Rosario)

Segunda parte: derecho de propiedad

9. LA PROPIEDAD, “A LA PENÚLTIMA MODA”
NICOLÁS PÁJARO MORENO (Universidad del Rosario)
10. LA IRREALIDAD DE LA ACTUALIZACIÓN NORMATIVA DE LA REALIDAD JURÍDICA
EDGAR IVÁN LEÓN ROBAYO (Universidad Sergio Arboleda)

Tercera parte: obligaciones

11. COMENTARIOS ACERCA DE LA DISCIPLINA DEL ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA, DEL PAGO DE LO NO DEBIDO Y DE OTRAS SITUACIONES QUE DAN LUGAR A REPETICIÓN, EN EL PROYECTO DE CÓDIGO CIVIL PRESENTADO POR LA UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA
JOSÉ LUIS BENAVIDES RUSSI (Universidad Externado de Colombia)

Cuarta parte: teoría general del contrato y contratos en particular

12. DEL CONTRATO. A PROPÓSITO DEL PROYECTO DE REFORMA DEL CÓDIGO CIVIL DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL
FABRICIO MANTILLA ESPINOSA (Universidad del Rosario)
13. UNA VISIÓN CRÍTICA A LA TEORÍA GENERAL DEL CONTRATO PROPUESTA EN EL PROYECTO DE REFORMA AL CÓDIGO CIVIL DE BELLO
MARTHA LUCÍA NEME VILLARREAL Y DAVID FABIO ESBORRAZ (Universidad Externado de Colombia)
14. INCUMPLIMIENTO Y REMEDIOS EN EL PROYECTO DE REFORMA AL CÓDIGO CIVIL
ISUÉ VARGAS BRAND (Universidad Sergio Arboleda)
15. LA INEJECUCIÓN DEL CONTRATO EN EL PROYECTO DE REFORMA AL CÓDIGO CIVIL
CARLOS ALBERTO CHINCHILLA IMBETT (Universidad Externado de Colombia)
16. UNILATERALISMO E INCUMPLIMIENTO
MARGARITA MORALES HUERTAS (Universidad Externado de Colombia)
17. EL SANEAMIENTO POR VICIOS OCULTOS EN LA COMPRAVENTA EN LA PROPUESTA DE CÓDIGO CIVIL DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL
JORGE OVIEDO ALBÁN (Universidad de La Sabana)

Quinta parte: responsabilidad extracontractual

18. CUESTIONES GENERALES SOBRE EL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL EN EL PROYECTO DE CÓDIGO CIVIL
MAXIMILIANO A. ARAMBURO CALLE (Instituto Colombiano de Responsabilidad Civil y del Estado y profesor de la Universidad Pontificia Bolivariana)

Sexta parte: derecho comercial

19. EL DERECHO COMERCIAL FRENTE AL PROYECTO DE CÓDIGO CIVIL
YIRA LÓPEZ CASTRO (Universidad del Rosario)

20. ALGUNOS TEMAS PARA CAMBIAR EN LA REGULACIÓN DEL SEGURO QUE CONTEMPLA EL PROYECTO DE CÓDIGO CIVIL DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA, PRIMERA VERSIÓN
FERNANDO PALACIOS SÁNCHEZ (Universidad de La Sabana)
21. COMENTARIOS AL PROYECTO DE SUSTITUCIÓN DE LOS CÓDIGOS CIVIL Y DE COMERCIO DESDE LA PERSPECTIVA DEL SISTEMA CONCURSAL DE COLOMBIA
NICOLÁS POLANÍA TELLO (Socio de DLA Piper Martínez Beltrán y director del Capítulo de Insolvencia del Centro de Estudios de Derecho Procesal – CEDEP)

PRESENTACIÓN

MAXIMILIANO A. ARAMBURO CALLE
JORGE OVIEDO ALBÁN

Cuando se intenta remover o reemplazar uno de los pilares jurídicos de una sociedad, como lo es el código civil en los países de tradición continental, todo el ordenamiento sufre conmoción, aunque al final ese mismo ordenamiento se mantenga en pie. Se trata, guardadas las proporciones, de lo mismo que ocurre cuando se tocan los cimientos de una edificación, incluso si se trata de un reforzamiento estructural. El civil es, al fin y al cabo, el “código de la vida y de la muerte”, como lo calificó el profesor José Alejandro Bonivento Fernández, uno de los promotores de la propuesta de la Universidad Nacional de actualizar el proyecto de código que, entre los años setenta y ochenta del siglo pasado, redactó Arturo Valencia Zea con la pretensión de reemplazar el de Andrés Bello, vigente en el territorio colombiano Colombia desde mediados del siglo XIX.

La iniciativa actual —liderada por el citado Bonivento y por Pedro Lafont Pianetta, connotados profesores y exmagistrados que también hicieron parte de la llamada “Comisión revisora del Código Civil colombiano”, de 1980— tiene el expreso propósito de remozar poner al día el proyecto de Valencia, que no gozó de acogida en las postrimerías del siglo pasado. En esa labor, según se ha dicho en diversos foros, se han tomado en cuenta modernas tendencias legislativas y los avances de la jurisprudencia, especialmente la constitucional.

Desde que en el mes de julio pasado el Ministerio de Justicia y del Derecho arropó la propuesta y la puso en circulación con el fin de ampliar el debate —imprimiéndole a la cuestión un espíritu democrático del que carecía—, se han sucedido, uno tras otro, foros, seminarios y reuniones de discusión en diferentes universidades, gremios y asociaciones profesionales. Varios documentos de notable interés han salido de esas discusiones. Además de la comunicación del Consejo Gremial Nacional —que pide al Gobierno no impulsar el proyecto— textos de marcada naturaleza académica, como los redactados por los profesores de las universidades Externado de Colombia y del Rosario, han servido como motores de una amplia reflexión sobre la necesidad de recodificar, y en qué sentido, que se ha trasladado incluso a los medios de comunicación y, cómo no, también a las redes sociales. Allí hay ya una ganancia: que una sociedad esté dispuesta a debatir tan ampliamente sobre normas jurídicas de derecho privado más allá de los claustros universitarios puede considerarse un logro incalculable y habla bien de su madurez jurídica.

A ese mismo propósito está llamado a servir el presente documento, fruto de las reflexiones que, alrededor de la propuesta de código, ha tenido un grupo de académicos y académicas de diferentes universidades, vinculados a la *Red Colombiana de Profesores de Derecho Privado*. Las contribuciones que se encuentran en él tienen una característica común: su tono crítico con la propuesta. Desde cuestiones metodológicas generales hasta la revisión de detalles en los artículos del proyecto son objeto de los escritos de quienes, de la mano de su vasta experiencia docente e investigadora, han aceptado nuestra invitación a exponer de manera pública y abierta sus observaciones sobre un proyecto que, como la reforma de la base arquitectónica del sistema jurídico, es ambicioso por definición.

Este documento, entonces, pretende suministrar a los redactores del proyecto, así como al Ministerio de Justicia y del Derecho y al público en general, algunos insumos adicionales a los que ya han circulado, con la finalidad de que la decisión que al final se adopte en relación con el eventual inicio de su tránsito legislativo esté alejada de toda candidez.

Quienes hemos asumido la tarea de coordinar las voces académicas que se vierten en este documento manifestamos nuestro agradecimiento y el de la *Red Colombiana de Profesores de Derecho Privado* a la editorial Tirant lo Blanch, por haber querido acompañarnos en este empeño. Por supuesto, también a quienes lograron sacar tiempo en sus agendas de pandemia para escribir estas reflexiones y a quienes, pese a sus buenas intenciones iniciales, al final desistieron de participar por diferentes razones. Y de manera muy especial, a los profesores Catalina Salgado Ramírez y Javier Mauricio Rodríguez Olmos, ambos de la Universidad Externado de Colombia, quienes no solo contribuyeron con sendos escritos sobre las cuestiones generales del proyecto, sino que además gestionaron discusiones e impulsaron a otros a contribuir en este esfuerzo colectivo.

Finalmente, cabe señalar que todas las opiniones vertidas en los textos compilados en esta publicación se hacen a título personal por cada uno de los autores, y no comprometen el pensamiento ni posición institucional de ninguna de las universidades, firmas o entidades a las que se encuentren vinculados, como tampoco de la Red Colombiana de Profesores de Derecho Privado.

1. ¿CÓMO ACTUALIZAR EL DERECHO PRIVADO EN COLOMBIA?

CATALINA SALGADO-RAMÍREZ*

El presente texto recoge la intervención realizada en el marco del evento ‘¿Cómo actualizar el derecho privado en Colombia?’, organizado por la Red Colombiana de Profesores de Derecho Privado (RCPDP) el día 13 de agosto de 2020¹. La autora agradece la divulgación por considerar que contribuye a la reconstrucción histórica de la discusión académica sobre el proyecto presentado por la Universidad Nacional. Constituye además una invitación a la Universidad Nacional a hacer un alto en el camino en el proceso de construcción de su proyecto de código civil, para una evaluación de lo que considera como construcción democrática y colectiva. El hecho de que el proyecto tenga cuna en la universidad pública más importante del país², así como un proceso de mera socialización³, no son suficientes para dar la legitimidad necesaria al citado proyecto. Transparencia histórica, concertación y construcción horizontal, no vertical, se requieren para que el adjetivo democrático pueda predicarse de este proceso, en el que *todavía* es necesaria una discusión previa y plural sobre lo que debe ser la *política de actualización* del derecho privado en nuestro país.

I. ¿Por qué actualizar el derecho privado en Colombia?

Todos comprendemos que es necesaria -qué tan imperiosa, además en tiempos de pandemia, se puede discutir, pero sí, que es necesaria- una actualización de nuestro derecho privado. Ello fundamentalmente por dos razones: por un lado, por su fragmentación, lo que implica la conveniencia de un proceso de recodificación; y por otro, por la desactualización lingüística y jurídica de muchas instituciones, muy particularmente en el derecho de personas y familia, materias que afortunadamente han venido siendo actualizadas materialmente por la Corte Constitucional.

II. Cómo actualizar

Para actualizar existen varias posibilidades: la actualización del código civil a partir de modificaciones en materias específicas e inclusión de nuevas materias —como ha sido el

* Docente investigadora del departamento de derecho civil de la Universidad Externado de Colombia. Maestra y doctora en sistema jurídico de derecho romano de la Universidad de los Estudios de Roma ‘Tor Vergata’.

¹ El evento está disponible en el siguiente enlace: https://www.youtube.com/watch?v=W_gKHljFpGk&t=1431s

² La importancia de que el proyecto provenga de la universidad pública ha sido señalada por la propia institución, en cabeza de su Rectora, doña Dolly Montoya, en la presentación virtual de la primera versión del proyecto de código civil a la sociedad colombiana con ocasión de los 150 años de fundación de la facultad de derecho de la universidad. La presentación puede verse en el siguiente enlace: <https://www.youtube.com/watch?v=rsyq5dkysw>

³ El proceso de socialización de la Universidad Nacional, en efecto, se reduce a la recepción de los comentarios y críticas al proyecto, pero el ámbito y proceso decisorio está concentrado en la misma universidad sin que haya sido posible en ningún momento cuestionar, pero sobre todo influir en el modelo propuesto. Es por tal motivo que conviene enfatizar la diferencia entre socialización y concertación. El proyecto, en efecto, no ha sido concertado con la academia ni con los demás actores sociales involucrados. Al respecto puede consultarse en la página del proyecto el siguiente enlace: <http://derecho.bogota.unal.edu.co/investigacion/menu-der-ii/preguntas-frecuentes/> (a 23 de septiembre de 2020).

caso de la modernización alemana (*Modernisierung*) y de la reforma francesa en materia de obligaciones y contratos—; la reelaboración de códigos, por lo general no tan drástica, en el sentido de que ella puede conservar su sistemática, buena parte de su contenido, y también agregar o unificar disciplinas —como ha sido el caso de Brasil y de Argentina—; por último se podría optar por un nuevo código incluyendo un *cambio drástico* de modelo sistemático, en lo que se encuadra la propuesta de la U. Nacional, aunque es lo menos común —piénsese en el ejemplo de Portugal (1966) pero no fue el caso del *codice civile* de 1942, ni del código civil boliviano de 1974, ni del código civil peruano de 1984, por citar solo algunas codificaciones, ni planean hacerlo los peruanos en su recientísimo anteproyecto de reforma al código civil de este año—.

Más que preguntarse si después de siglo y medio ‘vale la pena tener un nuevo código’ y ‘sustituir’ la legislación vigente, para usar el lenguaje de los mismos redactores del proyecto de la U. Nacional⁴, *la primera pregunta que debe formularse en un proceso de construcción concertada y colectiva como es el deseado en una sociedad democrática como la nuestra, es la de cuál es el mejor modo de hacer una actualización que responda a las necesidades de nuestro país, y a nuestra tradición jurídica*. Y es una pregunta que todavía *debe y puede* ser formulada porque no es incompatible con el trabajo académico que somete la U. Nacional a nuestra consideración: tal ejercicio académico es ciertamente un insumo.

¿Qué se siente en el ambiente? Que estamos en un mismo barco, pero remando a velocidades diferentes, y además sin haberse acordado previamente una ruta para el destino de la actualización: *no hay una política concertada de actualización*. Quisiera recordar que hace solo dos años estaba sobre la mesa el proyecto no menos ambicioso de la Universidad de San Buenaventura. Y los vientos de cambio que trajo el anterior proyecto —que valga anotar, viene también de una universidad— se volvieron vientos huracanados en este segundo, por la rapidez con que parece querer procederse⁵: no se ha terminado un proceso de socialización, *ni son públicos* los comentarios, las sugerencias, las críticas etc.; se fijaron plazos de recepción de comentarios hasta octubre y ya hasta se habla de agenda legislativa en los medios de comunicación.

Los vientos huracanados no son buenos para ningún barco. Es necesario un llamado al sosiego y a que en una segunda fase *haya una concertación en el establecimiento de lo que será una política de actualización, de la que este trabajo puede ser un insumo*; pero sí que es necesario que una segunda fase permita además suplir entre otras cosas ciertas debilidades en el procedimiento de elaboración de este Proyecto. Sobre estas debilidades un breve comentario.

Un proceso de actualización con *transparencia histórica* implica pasos iniciales que, independientemente de cuál estrategia de actualización se escoja, o cual modelo sistemático se acoja, no pueden ser pasados por alto en nuestros días, incluso en esta fase del proyecto: (i) aspectos formales de procedimiento en la elaboración, quién y cómo se participa, cómo se discute, con qué técnicas se hace el articulado, en últimas, cómo se va a dar cuenta de los trabajos preparatorios, y (ii) aspectos materiales, de contenido: qué criterios se usan para definir qué se queda, qué se va, qué se introduce, el porqué de las fuentes utilizadas. Se

⁴ Véase la exposición del Prof. HERRERA OSORIO el 21 de julio de 2020 por invitación de Ámbito Jurídico aquí: <https://www.ambitojuridico.com/noticias/civil/civil-y-familia/civilistas-analizan-el-proyecto-de-ley-sobre-el-nuevo-codigo-civil>

⁵ Difícilmente puede sustentarse que como el proyecto de la comisión nombrada en 1980 (en el que se basa el proyecto presentado por la U. Nacional) tiene cuarenta años de antigüedad, entonces el proyecto presentado por la U. Nacional tiene el mismo tiempo de maduración. El proyecto, si se quiere, fue retomado hace relativamente poco y requiere todavía de mucho trabajo y análisis. Sobre la velocidad es cierto que el profesor Herrera ha aclarado que se trata de una primera versión del proyecto. Sin embargo, huelga decir que no parece haber la intención de reconsiderar el modelo mismo planteado, sobre el que no ha habido concertación, es decir, el propuesto por Valencia Zea, que consiste en una sustitución de la legislación vigente a partir de un modelo sistemático y categorías ajenas a nuestra tradición patria.

menciona, por ejemplo, que se ha querido acercarse al *common law*, ¿cuáles entonces han sido los criterios para determinar, por ejemplo, qué acercamientos se hacen sin debilitar los propios principios, como el de la buena fe, para que no resulten en meras concesiones que terminen desdibujando nuestro derecho y nuestra tradición? Es necesario ver qué aspectos nos permiten fortalecer y no en cambio cortar un diálogo con nuestros países hermanos, en particular con aquellos con quienes compartimos un mismo código.

La técnica de las anotaciones a los articulados, que dan cuenta de las fuentes de inspiración o de la justificación de una elección, alcanzaron en el movimiento codificador latinoamericano un grado sumo de desarrollo no visto en Europa, dotan al proceso de transparencia, facilitan la discusión democrática y son herramientas para la labor del juez y la doctrina⁶. Más reciente es el método de las explicaciones y ejemplificaciones, que por ejemplo se puede apreciar en los trabajos del DCFR o en los principios UNIDROIT.

Todas estas cuestiones técnicas, que dan lugar a la solidez de los trabajos preparatorios, no se pueden solucionar una vez elaborado el proyecto. No creo que podamos contentarnos para comprender el proyecto actual con la exposición de motivos del proyecto de la comisión de 1984 —proyecto que, además, tampoco tuvo acogida—, y tampoco creo que la transparencia en esta primera etapa se surta con una segunda exposición de motivos ajustada a las modificaciones introducidas al proyecto de la comisión, porque son explicaciones muy generales. Las explicaciones brindadas por el equipo en los encuentros, sin duda son ilustradoras, pero no dejan de ser generales.

Obviamente este ejercicio académico de la U. Nacional tiene el mérito del esfuerzo que hay detrás en identificar los aspectos más relevantes para una reforma, del trabajo de tantas personas que seguramente han intervenido, y el de la labor que se ha querido adelantar en su socialización. Pero el proyecto actual genera mucha inquietud, genera preocupación, por varios aspectos: de redacción, de técnica legislativa, de contenido. Naturalmente tiene cosas interesantes, y en un proceso paulatino, sosegado y concertado de actualización, puede constituir un insumo de gran importancia.

III. Otros tres comentarios adicionales

Sobre los actores. Dentro de aquello que no ha sido tenido en cuenta, hay por ejemplo otros proyectos muy técnicos y adelantados en curso, como es el caso de los expertos que vienen trabajando en el proyecto de una ley de derecho internacional privado en materia de obligaciones civiles y comerciales, y otro proyecto en materia de franquicia⁷. Por otra parte, existe algo no menos importante, pero sí menos visible, que es *la creación nacional de nuevo conocimiento*, producto del esfuerzo que han venido haciendo todas las universidades nacionales desde hace por lo menos 15 años, y cuyos frutos más representativos son un capital humano con que no contábamos en los años 80 y los trabajos doctorales, muchos de ellos con la invaluable metodología del derecho comparado: la broma que recientemente se escucha ‘este proyecto me derogó la tesis doctoral’ está muy lejos de ser realmente un chiste y más bien es un motivo de preocupación; porque, si este conocimiento académico super especializado no está llamado a jugar un rol determinado, nos hacemos como sociedad y a nuestra propia política en materia de educación de los últimos años, un daño

⁶ El método, desarrollado por el eminente jurista brasileño Augusto Teixeira de Freitas, por petición misma del gobierno de Brasil, puede verse en sus obras *Consolidação das Leis Civis* y *Esboço de um Código Civil para o Brasil*, que constituyen el antecedente metodológico de las notas del argentino Dalmacio Vélez Sarsfield para la codificación argentina de 1869. Las anotaciones también son empleadas en los trabajos del código marco de obligaciones para América Latina o principios *Gadal*. Al respecto véase: <https://gadal.uexternado.edu.co/codigo-marco/version-castellana/>

⁷ Adicionalmente, la audiencia recordó durante la presentación de esta intervención el proyecto del Prof. Sergio Rojas en materia de responsabilidad civil por daños a la persona, que actualmente cursa en el Congreso de la República.

enorme. Este insumo no solo material, sino humano, es de lo más útil en estos procesos, porque estos expertos se han dado precisamente a la tarea de estudiar y solucionar problemas muy concretos, y su aporte, a mi modo de ver, debe gozar de un espacio claro en un proceso constructivo de las soluciones, y no solamente a partir de la socialización.

Sobre el cambio sistemático radical. El modelo que ha acogido la U. Nacional podría hacer que empezáramos, sin darnos cuenta, a importarnos ‘problemas’ ajenos, bajo el entendido de que el proyecto está ciertamente inspirado en la sistemática del BGB. Si no bastó siglo y medio para que este país comprendiera que el código civil colombiano no es una traducción o una copia del *code civil* francés, ¿cómo esperamos que no se nos empiecen a germanizar ciertas discusiones?⁸ Creo que hay que ser conscientes de la repercusión que este cambio de modelo puede tener en lo que nuestra doctrina y nuestros jueces empiecen a leer, cuando nos vaya bien en traducciones, o si no, según lo que nos cuenten los españoles o los italianos que -según ellos- dicen los autores alemanes. De ahí la importancia, recalco, de la transparencia en la fase de construcción de los artículos, porque eso es lo que da cuenta de las elecciones realizadas.

Por otro lado, modifiquemos el orden. Usemos la técnica del título preliminar y no abandonemos el lugar preponderante que el derecho de personas tiene en nuestro país. Un país que necesita tanta humanidad merece un código donde las personas sean un *prius* sistemático. Sobre este punto específico ya me detuve en otra sede⁹ y seguramente el profesor Herrera y el equipo redactor conoce de sobra esta crítica. Pero, además, parte del equipo redactor es muy consciente de la importancia de lo que ‘dice’ la sistemática de lo que pensamos como sociedad, de lo que dicen las estructuras. Me refiero en particular a la Prof. Marcela Gómez, quien en días pasados nos comentaba sobre el libro de familia. Aquí entonces hago una invitación a pensar en lo que significa, por ejemplo, que el recientísimo código civil chino le haya dado un espacio propio, un libro propio a los derechos de la persona. Eso es sintomático de una evolución jurídica donde la ganadora es la persona humana. ¿Por qué nosotros, que ya tenemos un primer libro dedicado a las personas, vamos a retroceder invisibilizándolas en una parte general?¹⁰

Sobre el acercamiento al common law. No me corresponde en este espacio adentrarme en críticas sustanciales y de redacción que se pueden formular al proyecto de la Universidad, vista la generalidad de las preguntas que nos han convocado. Sin embargo, se me permita decir algo relacionado con las fuentes de inspiración y el acercamiento al *common law*. Se ha dicho que este proyecto busca acercarse al *common law*, lo leíamos con ocasión de una entrevista de los redactores en *Ámbito Jurídico*. Sin perjuicio de que no hay que aislarse, un ‘acercamiento’ hay que hacerlo con criterios muy claros, para no vaciar de contenido los propios principios y para evitar malentendidos en futuras interpretaciones. Aquí, a modo

⁸ Sólo por poner un ejemplo, que nos importemos debilidades del derecho alemán en materia de responsabilidad. ¿Por qué la necesidad, por ejemplo, de una norma como la del art. 37, que establece además sólo la ‘posibilidad’ de indemnización de los derechos extrapatrimoniales? ¿O la del art. 49 en materia de derechos de la personalidad? ¿Acaso no basta para estos dos supuestos la cláusula general de responsabilidad acuñada por el iusnaturalismo, de la que nuestro código sí goza y de la que carece el BGB? ¿Estamos creando un sistema típico? ¿Acaso vamos rumbo a importarnos la discusión sobre las pérdidas meramente patrimoniales?

⁹ Sobre las demás críticas a la sistemática general del proyecto de Valencia Zea remito a SALGADO-RAMÍREZ, C., “La sistemática del código de Andrés Bello como punto de partida para una reflexión sobre la actualización del derecho privado en Colombia”, en NAVIA ARROYO, F.; CHINCHILLA IMBETT, C. A. (eds.), *La vigencia del Código Civil de Andrés Bello: análisis y perspectivas en la sociedad contemporánea*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2019, pp. 21-40.

¹⁰ Posteriormente a la intervención que ahora se publica, el Prof. BONIVENTO afirmó en el evento ‘Presentación sustancial del proyecto de código civil’ (<https://m.facebook.com/events/347464099948290>) que el grupo redactor está pensando en crear un libro específico para las ‘personas jurídicas’. ¿Cómo es que en cambio se seguirían dejando a las personas naturales sin un libro propio en la parte general? ¿Cuál es la justificación para un libro aparte para las personas jurídicas y no uno que sistematice lo relativo a las *personas*?

de ejemplo, el proyecto de la U. Nacional, en materia de responsabilidad precontractual, además en un raro sistema de duplicidad de normas ha acogido en la parte general la regulación más problemática que sobre esta materia existe de todas las fuentes de inspiración posibles. Me refiero en particular al art. 94 del proyecto, que reproduce el art. 2.1.15 de los principios UNIDROIT, titulado '*negotiations in bad faith*' —negociaciones en mala fe—. No es casualidad que este texto no fuera acogido ni en la reforma argentina, ni en la francesa, a las que el equipo redactor hace referencia como ejemplo de acercamiento al *common law*. Es una norma desafortunada que, en su redacción, no contribuye a la comprensión del principio de buena fe.

Se espera que, así como existe la preocupación por acercarse al *common law*, exista la misma preocupación por contribuir a no alejarse y más bien a fortalecer a América Latina, a nuestros principios, como subsistema jurídico.

2. LA REFORMA AL CÓDIGO CIVIL: UN MANUAL DE DEMOLICIÓN INSTITUCIONAL

EDUARDO MANTILLA-SERRANO*

Nadie se imaginó que un proyecto que nació como un simple ejercicio académico de unos universitarios, de querer reformar el Código Civil Colombiano, partiendo de una iniciativa abortada y rancia del tratadista Valencia Zea en los años 1980, fuera tomada como bandera de guerra por un grupo de iconoclastas que quieren destruir el Código Civil de Andrés Bello. Lo peor fue que, en su osada aventura, estos autores llegaron a tener respaldo en el actual gobierno y cuando se estudió con seriedad el contenido del texto y llovieron las críticas sobre el mismo, el Ministerio de Justicia tuvo que comunicar oficialmente que no respaldaba el exabrupto jurídico e institucional del que iba a ser cómplice inocente, y manifestó que simplemente socializaba un documento que era abierto a comentarios de la academia, abogados, estudiantes y ciudadanía en general para participar activamente en dicha discusión.

I. ¿Por qué el Código Civil?

Todas las actuaciones del ser humano son impactadas por el derecho civil o comercial. Por esta razón, reformar un Código Civil y pretender su unificación con el Comercial es una empresa de gran envergadura que requiere de un profundo conocimiento de la realidad social de sus destinatarios, así como, de un gran conocimiento jurídico, experiencia, discernimiento, juicio y sensatez fundamentado en una alta precisión técnica; características todas ellas que brillan por su ausencia en la infortunada reforma propuesta.

Desde el Corpus Iuris Civilis de Justiniano que compiló las regulaciones y jurisprudencia más importante del Imperio Romano para regir las relaciones entre particulares, se consolidó toda una herencia espiritual, económica y social que sirvió de fuente a todo el derecho moderno de Occidente; no por una bondad intrínseca de sus instituciones sino por los méritos y altura de su elaboración técnica que reflejaban las necesidades normativas del hombre, en la interacción con sus semejantes.

Fueron necesarios diecisiete siglos de evolución y maduración de las instituciones romanas para que el Código Civil Francés de Napoleón viera la luz como un esfuerzo de establecer un sistema legal que consolidara jurídicamente la abolición del Antiguo Régimen y el feudalismo existente en Europa desde la Alta Edad Media.

Con los pilares del Derecho Romano y del Código Civil francés de Napoleón de 1804, entre otras fuentes, don Andrés Bello elaboró el Código Civil chileno en 1855, que fue posteriormente adoptado por los Estados Unidos de Colombia como Código Civil de la Unión, mediante Ley 84 del 26 de mayo de 1873. Este es el Código Civil que ha regido en nuestro país desde entonces con modificaciones puntuales en aspectos específicos que han obedecido a cambios frente a nuevas realidades sociales.

Por lo anterior no se entiende cómo un cuerpo normativo con unos cimientos históricamente sólidos, decantación y maduración en sus instituciones y jurisprudencia, que ha conservado su vigencia en lo fundamental para regular las relaciones privadas de los particulares en Colombia, sea objeto de un experimento improvisado e impaciente de ingeniería social por un grupo de pésimos alquimistas con falso espíritu de “iluminati”, que mediante la mezcla de diferentes sortilegios semánticos, que ni ellos mismos entienden, tratan de vendernos *la piedra filosofal, el suero de la inmortalidad, o el elixir del amor*, en materia de

* Abogado, árbitro y consultor en comercio internacional.

derecho civil y comercial, para satisfacer deseos de ideologías anacrónicas que han fracasado estruendosamente y sin excepción, en todos los países donde las han aplicado.

No es necesario ser abogado para darse cuenta que el texto propuesto de reforma al Código Civil, es un verdadero “adefesio” que, no solo es un esperpento en contenido jurídico, sino que además, no guarda los más mínimos y básicos principios de gramática y buena redacción. Literalmente estos “iluminati” con su iniciativa, pasaron del anonimato al desprestigio.

II. Un perfil perverso

Llena de gran perplejidad que semejante labor faraónica no haya dejado un registro de actas y exposiciones de motivos que permitan entender las razones, inspiraciones e intereses que tuvo el grupo de redactores para escribir las normas que plantean. Es lamentable percibir la falta de transparencia de los autores del proyecto, con la ingenua intención de querer evitar sesgos o prejuicios en los operadores judiciales, intérpretes y destinatarios de las normas. Sostener este tipo de ideas pareciera que es una estrategia para evitar la confrontación académica de altura y poderse escabullir con actos de ilusionismo retórico de la más baja calidad.

Ante la vaciedad de los fundamentos del contenido de la reforma, es necesario perfilar su texto con las siguientes características:

- No es una reforma jurídica como se plantea sino un artificio explosivo para minar el orden jurídico del país, en cuanto pretende arrasar más de 130 años de desarrollo, asentamiento y maduración de instituciones jurídicas consolidadas, así como siglos de evolución normativa y jurisprudencial de las instituciones civiles.
- Es un ejercicio ramplón, grotesco y vergonzoso, que es ajeno a la realidad de las relaciones de los particulares, al desconocer las circunstancias del mundo actual de los negocios, las relaciones sociales de sus destinatarios, así como los avances normativos internacionales.
- El deseo de constitucionalizar en el derecho civil los mayoritariamente desacertados y variopintos fallos de la Corte Constitucional proferidos al amparo de acciones de tutela, refleja unas ganas profundas de contaminar permanentemente las instituciones jurídicas de nuestro país por decisiones judiciales de magistrados que carecen de especialidad intelectual y académica en la materia y que normalmente buscan el protagonismo o la corrección política frente a los medios de comunicación.
- El proyecto de reforma en sus artículos es una colcha de retazos. El texto carece de enfoque y orientación con respecto al objetivo que persigue, lo que impide definir una línea de pensamiento que guíe su interpretación. Cuando algo carece de dirección o de sentido cualquier derrotero termina sirviendo a sus intereses.
- Inspirarse en el Código Civil argentino propuesto por el gobierno de la dinastía de los Kirchner, que ha llevado a que Argentina hoy casi no tenga comercio doméstico y su principal socio comercial sea China, deja bastantes interrogantes sobre el gran servicio de este ordenamiento al sistema legal argentino y el por qué se pretende implementar en Colombia. Es de sabios aprender con la experiencia ajena, pero importar y copiar las equivocaciones de los vecinos esperando diferentes

resultados, no solo es una clara ausencia de inteligencia, sino una muestra de una evidente ineptitud.

- El texto propuesto tiene un matiz totalmente estatista para la regulación de la propiedad, la familia y los contratos, amparado siempre en proteger intereses colectivos y sociales, tal cual lo hacen los regímenes totalitarios: “Todo en el Estado, Nada contra el Estado, Nada fuera del Estado”¹.
- La reforma propuesta plantea la consciencia y la equidad como criterio principal para la administración de justicia. El texto establece la desjudicialización de los conflictos en las relaciones de los particulares quedando sometidos no al imperio de la ley sino a la tiranía de la discrecionalidad de la autoridad judicial o de policía. De esta manera, se pretende acabar con la ley como fuente del derecho individual para que su definición quede a merced de los criterios subjetivos de quien la aplica.
- Se replantea el modelo económico del Estado para restringir la libertad individual, desincentivar el comercio local e internacional y ahuyentar la inversión extranjera, toda una “genialidad” en materia de manejo micro y macroeconómico.

III. De aquellos polvos vienen estos lodos

El proyecto de reforma propuesto es un cuerpo amorfo normativo concebido por una nueva izquierda radical, que pretende la implementación del Socialismo del Siglo XXI, el cual ha dejado ruina, estragos y destrucción donde se ha aplicado tal como ha sucedido en Cuba, Venezuela, Nicaragua y la misma Argentina que funge como estrella polar para estos “iluminati” aprendices de alquimista. Bien sea por negligencia o por ingenuidad, los redactores no aprenden la lección y se equivocan con mucha candidez, pues cuando de copiar se trata, hay que emular es a los países ganadores y no a los perdedores.

Aniquilar los principios del derecho civil, desconocer la igualdad ante la ley, sembrar la ambigüedad con lenguaje enrevesado y rimbombante que impide determinar lo que es verdadero de lo que es falso, o lo que jurídico de lo que es antijurídico, no puede convertirse en el criterio de la modernización y actualización de nuestro Código Civil.

Es triste ver cómo el proyecto de reforma al Código Civil, en lugar de buscar lo mejor para el país en materia jurídica, se ha constituido un instrumento más de la decadencia de Occidente y del suicidio de la civilización del sistema legal colombiano.

Con el texto presentado es difícil ver buenas intenciones en los redactores. No se comprende que una reforma de la magnitud y perfil que se presenta busque mejorar un país políticamente fragmentado, con una sociedad dividida, inmerso en una economía enclenque y totalmente rodeado de corrupción, desigualdad social y violencia. Así, una reforma que busca una hecatombe institucional y hacer “tabula rasa” de la cultura jurídica de Colombia no puede tener nada de salvable o mejorable con simples retoques cosméticos en su redacción. De esta manera, un país que amenaza ruina no puede sino espantarse frente a esta empresa de demolición.

¹ Los movimientos totalitarios como el nacionalsocialismo alemán, el militarismo nipón, el socialismo soviético, y el fascismo italiano se caracterizan por la absoluta absorción del individuo por el Estado, porque es el Estado la única expresión de la idea nacional (teoría del fascismo). De allí que se acuñara la frase de “Todo en el Estado, Nada contra el Estado, Nada fuera del Estado”.

3. ¿AVANZAR CON PREMURA HACIA LA REFORMA ESTRUCTURAL DE LA LEGISLACION CIVIL?

MÓNICA JULIANA AHUMADA MOZZO*

Desde hace algunos meses la Universidad Nacional de Colombia, como foro académico colombiano, ha venido impulsando ante el Gobierno Nacional la idea de una reforma integral del Código Civil colombiano y la integración en un solo cuerpo normativo de la legislación civil y mercantil.

La justificación para generar esta propuesta, cuyo contenido en sí mismo no será el tema central de este documento, resulta bastante simple y en un principio puede parecer muy lógica dado que se apoya fundamentalmente en la necesidad de modernización de una legislación que data de 1887 y, así mismo, en la necesidad de producir un cuerpo normativo más sencillo, de fácil interpretación y aplicación para los operadores jurídicos.

No sabemos el curso que tomará esta propuesta y si en el futuro el texto normativo impulsado por esta academia llegue a integrar nuestro derecho positivo, pero queremos referirnos en este documento particularmente a las condiciones que deben confluir para que una reforma de esta envergadura pueda llegar a considerarse necesaria y actualmente pertinente en Colombia, siendo justo basar nuestro análisis en dos postulados esenciales: qué es lo que se reforma y para qué se reforma. Esta breve reflexión nos permite decantar el sentido y el valor de la propuesta académica, llevándonos a concluir si la misma es auspiciada con base en las consideraciones que se invocan y que en principio podrían tornarla atractiva o, de contera, su objetivo es cambiar sustantivamente reglas de derecho que merecerían permanecer constantes.

Para explicar qué es lo que se reforma, debemos mencionar que en general el Código Civil y el Código de Comercio hacen parte del derecho privado, el cual regula las relaciones y actividades entre los ciudadanos de un Estado. Los códigos son conjuntos organizados y sistematizados de normas: en el Código Civil Colombiano se regula la titularidad de los derechos y obligaciones de las personas, sus relaciones con los bienes, el modo de contraer sus obligaciones y cursar sus relaciones contractuales y la responsabilidad civil que surge por sus actos o sus hechos, sus relaciones de familia, la sucesión de sus derechos y obligaciones; en el Código de Comercio se regulan a los comerciantes y los asuntos mercantiles.

Por lo tanto, salta a la vista que lo que se pretende reformar no es nada más ni nada menos, que la espina dorsal de nuestro ordenamiento jurídico privado e involucra el futuro de las relaciones jurídicas de toda la sociedad civil colombiana, donde el escenario reformista no puede ni debe partir de un ejercicio académico aislado sino de una verdadera y sustentada necesidad colectiva, siendo el resultado final fruto de un ejercicio público, ampliamente participativo y claramente inclusivo que derive en acuerdos celebrados con los operadores jurídicos y la sociedad civil. El aporte de la “academia” a un proyecto de estos debería limitarse o circunscribirse, como es lógico, a contribuir al objetivo colectivo exclusivamente con la redacción técnica del proyecto que plasme en el papel la proposición más idónea para la creación normativa derivada de la explícita voluntad social.

Así las cosas, el articulado desarrollado por la Universidad Nacional en principio no debería ser el punto de partida de una eventual reforma, sino que el resultado final de un ejercicio técnico que recoja el consenso y la voluntad previamente expresada por una comunidad que a través de una modificación jurídica pretende autogobernarse. En otras

* Abogada de la Pontificia Universidad Javeriana. Árbitro de la Cámara de Comercio de Bogotá.

palabras, una iniciativa que no consulta si la sociedad en efecto reclama un cambio, no podría razonablemente ser el anclaje que soporta un procedimiento de reforma.

Surge entonces un necesario cuestionamiento: ¿está la sociedad colombiana reclamando la reforma integral del Código Civil y su integración con el Código de Comercio?

Al respecto debemos afirmar que la respuesta inicialmente se torna negativa, pues si bien los cuerpos normativos, de cuando en cuando, deben depurarse para alinearse con los desarrollos sociales, la sabia redacción de las figuras e instituciones jurídicas presentes en el Código Civil de 1887 es la razón que le ha permitido permanecer vigente, por cuanto sus contenidos y alcancen son claros, comprensibles y útiles para los sujetos de derecho y operadores jurídicos, amén de las reformas y modificaciones puntuales de que ha sido objeto, el nutrido desarrollo jurisprudencial construido en el curso de 133 años de historia, también ha facilitado contar con una fuente de derecho e interpretación para paliar casi cualquier vacío o vetustez normativa resultante del decurso del tiempo. Podemos afirmar que ni los jueces, los particulares o los abogados se cuestionan en qué consiste y cuál es el alcance de las figuras jurídicas que datan del derecho romano y se encuentran nítidamente tipificadas en dicho Código; entonces no entendemos cuál sería el sustento de la necesidad de redefinir, por ejemplo, la noción jurídica de la “posesión” adquisitiva o extintiva de dominio, tal como el proyecto lo contempla, entre otras muchas modificaciones.

En consecuencia, resulta ligero que el poder ejecutivo en cabeza del Ministro de Justicia (e) indique que el proyecto académico de reforma le aporta al ordenamiento jurídico colombiano o para más allá de ello, defina públicamente que lo acompañará o llegará incluso a impulsar el tránsito legislativo del texto de un articulado reforma legislativa tan relevante para la sociedad en su conjunto, sin haber previamente y con todo rigor: i) verificado que la iniciativa proviene de un consenso social que ha fijado el alcance de lo que se va a reformar, en ningún caso se puede activar una reforma a partir de un ejercicio teórico o académico, pues, como hemos mencionado, aquella debe ser fruto de la construcción participativa de los conglomerados sociales que eventualmente se verán afectados por la misma, máxime cuando puede llegar a redefinir el “*statu quo*” en la forma en que interactúa la sociedad de consuno, en el curso de sus relaciones sociales y económicas. ii) garantizado la imparcialidad de la propuesta pues la modificación estructural procurada no puede en ningún caso convertirse en escudo permeable de asuntos de tipo ideológico o político.

En cuanto al para qué se propone la reforma, en la agenda de la propuesta el objetivo teóricamente no es otro que alcanzar con ella la modernización y simplificación de la legislación existente, siendo esta la justificación habitual de los proyectos reformistas pues es fácil para la ciudadanía comprender que la legislación se va envejeciendo de cara a los avances sociales, por lo que cada cierto tiempo surge la necesidad de armonizar las inconsistencias que se presentan cuando el derecho se rezaga.

Contrario de lo afirmado como justificación, se echa de menos en el texto académico un eje definitorio que permita identificar “*prima facie*” las diferencias propuestas en el cuerpo normativo del Código Civil vigente y el nuevo Código Civil que se propone; de otra parte la propuesta académica elude por completo detallar las razones de conveniencia y oportunidad que apoyan las modificaciones puntuales al texto del articulado y a las figuras jurídicas vigentes, en otros términos, el proyecto carece de la indispensable explicación sobre el alcance y envergadura de la transformación de la identidad del Código Civil.

No obstante, de su lectura es fácil dilucidar que en esencia el articulado propuesto aterriza en la modificación conceptual de la estructura del derecho civil. ¿Y es eso a lo que la sociedad aspira y lo que necesita con esta reforma? Entonces tenemos que si la exigua justificación del proyecto no corresponde a la realidad de lo que con él se pretende, no

puede ser válido que el Gobierno decida acompañar esta iniciativa y procure avanzar a partir de su texto hacia una reforma apresurada, inconsulta y cuya finalidad propende más por ajustar la legislación a razones ideológicas y políticas sobre un sustrato de juridicidad, que a la decisión de una sociedad de cambiar conceptualmente el modo de interrelacionarse.

Esperamos que en este avance legislativo prime la prudencia y que cualquier acercamiento de reforma sea precedido de amplias razones de hecho y de derecho que lo justifiquen, de un profundo análisis y debate colectivo que permita validar el camino y los límites del ejercicio de reforma bajo garantía de imparcialidad y con un criterio finalista que se ajuste a los requerimientos definidos por la sociedad misma en su conjunto.

4. ¿UN NUEVO CÓDIGO CIVIL?

ÁLVARO MENDOZA RAMÍREZ*

La noticia que nos traen los medios sobre la presentación de un proyecto de Código Civil, auspiciado por la Universidad Nacional, no deja de ser preocupante para el país. Sorprende, además, que haya tenido el aval del Ministerio de Justicia, lo cual hace temer que el Gobierno esté auspiciando la iniciativa.

Desde hace muchas décadas he sostenido la necesidad de buscar una síntesis entre nuestros dos ordenamientos de derecho privado, reconociendo que las razones que justificaron la división, hace varios siglos, desaparecieron completamente con el paso del tiempo. En los días que corren se afirma por muchos, con sobrada razón, que el derecho privado se ha mercantilizado, al adoptar, en la inmensa mayoría de las transacciones, los caminos propios de las operaciones comerciales. En efecto, es claro que los negocios hoy en día se adelantan de una manera por regla general muy despersonalizada; también, que buena parte de ellos se ofrecen de manera seriada o masiva; que cada vez más, buscando una economía en los procedimientos, responden el sistema de modelos preelaborados por los suministradores de bienes y de servicios; que aun las profesiones que tradicionalmente consideramos como liberales se prestan hoy en día a través de organizaciones con claro sabor empresarial; que quienes no nos reputamos como comerciantes a la luz de la disposiciones respectivas, con todo, celebramos la mayoría de nuestras operaciones con entidades que sí tienen una clarísima connotación mercantil, con lo cual dichos negocios quedan sometidos al régimen de la ley comercial; etcétera.

Todo lo anterior y muchas otras cosas que podrían agregarse, justifican que se busquen caminos para superar la tradicional división entre el derecho civil y comercial; que más que someternos a los profesores de derecho privado a agotadores esfuerzos trazando una frontera que no nos convence, los dediquemos a buscar una síntesis entre los dos ordenamientos y una superación de los arcaicos linderos que los hechos mismos se esfuerzan por borrar. El derecho no puede ser ajeno a las realidades sociales, y estas hace años superaron una división de la cual ya solamente se ocupan los estudiosos y los tratadistas, probablemente —como ocurre en mi caso— muy a regañadientes.

Siendo aconsejable, acaso me atreva igualmente a sostener que indispensable, superar la división en materia de obligaciones y contratos, posiblemente también en el tratamiento de los bienes, especialmente aquellos que denominamos propiedad intelectual e industrial, el camino escogido a través de la presentación del proyecto, que sigue una senda en buena hora fracasada de otro intento previo, no convence.

No me convence, por múltiples razones: la primera y tal vez la más importante de ellas, porque estimo que dejamos atrás en la historia la época de los Códigos. Estos fueron una respuesta en tiempos en que convenía tener debidamente agrupada la normatividad sobre los diferentes campos del derecho, para facilitar su consulta y su estudio. También, cuando otra solución dificultaba su conocimiento, por carecerse de medios técnicos que permitieran su agrupación. Por último, porque los códigos son hijos de una época cuando podía aspirarse a una cierta estabilidad normativa, porque las realidades sociales tenían una evolución lenta, de manera tal que su régimen regulatorio justificaba una codificación que se suponía duradera.

Hoy en día, por el contrario, las cosas son bien diferentes. Las bases de datos nos ofrecen la posibilidad de una rápida clasificación y de una sencilla consulta a través de los buscadores. Pienso en aquello que podemos recordar quienes ya superamos los límites de la

* Profesor de la Universidad de La Sabana.

tercera edad, sobre las antiguas películas de abogados en los Estados Unidos, enfrascados en la búsqueda de precedentes en inmensas bibliotecas, tarea actualmente reemplazada, con notoria ventaja, por el *Restatement* que permite encontrarlos en pocos minutos.

Hoy, igualmente, debemos afirmar que las realidades sociales avanzan a una velocidad que se incrementa con el uso de las nuevas tecnologías, de manera tal que la permanencia de una normatividad se convierte cada vez más en precaria. Refiriéndome a la legislación vigente, de aquello que estudié en la Universidad, solamente queda en pie, con alguna vigencia salpicada de ajustes, precisamente el Código Civil. Todas las demás compilaciones legislativas han cambiado al menos en una ocasión y en no pocos casos varias veces. Acudir a un nuevo Código, creo que nos obliga a augurarle una corta vida: es una criatura que nace con una enfermedad terminal y con la clara vocación de convertirse en una colcha de retazos. Hasta las mismas ediciones de la Carta Política se han visto obligadas a acudir a los sistemas de hojas intercambiables, para facilitar el seguimiento de sus continuas reformas.

Varios estatutos han tenido que echar mano del sistema de un texto único, pero adecuado, con mecanismos de numeración que permitan su continua actualización, como ocurre, por citar un solo ejemplo, con el Estatuto Tributario. En buena hora se propició hace unos años el sistema de los Decretos únicos en los distintos Ministerios, buscando un solo punto de referencia, pero admitiendo su necesaria adaptabilidad.

Personalmente creo que habría que aprovechar estas experiencias para contar con un régimen de obligaciones y de contratos moldeable frente a las cambiantes circunstancias de la vida social, a través de leyes especializadas, que lo actualicen de manera permanente, sin la pretensión de un código unificado de vida precaria.

Tuve oportunidad, durante el cuatrienio del expresidente César Gaviria, de formar parte de unas comisiones que pretendieron, a través de una financiación del Banco Mundial, elaborar un nuevo proyecto de Código de Comercio que, ya por esas calendas, adolecía de una cierta vetustez. Bien, a pesar de que se trabajó intensamente, la única Comisión que terminó su tarea fue la relativa al Libro Segundo del Código, trabajo que se tradujo, con algunas mutilaciones que han venido siendo subsanadas por leyes posteriores, en la ley 222 de 1995. Cito este antecedente porque es significativo de los esfuerzos y del trabajo que requiere elaborar con seriedad un proyecto de un código unificado, pretensión que obliga a superar la vigencia de varios gobiernos, cosa que no sucedió en el ejemplo propuesto, perdiéndose la inmensa mayoría del esfuerzo adelantado.

La tarea llevada a cabo en Argentina les significó varios años de trabajo y, poco después de promulgado el nuevo Código, no habiéndose aún secado la tinta de las ediciones respectivas, aparecieron los primeros proyectos de leyes especiales tendientes a modificarlo.

Preocupa, además, que el proyecto haya estado en manos, exclusivamente, de un grupo de profesores de la Universidad Nacional, ciertamente muy distinguido, pero igualmente muy cerrado, sin haber sido objeto de una consulta y de una contribución amplias de muchas voces que pudieron haber arrojado luces sobre el intento.

Cambiar el derecho privado del país de la noche a la mañana no puede ser fruto de improvisaciones o de criterios de pocas personas, por capaces que ellas sean. Se trata de un empeño de enorme importancia, que merece un estudio muy serio y completo, a cargo de las mejores cabezas con que hoy cuenta el país, así esta participación demore el proyecto, si se quiere insistir en él. No es tarea de poca monta la que se pretende, al ajustar una legislación de derecho privado que ha venido madurando por varias décadas, al calor de una doctrina y de una jurisprudencia que ahora pueden quedar relegadas al cuarto de San Alejo. Me preocupa que se busque hacer borrón y cuenta nueva respecto de toda una tradición muy importante, que podría ajustarse de una manera gradual y muy meditada.

A lo anterior se suma la circunstancia de que el proyecto pretende resucitar en muy buena parte el elaborado hace muchos años por el ilustre Profesor Arturo Valencia Zea, intento ciertamente muy respetable y meritorio, pero cuya reedición, tantos años después, implica pretender una nueva legislación sobre un proyecto que hoy en día es arcaico en no pocos aspectos de su contenido.

Por todo lo anterior, que no es poco, mis aspiraciones apuntan a que el proyecto no reciba en el Parlamento el trámite que le corresponde, quedando pospuesto, para una buena muerte, a una serie de iniciativas y de requerimientos, esos sí urgentes del país. Si lo anterior ocurre, se trataría de un sepelio, acaso el único, al que podríamos asistir gozosamente en esta época de tantos fallecimientos por causa del bendito coronavirus.

5. PRIMERAS OBSERVACIONES AL SISTEMA EXTERNO DEL PROYECTO DE CÓDIGO CIVIL Y ESPECIALMENTE DE SU PARTE GENERAL*.

JUAN FELIPE NAVIA REVOLLO**

El nuevo proyecto de Código civil presentado a la comunidad jurídica del país representa, desde el punto de vista de su sistema externo, es decir, de la manera como se encuentran organizadas y repartidas las distintas materias, o mejor, el material normativo¹, una ruptura total con el sistema externo del Código Civil vigente. El proyecto retoma, con dos puntuales modificaciones, la sistemática general del BGB o Código civil alemán. Como el modelo utilizado, se introduce en el proyecto como libro primero una parte general. Esta se hace seguir de otros cinco libros contentivos, respectivamente, del derecho de bienes, del derecho de obligaciones, del derecho de los contratos, del derecho de familia y del derecho de sucesiones. A diferencia del modelo alemán, que hace del derecho de obligaciones la materia de su segundo libro, para regular en el siguiente libro el derecho de bienes, se antepone en el proyecto el libro relativo a los bienes, al relativo a las obligaciones. También a diferencia del modelo alemán, se incluye un libro independiente sobre los contratos, que sigue inmediatamente al libro tercero sobre las obligaciones. En la colocación del derecho de familia y del de sucesiones como objetos de los dos últimos libros, vuelve a coincidir el proyecto con el modelo alemán.

No puede esta organización sistemática diferir más de la del código actual. Se basa ésta en el sistema de las Institutas de Gayo y de Justiniano², es decir un sistema, que, con las modificaciones provenientes de la desaparición de las acciones, parte de la regulación del derecho de personas, sigue con la del derecho de cosas, la del derecho de las sucesiones y culmina con la del derecho de los contratos³.

La ruptura con el sistema externo del código vigente es, adicionalmente, una ruptura con una tradición jurídica centenaria. La filosofía que subyace a los sistemas basados en el modelo de las Institutas, parte del reconocimiento de que hay sujetos de derechos y objetos de esos derechos. Consecuentemente con esa idea, la tarea de regulación parte, permítase la redundancia, de regular al sujeto en sí, y en sus relaciones con otros

* El presente escrito constituye un mero “*working paper*”, un esbozo esquemático de ideas que hacen parte de y se desarrollan con detalle en un estudio actualmente en proceso de investigación y escritura. Conforme a esa naturaleza, las referencias bibliográficas se han reducido a lo esencial, y no representan la totalidad de la bibliografía del estudio final.

** Profesor de la Universidad Externado de Colombia.

¹ Sin pretensiones de exhaustividad, véase para el concepto de “*sistema externo*” la clásica definición de Philipp HECK, uno de los popularizadores del concepto en la ciencia jurídica alemana. HECK, P., *Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz*, Tübingen, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1932, pp. 139 y ss., esp. pp. 142-143. Añádase CANARIS, C. W., *Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz*, 2 ed., Berlín, Duncker & Humblot, 1983, p. 19; ENGISCH, K., “*Sinn und Tragweite juristischer Systematik*”, en BOCKELMANN, P.; KAUFMANN, A.; KLUG, U. (eds.), *Beiträge zur Rechtstheorie*, Frankfurt a.M., V. Klostermann, 1984, pp. 103 y ss.; BYDLINSKI, F., *System und Prinzipien des Privatrechts*, Wien/New York, Springer, 1996, p. 4; LARENZ, K.; CANARIS, C. W., *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 3 ed., Berlín/Heidelberg/New York, Springer, 1995, pp. 103-104. En literatura reciente véase GOKEL, J. M., *Sprachliche Indizien für inneres System bei Q. Cervidius Scaevola*, Berlín, Duncker & Humblot, 2014, pp. 43-44, esp. nota 103.

² Cfr. GUZMÁN BRITO, A., *Historia de la codificación civil en Iberoamérica*, Cizur Menor, Aranzadi, 2006, pp. 241 ss.; ID., “La sistemática del ‘Código civil’ de Andrés Bello”, en *Estudios de historia dogmática y sistemática sobre el Código civil chileno-colombiano*, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, 2009, p. 37 ss. esp. pp. 49-53; ID., “La formación del sistema general del ‘Código civil’ de Chile y los sistemas de los códigos existentes hacia 1852”, en *Estudios de historia dogmática y sistemática sobre el Código civil chileno-colombiano*, cit., pp. 59 ss., esp. pp. 75-82.

³ Para el sistema de institutas (gayano) cfr. MEDER, S., *Rechtsgeschichte Eine Einführung*, 5 ed., Köln/Weimar/Wien, UTB, 2014, pp. 84, 109; KASER, M.; KNÜTEL, R., *Römisches Privatrecht*, 17 ed., München, Beck, 2003, § 2, n. 27, pp. 33-34; GAUDEMET, J., “*Tentatives de systématisation du droit à Rome*”, en *Archives du Philosophie du Droit. Le système juridique*, Vol. 31, Paris, Sirey, 1986, p. 21.

sujetos, es decir, en su contexto vital. Por tal razón se regula en el derecho de personas conjuntamente el derecho de familia. A ese derecho de las personas sigue la regulación de los objetos, que se piensan en función del sujeto: De las cosas corporales, en primer lugar, lo cual corresponde a nuestro derecho de bienes y, y de las incorporeales, en segundo lugar, que equivalen a nuestro derecho de obligaciones. La ruptura con la tradición de las institutas lo es, por lo demás, con un modelo de organización del derecho, que no sólo rige entre nosotros desde la entrada en vigencia del Código Civil chileno, primero en los estados federales, bajo el federalismo, y luego a nivel nacional, con la adopción de la República unitaria⁴, sino que era también el modelo de enseñanza del derecho antes de la codificación e incluso en la colonia. La aprobación del nuevo proyecto implicaría para el intérprete jurídico promedio colombiano, a no dudarlo, dificultades provenientes de enfrentarlo a una forma de organizar el derecho que le es completamente desconocida.

Con la escogencia del modelo del BGB en el proyecto, se adhiere a una tradición ajena a la nuestra, en varios sentidos. Por un lado, se trata en el sistema externo general del BGB de una forma de estructuración en que convergen influjos de la pandectística y de la escuela del derecho natural alemana (por no mencionar influencias puntuales de la filosofía del idealismo) es decir, de corrientes de pensamiento jurídico ajenas a nuestra tradición. En esa tradición es específicamente de origen pandectista la idea de una parte general, es decir, de un libro introductorio, en que con alto grado de abstracción y generalidad se incluyen todas aquellas normas que habrán de ser aplicadas al momento de aplicar las normas de los libros especiales posteriores. A la escuela del derecho natural se debe, específicamente, la idea de desvincular a la persona del derecho de familia y la colocación de este derecho junto con el de sucesiones al final de la codificación. La adhesión a esta nueva tradición es particularmente problemática, porque, por una parte, no existe una conexión con las fuentes de esa tradición y las posibilidades de establecerla son, desde un punto de vista realista, escasas, si se tienen en cuenta tan solo las dificultades provenientes del lenguaje alemán. Por otra parte, porque se ha optado por un modelo de codificación que proviene de la ciencia jurídica, de la ciencia jurídica alemana, tal como esta era entendida en el siglo XIX, valga decir, antes de los profundos cambios metodológicos introducidos por la jurisprudencia de intereses, en primer lugar, por el movimiento del derecho libre, en segundo lugar, pero en menor grado, y por la jurisprudencia de valores imperante desde la postguerra. Por tal razón, de manera consecuente con ese origen, el codificador alemán partió conscientemente de la base de que estaba codificando un derecho para o de juristas (*Juristenrecht*), un derecho pensado, no en función del ciudadano como destinatario, cuya conducta se aspira a dirigir por medio de la norma, sino de los operadores jurídicos, es decir, gentes expertas, formadas largos años en facultades de derecho. Por este aspecto se presenta nuevamente otra ruptura con nuestra tradición, pues es posible afirmar que, en cierta medida, el Código Civil chileno se inserta en la tradición de los códigos de la ilustración, que, a diferencia del BGB, pretendían ser códigos para el ciudadano, para que el ciudadano rigiera su conducta, razón por la cual renunciaban a la excesiva inclusión de estructuras dogmáticas abstractas en el código, y empleaban un lenguaje que, tal la aspiración, fuera comprensible para el ciudadano promedio.

Si optaron los redactores del proyecto de Código Civil por el sistema externo de origen pandectista del BGB, ha de suponerse que lo hicieron estimando que representa una mejor forma de sistematización que la del modelo de las Instituciones. A este respecto cabe mencionar cómo las cualidades de un sistema se miden, por un lado, por su completud. El sistema debe comprender la totalidad de los fenómenos a sistematizar y hacerlo de una

⁴ Para la historia de la adopción del Código civil chileno en Colombia véase MAYORGA GARCÍA, F., “Pervivencia del Derecho Español durante el siglo XIX y proceso de Codificación Civil en Colombia”, en *Revista Chilena de Historia del Derecho* 14 (1991), 291, esp. pp. 299-310; HINESTROSA, F., “El Código Civil de Bello en Colombia”, en *Revista de Derecho Privado* 10 (2006), 5, esp. pp. 7-9.

manera coherente. La coherencia de la sistematización depende, a su vez, de la adhesión a una idea dominante que guíe toda la sistematización y de la no introducción de criterios aleatorios que rompan la unidad sistematizadora. La coherencia y completud se traducen entonces en claridad y facilidad para localizar los elementos componentes dentro del sistema, así como para aprehender sin mayores esfuerzos las relaciones que los vinculan con los otros elementos. Precisamente haciendo énfasis en las cualidades que ha de tener un sistema, Ernst Zitelmann, sabio profesor de la Universidad de Bonn a la vuelta del siglo XIX y principios del siglo XX, analizando el sistema del proyecto de BGB en un artículo del año 1890, ponía de presente cómo dicho sistema no cumplía con el requisito fundamental de obedecer enteramente a una misma idea dominante. En particular señaló Zitelmann cómo mientras la sistematización de los libros relativos a derecho de bienes y a derecho de obligaciones, es decir, los libros tercero y segundo del BGB, obedecían a la idea de efecto jurídico, o mejor, de regulación de efectos jurídicos (relaciones de obligación, por un lado, y derechos reales, por el otro), la idea subyacente a la sistematización de los dos últimos libros del BGB había sido la de regular supuestos de hecho, es decir, situaciones vitales originadoras de relaciones jurídicas. Zitelmann acuñó para describir este defecto en la sistematización del BGB el término *Kreuzenteilung*, distribución cruzada o en forma de cruz, en traducción literal. Bajo esta perspectiva, cabría preguntarse qué ventajas reales esperan obtener los redactores del proyecto, de la adopción de una sistematización en que la unidad de pensamiento rector ha sido puesta en duda con argumentos plausibles.

Independientemente de esta ruptura operada en el proyecto, sin duda es la inclusión de una parte general, a semejanza de la parte general del BGB, la que constituye el cambio más radical con nuestra codificación civil vigente, y también, hay que decirlo, el más peligroso para la recta aplicación del derecho en el país, para la seguridad y la paz jurídicas. La parte general constituye, como ya se indicó, un producto de la pandectística, en que confluyen influjos de la filosofía del idealismo alemán, y muy particularmente de Kant y Schelling, así como ideas provenientes de las ciencias matemáticas de los siglos XVII y XVIII. No viene al caso aquí entrar en pormenores históricos sobre la suerte de la parte general en los libros de pandectas a lo largo del siglo XIX, ni en los movimientos codificadores al interior de Alemania antes de 1871. Lo que sí ha de resaltarse es 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 aplicarse posteriormente al momento de —valga la redundancia— aplicar cada una de las normas particulares de las partes especiales. Se trata, y aquí se hace patente el influjo proveniente de las ciencias matemáticas, de una suerte de factor. Teniendo en cuenta esta idea subyacente, Gustav Boehmer acuñó en la primera mitad del siglo XX la expresión “poner antes del paréntesis” (*Einklammerung, vor die Klammer ziehen*) para ilustrar la esencia del método de la parte general: a la manera de una ecuación, la parte general viene a ser el factor que se coloca antes del paréntesis, siendo las normas de las partes generales, las que constituyen el contenido del paréntesis.

La idea central de la parte general tiene hondas consecuencias metodológicas. Para el operador jurídico comporta dicha parte general 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 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 pueden 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 alto”⁵. De cara a esta dificultad, habrá de tenerse en cuenta en el debate que se ha abierto para discutir el nuevo proyecto, si se es consciente de la dimensión del cambio metodológico que se está por 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 dado dudar, con todo, que tales mecanismos eviten dichos riesgos o, peor aún, que los mitiguen siquiera. Las universidades, por su parte, habrán de estructurar y ofrecer ofertas formativas enfocadas a los miles de juristas formados en el antiguo sistema, no sin antes haber provisto lo necesario, para la “formación continuada” de su personal académico en el nuevo sistema.

Desde el punto de vista metodológico, existe una segunda 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, cómo 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, son evidentes 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.

Para ilustrar las dificultades metodológicas que bajo las perspectivas analizadas presenta la adopción de una parte general, valga aquí echar mano de una disposición del

⁵ PETERSEN, J., “Die systematische Stellung des Allgemeinen Teils vor der Klammer der anderen Bücher”, en *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”.

proyecto. En el Art. 40 de éste se dispone: “Toda persona tiene el deber de prevenir, evitar, aminorar y resarcir los daños que pueda causar o haya causado”. Por su ubicación en la parte general, se trata aquí de una disposición con vocación de aplicación general, en todos los libros del proyecto. Su inclusión en un título relativo a los “derechos subjetivos y de su ejercicio”, refuerza la vocación de generalidad. La universalidad de la fórmula general de responsabilidad allí contenida es especialmente llamativa y tiene hondas consecuencias, pues se prescinde en ella de criterio distinto al del daño para fundamentar un supuesto de hecho de responsabilidad. Con otras palabras, la norma puede interpretarse como la consagración de un principio general de responsabilidad objetiva. Dada su ubicación en la parte general, tal principio de responsabilidad objetiva estaría llamado a operar tanto en materia contractual como extracontractual. Todo daño, tanto originado en el marco de una relación contractual, como en el de una relación extracontractual, originaría un deber de indemnización. Partiendo de esa posible interpretación, ¿qué significado cabría a la norma en supuestos de las partes especiales en que se empleen otros criterios de fundamentación de la responsabilidad? ¿Cómo sería la interacción de la norma general, con esas eventuales normas especiales? La falta de protocolos y actas que documenten los trabajos preparatorios que antecedieron al proyecto, sus fuentes y motivaciones, impiden tanto determinar si preguntas como las concretamente planteadas, también surgieron durante la redacción, como la realización de un control empírico de las ideas que, en el supuesto de que hubieran sido planteadas, tuvieron sobre ellas los redactores. Esta desvinculación de las normas del proyecto respecto de sus antecedentes de orden político, jurídico-dogmático, económico, filosófico y, en general, de todo orden, decididamente no contribuiría a facilitar la labor hermenéutica si el proyecto llegare a ser aprobado como ley. Ejemplos como el del artículo 40 seguramente podrían multiplicarse, y sería muy deseable que la comunidad jurídica se diera a la tarea de identificarlos por el bien de la seguridad jurídica del país. Después de todo, no puede menos que considerarse un imperativo reducir, hasta donde sea posible, el riesgo de impactos negativos que una reforma de las dimensiones de la planteada, acarrea respecto de la decisión de conflictos de intereses concretos de millones de colombianos de carne y hueso.

Bibliografía

- BYDLINSKI, Franz. *System und Prinzipien des Privatrechts*, Wien/New York, Springer, 1996.
- CANARIS, Claus-Wilhelm. *Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz*, 2 ed., Berlín, Duncker & Humblot, 1983.
- ENGISCH, Karl. “*Sinn und Tragweite juristischer Systematik*”, en BOCKELMANN, Paul; KAUFMANN, Arthur; KLUG, Ulrich (eds.), *Beiträge zur Rechtstheorie*, Frankfurt a.M., V. Klostermann, 1984.
- GAUDEMET, Jean. “*Tentatives de systématisation du droit à Rome*,” en *Archives du Philosophie du Droit. Le système juridique*, Vol. 31, Paris, Sirey, 1986.
- GOKEL, Julia Maria. *Sprachliche Indizien für inneres System bei Q. Cervidius Scaevola*, Berlín, Duncker & Humblot, 2014.
- GUZMÁN BRITO, Alejandro. *Historia de la codificación civil en Iberoamérica*, Cizur Menor, Aranzadi 2006.

- GUZMÁN BRITO, Alejandro. “La sistemática del ‘Código civil’ de Andrés Bello”, en *Estudios de historia dogmática y sistemática sobre el Código civil chileno-colombiano*, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, 2009.
- GUZMÁN BRITO, Alejandro. “La formación del sistema general del ‘Código civil’ de Chile y los sistemas de los códigos existentes hacia 1852”, en *Estudios de historia dogmática y sistemática sobre el Código civil chileno-colombiano*, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, 2009.
- HECK, Philipp. *Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz*, Tübingen, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1932.
- HINESTROSA, Fernando. “El Código Civil de Bello en Colombia”, en *Revista de Derecho Privado* 10 (2006), 5.
- KASER, Max; KNÜTEL, Rolf. *Römisches Privatrecht*, 17 ed., München, Beck, 2003.
- LARENZ, Karl; CANARIS, Claus Wilhelm. *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 3 ed., Berlin/Heidelberg/New York, Springer, 1995.
- MAYORGA GARCÍA, Fernando. “Pervivencia del Derecho Español durante el siglo XIX y proceso de Codificación Civil en Colombia”, en *Revista Chilena de Historia del Derecho* 14 (1991), 291.
- MEDER, Stephan. *Rechtsgeschichte Eine Einführung*, 5 ed., Köln/Weimar/Wien, UTB, 2014.
- PETERSEN, Jens. “Die systematische Stellung des Allgemeinen Teils vor der Klammer der anderen Bücher”, en *Juristische Ausbildung* 10 (2011), 759.

6. ALGUNAS INQUIETUDES SOBRE LA SISTEMÁTICA Y ESTRUCTURA ADOPTADA EN EL PROYECTO DE CÓDIGO CIVIL PREPARADO POR LA U. NACIONAL DE COLOMBIA

JAVIER M. RODRÍGUEZ OLMOS*

Introducción

El ingente trabajo del grupo de la Universidad Nacional de Colombia que tuvo como resultado la preparación del proyecto de Código Civil que se ha venido discutiendo en distintos foros en los últimos meses, representa una oportunidad única para afrontar un debate fundamental para la sociedad civil: el de la adaptación de su Código Civil a una realidad que se transforma de manera cada vez más acelerada. Las reflexiones que se presentan en este escrito se concentran en el aspecto concreto de la génesis, la sistemática y la estructura del Proyecto, que constituyen un presupuesto para abordar temas sustanciales del mismo y de valoración de su contenido; podría decirse que se trata de cuestiones vitales para la interpretación del proyecto de Código Civil.

Dos advertencias quizá sean necesarias. La primera, en el sentido de que las observaciones propuestas, si bien tienen como hilo conductor la cuestión de la interpretación jurídica en sentido muy amplio, son reflexiones dispersas sobre temas que considero vitales en una discusión de esta envergadura. La segunda, aunque sea evidente, prefiero hacerla explícita: las reflexiones que se comparten a continuación se hacen desde el más profundo respeto y reconocimiento por la gran labor adelantada por los redactores del Proyecto, y con la convicción de solo mediante la crítica, el diálogo, la apertura, la concertación y la reflexión sosegada será posible una modernización de nuestro derecho privado que responda a las exigencias de legitimación, debida fundamentación y de coherencia con el desarrollo de nuestra ciencia jurídica.

Para entrar en materia, considero necesaria una reflexión previa sobre el sentido de un código en la época actual⁶. Bien es sabido que un código no es una agregación indiscriminada e inorgánica de disposiciones, sino que porta consigo la pretensión de una exposición ordenada y con una consistencia lógica de los valores, principios, instituciones y reglas jurídicas dentro un área determinada del Derecho; es decir, tiene una naturaleza sistemática además de axiológica, una función de ordenación⁷ y, en el caso específico de un Código Civil, constituye el centro del sistema que irradia todo el derecho privado⁸. Todo esto, además, implica que un Código Civil no se limite a una serie de elecciones y soluciones técnicas, sino que sea vehículo de consideraciones de orden político, en el buen sentido de la palabra; es decir, el Derecho nunca es neutral⁹. Un proyecto de Código Civil, en cuanto tiene la expectativa de convertirse en parte del ordenamiento jurídico desde el punto de vista formal, absorbe todas estas consideraciones.

* Profesor e investigador del Departamento de Derecho civil de la Universidad Externado de Colombia.

⁶ SCHMIDT, J., “*Kodifikation*” en BASEDOW, J. ET AL. (eds.), *Handwörterbuch des Europäischen Privatrechts*, tomo II, Tübingen, Mohr Siebeck, 2011, pp. 989 y ss.

⁷ ZIMMERMANN, R., “*Codification. The Civilian Experience Reconsidered on the Eve of a Common European Sales Law*”, en *ERCL* 8 (4) (2012), 372 y ss.

⁸ HINESTROSA, F., “Codificación, descodificación y recodificación”, en *Revista de Derecho Privado* 27 (2014), 12.

⁹ SOMMA, A., “*Comparazione giuridica, fine della storia e spoliticizzazione del diritto*” en BRUTTI, M.; SOMMA, A. (eds.), *Diritto: storia e comparazione. Nuovi propositi per un binomio antico*, Frankfurt am Main, Max Planck Institute for European Legal History, 2018, p. 509 (*Open Access Publication*). Disponible en <http://dx.doi.org/10.12946/gplh11>.

Partiendo de este presupuesto, surgen varias inquietudes con respecto a la sistemática y estructura por la que ha optado el Proyecto que es objeto de este análisis, como se expone a continuación.

I. La cuestión de la ausencia de motivación

La primera inquietud que surge está relacionada con la ausencia de una exposición de motivos del Proyecto presentado y podemos denominarla el problema de la *ausencia de motivación*. De acuerdo con lo señalado por los mismos redactores del Proyecto, la inexistencia de esa exposición de motivos habría sido una decisión consciente, con el fin de no condicionar su interpretación, llegando a afirmarse que el (Proyecto de) Código Civil debería explicarse por sí mismo. Por sí misma, esta elección sorprende si se tiene en cuenta que, entre las diversas técnicas de interpretación (argumentación) del Derecho que el Proyecto mismo prevé, se incluyen, entre otros, los cuatro criterios de interpretación tradicionales sistematizados por F.C. v. Savigny (gramatical, lógico, sistemático e histórico)¹⁰. En particular, el criterio histórico, previsto en el artículo 4, apunta precisamente a “evidenciar el modo de la intervención de la ley” al momento de ser promulgada, “lo que por aquella ley se ha introducido de nuevo en el Derecho”. Como el mismo Savigny señaló, esto implica entonces que el intérprete deba “colocarse en el punto de vista del legislador, reproducir artificialmente sus operaciones y recomponer la ley en su inteligencia”¹¹. Si esto se establece para la interpretación del Derecho, no resultaría coherente renunciar *a priori* a este elemento para la interpretación, comprensión y discusión del Proyecto.

Esta decisión presenta, entonces, problemas considerables. Se genera una falta de transparencia respecto del fundamento de las elecciones del Proyecto, no solo las elecciones o soluciones jurídicas concretas, sino, sobre todo, de las elecciones estructurales, sistemáticas y axiológicas. Al no hacer explícitas las razones de esas elecciones, se elimina un elemento vital para la discusión dentro de la academia y frente a los demás operadores jurídicos. Y se afecta seriamente la posibilidad real de comprender y controvertir esas decisiones.

Es bien conocido en la discusión sobre la interpretación de textos jurídicos, cómo resulta basilar establecer los problemas de los valores que sirven de fundamento de las elecciones del método por parte del jurista. Como señala con claridad R. Alexy, “en el discurso jurídico, no resulta admisible afirmar algo y después negarse a fundamentarlo, sin indicar razones para ello”¹². En cierta medida, a una propuesta de derecho positivo como lo es un proyecto de Código Civil, también le es aplicable la célebre cuestión de la ‘precomprensión’, magistralmente tratada por J. Esser¹³, en el sentido que toda interpretación está condicionada por la delimitación espacial y la dirección en la que los textos jurídicos, los métodos y las formulaciones doctrinales son utilizados.

Desafortunadamente, esta carencia solo se puede suplir de forma deficiente sobre el camino. Se pueden justificar y ajustar cuestiones concretas, soluciones técnicas a problemas específicos, pero es arriesgado hacer lo mismo *a posteriori* sobre la totalidad de una estructura con pretensión orgánica (además de ser metodológicamente inapropiado).

¹⁰ V. SAVIGNY, F. C., *System des heutigen Römischen Rechts*, T. I, Berlín, 1840, pp. 213 y ss.

¹¹ *Ibíd.*, p. 214.

¹² ALEXY, R., *Teoría de la argumentación jurídica*, Lima, Palestra, 2007, p. 297.

¹³ ESSER, J., *Precomprensione e scelta del metodo nel processo di individuazione del Diritto*, Nápoles, ESI, 1983, esp. pp. 133 y ss.

II. La cuestión de la justificación de la imitación

La primera inquietud planteada está estrechamente atada con (y se ve reflejada en) la cuestión de la elección de la estructura y sistemática propia del BGB, herencia del pensamiento pandectista, en lo que podría denominarse el problema de la *justificación de la imitación*. Si el camino por el que se opta para ‘modernizar’ el derecho civil (y en cierta medida, el derecho privado) es el de transformar por completo (por no decir sustituir) la estructura y sistemática del Código Civil vigente, el primer punto a determinar sería el de por qué preferir un modelo como el adoptado por el Proyecto, (marcado, entre otros aspectos, por la arquitectura parte general - parte especial) 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?¹⁴ Frente a todas estas cuestiones solo es posible hacer hipótesis debido al primer aspecto señalado, la ausencia de motivación.

Desde la perspectiva del derecho comparado, son varias las implicaciones de una elección de este tipo. Como señala A. Somma, “[l]a imitación implica ante todo una selección necesariamente arbitraria de lo que se considera oportuno imitar”¹⁵. Por ese mismo motivo, esa selección debería encontrar una debida justificación, máxime teniendo en cuenta que la adopción del sistema Parte general – Parte especial, calcado sobre el modelo del BGB impactaría de forma decisiva en la interpretación, comprensión, estudio y enseñanza de nuestro derecho civil.

Estos procesos de imitación implican una superposición de capas, un intrincado proceso que implica la importación del modelo junto con la carga valorativa y de pensamiento jurídico de la misma, la (re)-interpretación de ese modelo a la luz de los elementos identitarios autóctonos, lo cual puede llevar a confusiones, cortos circuitos, fisuras, rupturas, en particular, cuando el trasfondo del modelo importado es desconocido o poco conocido, ajeno al modelo que se pretende sustituir. El patrimonio hermenéutico de los diferentes modelos jurídicos no puede ser importado sin alteraciones, a lo que se debe sumar que ese patrimonio hermenéutico y, por ende, los modelos jurídicos imitados, no pueden ser debidamente comprendidos sin ser estudiados. En efecto, el argumento histórico-contextual, atado al necesario estudio y comprensión del origen, razón de ser, implicaciones, fortalezas y debilidades del modelo alemán que, insisto, es muy particular, no es una cuestión de poca monta.

Esto resulta más imperioso si se tiene en cuenta que el modelo sistemático del BGB no está libre de críticas en el mismo ambiente jurídico alemán¹⁶. Así como se han reconocido sus virtudes, no se pueden tampoco pasar por alto las debilidades que grandes estudiosos como F. Wieacker o D. Medicus han señalado, por ejemplo, respecto de la

¹⁴ Estos interrogantes ya fueron planteados recientemente por SALGADO RAMÍREZ, C., “La sistemática del Código de Andrés Bello como punto de partida para una reflexión sobre la actualización del derecho privado en Colombia”, en NAVIA ARROYO, F.; CHINCHILLA IMBETT, C. A. (eds.), *La vigencia del Código Civil de Andrés Bello en la Sociedad Contemporánea. Análisis y Prospectivas*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2019, pp. 25 y ss.

¹⁵ SOMMA, A., “Le parole della modernizzazione latinoamericana. Centro, periferia, individuo e ordine”, en POLOTTO, M.R. ET AL. (eds.), *Derecho privado y modernización. América Latina y Europa en la primera mitad del siglo XX*, Frankfurt am Main, Max Planck Institute for European Legal History, 2015, p. 18. (*Open Access Publication*)

¹⁶ Una síntesis de estas críticas se encuentra en SCHMIDT, J. P., *Zivilrechtskodifikation in Brasilien. Strukturfragen und Regelungsprobleme in historisch-vergleichender Perspektive*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2009, pp. 299 y ss.

inclusión de la parte general, como lo son su nivel de abstracción y consecuente dificultad de comprensión para el lego, la dificultad de exposición didáctica al momento de enseñar el derecho, solo para mencionar algunos. Y si bien estas críticas no se deben exacerbar, sí son indicativas de las dudas que pueden surgir, incluso en una cultura jurídica a la que le es propio dicho modelo y forma de pensamiento.

Al mismo tiempo, las dificultades interpretativas fruto del proceso de adopción de un modelo sistemático foráneo para un eventual Código Civil son evidentes y se potenciarían en un ordenamiento jurídico como el colombiano, en el que tanto el pensamiento como la enseñanza jurídica no han girado en torno a un sistema Parte general-parte especial tan marcado como el heredado de la pandectística. El ajuste de la enseñanza del derecho civil debería replantearse de manera radical, con todo lo que ello implica. Otro tanto sería predicable del impacto en la comprensión, interpretación y aplicación del derecho por parte de los operadores jurídicos.

En fin, desde otra perspectiva, no se puede perder de vista que, en el siglo XXI, la adopción de un modelo sistemático y de pensamiento como el alemán, en gran medida ajeno al desarrollo de nuestro derecho, reafirma la elección consciente de seguir operando en la lógica de exaltación de la preeminencia europea y su hegemonía cultural¹⁷, en perjuicio de tomar la oportunidad de cambio para una autorreflexión, un autorreconocimiento y una reconstrucción del camino jurídico que hemos recorrido, además de pensarnos como actores jurídicos regionales, quizá como parte de una identidad latinoamericana¹⁸. Este es un elemento que igualmente debería tomarse en cuenta en el debate metodológico que resulta fundamental con el objetivo en mente de modernizar nuestro derecho civil.

Teniendo en cuenta todo lo anterior, se debe insistir en la conveniencia, y más aún, la necesidad de que una elección de un nuevo modelo sistemático para el Código Civil, como la tomada en el Proyecto, deba estar plenamente demostrada y debería ser oportuna y efectivamente debatida, para poder justificar la ruptura inevitable con la sistemática que ha servido de base en el desarrollo y estudio de nuestro derecho civil. De la profunda discusión sobre si es posible evitar las posibles consecuencias negativas de una imitación jurídica, mediante la reforma y modernización del derecho civil colombiano a partir de la sistemática y estructura sobre la cual se ha venido desarrollando la cultura jurídica colombiana, pueden surgir dudas muy serias y válidas sobre la verdadera necesidad de recurrir a el mecanismo de imitación jurídica.

III. La cuestión de la legitimación por concertación

Una ulterior inquietud que surge de las dos apenas expuestas es si, en el contexto actual, existe la posibilidad real de discutir la sistemática y estructura propuesta por el Proyecto; en otras palabras, si estas cuestiones fundamentales podrán encontrar una *legitimación por concertación*. Esto por varios motivos.

Es cierto que los redactores del Proyecto se han mostrado siempre abiertos a discutir los contenidos del mismo, pues, como ellos mismos han señalado, este solo sería una primera versión de un indeterminado número de versiones que pueden llegar a sucederse hasta hacer los ajustes que se consideren necesarios. Sin embargo, el procedimiento implementado de ‘socialización’ y ‘recepción’ de las observaciones y comentarios por parte de los diferentes actores jurídicos hace dudar sobre la posibilidad de que, en esas ulteriores versiones, los aspectos fundamentales (estructura y sistemática) ya señalados y que metodológicamente deberían preceder a todos los aspectos técnicos, también estén abiertos a discusión. Esto porque se trata de una ‘socialización’ con una

¹⁷ SOMMA, “*Le parole della modernizzazione latinoamericana (...)*”, cit., p. 13.

¹⁸ SACCOCCIO, A. “*Il sistema giuridico latinoamericano: storia di una storia*”, en SACCOCCIO, A.; CACACE, S. (eds.), *Sistema giuridico latinoamericano*, Torino, Giappichelli, 2019, pp. 31 y ss.

estructura vertical, en la que el equipo que preparó el Proyecto valoraría y, eventualmente, incorporaría esas observaciones y comentarios, referidos a las soluciones técnicas y concretas, al diseño de Código preestablecido. En otras palabras, si bien es cierto que muchas de las soluciones a problemas jurídicos concretos tratados en el proyecto podrán ser objeto de discusión y seguramente ajustadas o descartadas, no pareciera que lo mismo se puede decir del aspecto estructural y sistemático, junto con sus implicaciones.

Ahora bien, si se trata de un aspecto tan importante, su determinación debería ser fruto de una *discusión y una concertación horizontal* que tenga en cuenta todas las ventajas y las desventajas de adoptar uno u otro modelo sistemático, como ya ha sido puesto de relieve por varios académicos en distintos foros. No debería ser producto de una imposición unilateral. Tal y como está concebido el Proyecto y como se ha venido socializando, el ‘esqueleto’ sobre el cual se construye ese cuerpo normativo parece que se impone *a priori* como una camisa de fuerza. Esta situación de una ‘camisa de fuerza sistemático-axiológica’, aunque quizá de forma inconsciente, termina por neutralizar la discusión respecto de estos aspectos fundamentales como el método, la sistemática, los valores que sostienen al Proyecto propuesto, con el riesgo de limitar el debate a la discusión de soluciones técnicas y concretas, lo cual resulta injustificado desde el punto de vista metodológico.

IV. La cuestión de la esterilización del debate frente al componente político

Finalmente, creo necesario hacer énfasis brevemente en una inquietud que ya ha salido a la luz en los aspectos anteriormente expuestos. Como se señaló al inicio, el derecho no es neutral: es vehículo de consideraciones políticas, éticas, valorativas. Así como el jurista no es un mero tecnócrata, el derecho no puede negar su momento político en el proceso de la formación de las reglas jurídicas¹⁹.

En esta medida, la comprensión y la discusión del diseño de un proyecto de código no puede realizarse de forma debida sin tomar en consideración las razones, políticas, axiológicas que rodearon la construcción de dicho cuerpo normativo.

Sin embargo, los aspectos mencionados en este escrito (la falta de motivación, el peligro de la imitación y la ausencia de concertación) apuntan a una esterilización del debate en vista de la no discusión de ese componente, que se encuentra imbuido en la sistemática por la que se opta en un (proyecto de) Código Civil. Y es precisamente por esto que el tema de la sistematización y estructura del Proyecto debe estar sometido a procesos deliberativos, concertados y no impuestos.

V. Algunos aspectos concretos que reflejan la importancia de la discusión

Muchos serían los aspectos concretos en los cuales se vería reflejada la imperiosa necesidad de reflexionar a fondo sobre el cambio de la sistemática con la que la ciencia del derecho civil colombiano ha venido trabajando desde hace casi un siglo y medio, para adoptar una nueva sobre el modelo alemán. A título ilustrativo, baste pensar en cuestiones como las implicaciones de la adopción de la categoría general de ‘negocio jurídico’²⁰, la escasa y diluida presencia en la parte general de normas relativas a los bienes y la asimetría que esto conlleva frente a la parte especial, sin hablar de las cuestiones más generales ya

¹⁹ SOMMA, “*Comparazione giuridica, fine della storia e spolitizzazione del diritto*”, cit., p. 509.

²⁰ Es cierto que la categoría no es completamente ajena a nuestro derecho civil, ya que fue acogida, al menos de forma inorgánica y fragmentaria en el Código de Comercio, y ha sido una categoría ampliamente estudiada por grandes juristas colombianos. Sin embargo, esto no solventa la cuestión de las implicaciones de la eventual positivización de la categoría en un Código Civil.

mencionadas del impacto de la nueva sistemática propuesta en la enseñanza del derecho civil, en su comprensión y aplicación por parte de los operadores jurídicos, entre otras²¹.

VI. Algunas reflexiones conclusivas

De todas las observaciones presentadas, quisiera extraer algunos puntos concretos.

Ante todo, quiero insistir en el reconocimiento que merece la empresa emprendida por el equipo de la Universidad Nacional. Su esfuerzo constituye un llamado al mundo jurídico colombiano a asumir un papel activo en un tema decisivo como es el del futuro del Código Civil y del derecho privado en general.

En esta misma línea, las inquietudes que respetuosamente se han formulado en este escrito de ninguna manera desconocen la riqueza y utilidad del trabajo realizado y plasmado en el Proyecto. Por el contrario, estoy convencido de que las elecciones y soluciones propuestas son un valioso aporte, no solo al debate sobre la reforma del Código Civil, sino al derecho civil colombiano en general.

Ahora bien, en el escenario planteado por el Proyecto de sustitución de la sistemática y estructura del Código Civil vigente, surgen serias inquietudes respecto a su motivación, a las implicaciones de una imitación jurídica como la propuesta, a la legitimación en ausencia de su concertación, en fin, frente al riesgo de esterilización del componente político que se vehicula mediante la elección de dicha sistemática y estructura. No se trata simplemente de un miedo o resistencia al cambio o de una irreflexiva atadura al pasado; como creo haber ilustrado a lo largo de este escrito, existen razones muy profundas que hacen imprescindible una discusión real sobre la necesidad y conveniencia de un salto sistemático y estructural como el propuesto por el Proyecto.

Por lo demás, considero que la mayoría de las inquietudes y argumentos presentados respecto de este aspecto específico, son válidos respecto de otras cuestiones que deberían ser igualmente discutidas de antemano y que se resuelven en dos preguntas aparentemente sencillas: ¿cómo y por qué? ¿Cómo adaptar nuestro derecho civil a las necesidades del siglo XXI? ¿Mediante una sustitución del Código vigente? ¿Mediante una reforma libro por libro? ¿Por qué una u otra elección? En otras palabras ¿Qué tipo de Código Civil queremos? ¿Qué vínculos conservamos con nuestra tradición jurídica, nuestra sistemática, nuestras instituciones, nuestra terminología, en conclusión, con nuestra cultura jurídica? ¿Qué desechamos y por qué? ¿Qué tipo de sociedad queremos que refleje ese Código Civil? Todos estos difíciles interrogantes son ineludibles en la discusión y se deben afrontar con ponderación y profundidad para que tengamos como resultado una constitución civil que refleje lo que somos y lo que queremos ser como sociedad.

Quiero cerrar estas reflexiones dispersas, con las palabras del profesor R. Zimmermann²² quien, evocando a B. Windscheid, señala en varias de sus obras cómo los códigos no son sino un punto en el desarrollo de nuestro derecho, que un código no debe descartar o lanzar al olvido de un solo tajo el entramado que una determinada cultura

²¹ Incluso un ejemplo banal y confinado dentro de una de las materias del derecho civil resulta muy ilustrativo de los riesgos de las imitaciones jurídicas en el Proyecto. Me refiero a la decisión en materia de posesión de adoptar en parte, la estructura y terminología propia 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); sin embargo, en este ejemplo banal, creo que 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.

²² ZIMMERMANN, “*Codification. The Civilian Experience (...)*”, cit., p. 379.

jurídica ha cultivado y alimentado a lo largo del tiempo. De allí que, ante la necesaria actualización del derecho privado en Colombia, debemos seguir reflexionando sobre la mejor manera de lograrlo sin crear rupturas o cortos circuitos con nuestra propia historia, pues el Código Civil, sea uno nuevo o uno reformado debe constituir un lazo vivo entre pasado y presente²³.

²³ ZIMMERMANN, R., *Derecho romano, derecho contemporáneo, derecho europeo. La tradición del derecho civil en la actualidad* [trad. J. Rodríguez Olmos], Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2010, p. 32, “[...] cada época crea su propio mundo jurídico, no para sí misma y arbitrariamente sino en una unión indisoluble con la totalidad del pasado”.

7. LA LEY APLICABLE A LOS CONTRATOS INTERNACIONALES EN LA PROPUESTA DE CÓDIGO CIVIL DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL

JORGE OVIEDO ALBÁN*

Introducción

La propuesta de Código Civil de la Universidad Nacional genera cuestionamientos por varios aspectos, entre los cuales cabe resaltar el referido a la ley aplicable a los contratos internacionales.

Este aspecto específico, de tanta relevancia para el desarrollo de los negocios internacionales que interesa a diversos sectores productivos del país, debe llamar la atención no solamente de los abogados, sino principalmente de los empresarios, el sector financiero, los jueces y árbitros, autoridades gubernamentales y todos aquellos relacionados con el comercio internacional.

Para hacer referencia a este tema quiero partir planteando una pregunta que consiste en poder determinar: ¿en que mejora la propuesta las reglas existentes en esta materia? Para responderla haré un análisis comparativo entre las disposiciones actuales y varios de los problemas que de ellas surgen, para proceder a compararlas con las que se incorporan en la propuesta y de esta manera poder llegar a las conclusiones respectivas. De igual forma, me referiré a algunas disposiciones de instrumentos contemporáneos tanto de Derecho Internacional Privado como de Derecho Mercantil Internacional, con el objetivo de aportar algunos elementos adicionales para el análisis. Con base en lo anterior, este artículo se estructura en puntos: en el primero me referiré al modelo normativo que al parecer sirve de inspiración a las normas contenidas en la propuesta y la ubicación de ellas. En el segundo, haré alusión al fraccionamiento de la ley aplicable al contrato, para finalmente mencionar algunas cuestiones que genera el asunto relativo a la elección de ley aplicable al contrato internacional.

I. El modelo normativo que sirve de inspiración y la ubicación de las normas propuestas

En la propuesta titulada “Proyecto de Código Civil de Colombia”, los redactores manifiestan que se trata de “(...) un texto profundo que el profesor Arturo Valencia Zea presentó y elaboró en el año 1983, y que la Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Nacional de Colombia quiere entregar ahora al país, con ocasión de los 150 años de su fundación, (...)”¹.

Cabe recordar que en el año 1980 se publicó un “Proyecto de Código de Derecho Privado” autoría del mencionado profesor y en 1983 un “Proyecto de Código Civil” elaborado por una comisión también liderada por el profesor Valencia Zea.

Ahora bien, en cuanto a la ubicación normativa se trata, puede advertirse que, siguiendo un modelo de fraccionamiento de la ley aplicable, la propuesta establece unas

* Director del Departamento de Derecho Privado, de la Empresa y de los Negocios y del programa de Doctorado en Derecho de la Universidad de La Sabana. Conjuez de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia y Árbitro. Presidente del Colegio de Abogados Comercialistas.

¹ Cfr. Presentación en: BONIVENTO FERNÁNDEZ, J. A.; LAFONT PLANETTA, P.; HERRERA OSORIO, F. A. (coords.), *Proyecto de Código Civil de Colombia – primera versión: reforma del código civil y su unificación en obligaciones y contratos con el código de comercio*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 2020.

reglas contenidas en los proyectados artículos 26 y 27 y también en los artículos 707 sobre compraventa internacional y el artículo 1171 sobre agencia comercial internacional.

En la exposición de motivos de los proyectos de los años ochenta se dice que se recogen normas del “Código de Bustamante”² y en efecto es el modelo que también ha inspirado en la parte respectiva a los autores de esta propuesta, como puede advertirse al comparar los artículos 21 a 33 de esta ubicados en el capítulo “Conflictos de ley en el espacio” con los artículos 14 a 30 del Proyecto de 1980 y 16 a 28 del Proyecto de 1981³.

Cabe recordar que en América Latina existieron dos grandes esfuerzos por unificar las reglas de Derecho Internacional Privado, como son los Tratados de Montevideo de 1889 y el Código de Bustamante de 1928⁴, los cuales obedecieron a ideas de su época, pero que distan mucho de responder a las necesidades y tendencias actuales en esta materia⁵. Aunque, como se verá, en el tema de la ley aplicable al contrato, lo que se advierte en la propuesta, es un fraccionamiento de la ley aplicable que al parecer toma elementos de los Tratados de Derecho Civil Internacional y Derecho Comercial Internacional, conocidos como los “Tratados de Montevideo” que fueron aprobados en Colombia mediante Ley 33 de 1992⁶, y también mantiene reglas que sobre esta materia ya existen en el ordenamiento colombiano, tanto en el Código Civil como en el de Comercio⁷.

Una revisión y actualización de las normas de Derecho Internacional Privado en los países de América, concretamente en aspectos de contratación internacional, de ninguna manera justifica basarse nuevamente en los modelos de los Tratados de Montevideo ni en el Código de Bustamante, sino que debería comprender al menos los esfuerzos que ha venido realizando la OEA por medio de la CIDIP y concretamente revisar la Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales adoptada en México en 1994; la Guía sobre el Derecho Aplicable a los Contratos Comerciales Internacionales en las Américas del Comité Jurídico Interamericano de la OEA de 2019 (en adelante Principios de la OEA)⁸; los Principios sobre la elección del derecho aplicable en materia de contratos comerciales internacionales de la Conferencia de La Haya de Derecho

² VALENCIA ZEA, A., *Proyecto de Código de Derecho Privado*, Bogotá, Superintendencia de Notariado y Registro, 1980, p. 18 e ID., *Proyecto de Código Civil*, Bogotá, Superintendencia de Notariado y Registro, 1983, p. 14. En ambos textos se afirma: “En general, el proyecto hace suya la clasificación de las leyes del derecho internacional que presenta la doctrina y que recoge el código de Bustamante”.

³ Cfr. Proyecto de Código de Derecho Privado (1980), pp. 119-121 y Proyecto de Código Civil (1983), pp. 75-28.

⁴ Este tratado fue adoptado en La Habana el 20 de febrero de 1928. Puede consultarse su texto en: https://www.oas.org/juridico/spanish/mesicic3_ven_anexo3.pdf

⁵ En relación con antecedentes de ambos tratados: CAICEDO CASTILLA, J. J., *Derecho Internacional Privado*, 5ª ed., Bogotá, Temis, 1960, pp. 23-38. También para la historia y contexto tanto de estos tratados como en general los esfuerzos en la materia en América Latina: DELGADO BARRETO, C.; DELGADO MENÉNDEZ, M. A.; CANDELA SÁNCHEZ, C. L., *Introducción al Derecho Internacional Privado*, t. 1, Conflicto de leyes – parte general, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2004, pp. 101-130 y FERNÁNDEZ ARROYO, D., *Derecho Internacional Privado interamericano: evolución y perspectivas*, XXVI Curso de Derecho Internacional Privado organizado por la subsecretaría de Asuntos Jurídicos de la OEA, Washington, 2000, pp. 157-213.

⁶ Los Tratados de Montevideo habían sido adoptados en Colombia mediante la Ley 40 de 1933, que fue declarada inexecutable por la Corte Suprema de Justicia mediante sentencia de 18 de junio de 1987.

⁷ Cabe recordar que la discusión sobre la conveniencia de ratificar o no el Código de Bustamante por Colombia fue dada en su momento. Un recuento de ello y sobre la consulta que en su época se hiciera sobre tal aspecto tanto a la Corte Suprema de Justicia como al Consejo de Estado, sin que estas respondieran, puede verse con detalle en: CAICEDO CASTILLA, cit., pp. 36-38. Con respecto a los debates doctrinales sobre el tema de la ley aplicable al contrato, entre otros aspectos, el autor dejó señalado: “(...) la que regula los efectos de los contratos, que en el Tratado es la del lugar de cumplimiento del contrato y en el Código es la del lugar de la celebración (...)”. CAICEDO CASTILLA, cit., p. 37.

⁸ Comité Jurídico Interamericano, Guía sobre el Derecho Aplicable a los Contratos Comerciales Internacionales en Las Américas, OEA, Washington, 2019.

Internacional Privado (en adelante Principios de La Haya)⁹. Cabe considerar una de las recomendaciones hechas por el Comité Jurídico Interamericano de la OEA incluida en el texto de la Guía sobre el Derecho Aplicable a los Contratos Comerciales Internacionales en Las Américas:

Se alienta a los Estados Miembros de la OEA, independientemente de que hayan ratificado o no o que tengan o no la intención de ratificar la Convención de México, a que consideren sus soluciones para sus propios derechos nacionales, ya sea mediante una incorporación material, por referencia o por otros mecanismos que sean de aplicación en sus regímenes jurídicos internos propios, teniendo en cuenta los desarrollos subsiguientes del derecho aplicable a los contratos comerciales internacionales consagrados en los Principios de La Haya y descritos en la presente Guía¹⁰.

De igual manera, valdría la pena que también se revisara de manera comparativa y crítica las leyes que sobre la materia se han adoptado en algunos países de Latinoamérica (tales como el libro X sobre Derecho Internacional Privado del Código Civil de Perú de 1984; la Ley de Derecho Internacional Privado de Venezuela, de 1998; la Ley 5393 sobre Derecho aplicable a los contratos internacionales de Paraguay; el título IV sobre Derecho Internacional Privado del libro VI del Código Civil y Comercial Argentino; la Ley 54414 de 2014 de República Dominicana y la Ley 7 de 2014 que adoptó el Código de Derecho Internacional Privado de Panamá) y en el Derecho comunitario Europeo, como es el caso de los Reglamentos, entre ellos el reglamento Roma I, o algunas propuestas actualmente en curso, como el proyecto de Uruguay que fue aprobado en la Cámara de Senadores el 1 de septiembre de 2020 y el proyecto de ley de Derecho Internacional Privado que en Chile se presentó el pasado 22 de septiembre ante el Ministro de Justicia y Derechos Humanos de dicho país. Así mismo, vale la pena insistir en que las autoridades gubernamentales mediten sobre la conveniencia o no de adoptar algunas convenciones internacionales de derecho uniforme, preparadas por la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Comercial Internacional, el Instituto para la Unificación del Derecho Privado, entre otros.

II. El fraccionamiento de la ley aplicable al contrato

Como lo he advertido, la propuesta no solamente mantiene un sistema fraccionado de ley aplicable al contrato internacional, basado sobre el sistema “territorialista” y “unilateralista”, sino que como también mostraré a continuación, en algunos aspectos repite reglas ya existentes en la legislación nacional y no contribuye a mejorarlas.

Así puede advertirse en los proyectados artículos 26 y 27:

“Artículo 26. Las condiciones de existencia y validez de los negocios jurídicos se rigen por la ley del lugar en que se perfeccionan.

La misma ley se aplica a la existencia y prueba de los demás hechos jurídicos.

Artículo 27. La ley del lugar en donde deben cumplirse los negocios jurídicos rige su naturaleza, efectos y todo lo relativo a su ejecución”.

Cabe recordar que ya el Código Civil vigente adoptó la regla “locus regit actum”, toda vez que se ha interpretado el artículo 20 inc. 2 la recoge al señalar que “Esta disposición se entenderá sin perjuicio de las estipulaciones contenidas en los contratos celebrados válidamente en país extraño”, de tal forma que se entiende que “la referencia normativa para establecer la validez y el régimen del contrato, la determina la ley del lugar

⁹ Principios sobre la elección del Derecho aplicable en materia de contratos comerciales internacionales, Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, La Haya, 2016.

¹⁰ Guía sobre el Derecho Aplicable a los Contratos Comerciales Internacionales en Las Américas, cit., p. 21.

de celebración (regla locus)”¹¹. La Corte Suprema, en sentencia de 15 de diciembre de 1900 interpretó además que el inciso 3 de dicha norma es el que sujeta a la ley colombiana los efectos de los contratos celebrados en país extraño con el propósito de cumplirse en Colombia¹². Así dijo puntualmente la Corte en el fallo referido:

La forma de los contratos, o sean las solemnidades o los requisitos externos para su validez, no debe confundirse con los efectos de dichos contratos; la forma dice relación a los elementos constitutivos del acto, y los efectos son los derechos y obligaciones que produce. A la forma se refiere el inciso 2 del artículo 20, cuando habla de “los contratos celebrados válidamente en país extraño”, de donde se deduce rectamente, que según ese inciso 2, para saber si un contrato es válido sólo hay que atender a la ley vigente en el lugar y tiempo que se celebra, con las pocas excepciones que más adelante establece el mismo Código; y el inciso 3 es el que se sujeta a la ley colombiana los efectos de los contratos celebrados en país extraño con el propósito ó la intención de cumplirse en Colombia (...)¹³.

Por otra parte, cabe destacar que el proyectado artículo 27 recoge la regla *lex loci executionis* (el contrato se rige por la ley del lugar de ejecución) que ya se encuentra en el artículo 869 del Código de Comercio, norma según la cual: “La ejecución de los contratos celebrados en el exterior que deban cumplirse en el país, se regirá por la ley colombiana”.

Así entonces, estas disposiciones propuestas no cambian en nada lo ya existente en las normas nacionales y tampoco responden a cuestiones que han suscitado preguntas en la doctrina tales como establecer ¿qué sucede si el contrato se celebra en Colombia, pero se ejecuta en el exterior? Como también: ¿si el contrato se celebra en el exterior y se cumple parcialmente en Colombia y parcialmente en otro u otros países?¹⁴.

Tal vez convendría que se observen reglas como la contenida en el artículo 9 de la Convención de México de 1994, conforme a la cual “Si las partes no hubieran elegido el derecho aplicable, o si su elección resultara ineficaz, el contrato se regirá por el derecho del Estado con el cual tenga los vínculos más estrechos. El tribunal tomará en cuenta todos los elementos objetivos y subjetivos que se desprendan del contrato para determinar el derecho del Estado con el cual tiene los vínculos más estrechos (...)”. Como se observa, este tipo de disposiciones tienden a evitar el fraccionamiento de la ley aplicable que lo único que causa es inseguridad en la contratación internacional. De igual manera debe tenerse en cuenta que en la Guía sobre Derecho Aplicable a Contratos Internacionales de la OEA se ha señalado que factores de conexión con el “lugar de ejecución del contrato” que se incluye en los Tratados de Montevideo, y que como se vio anteriormente es el que se encuentra en las normas civiles y comerciales colombianas y que se pretenden mantener en la propuesta, generan inconvenientes “...cuando el lugar de ejecución se encuentra en más de un Estado. Además, dicho lugar puede no conocerse al momento de la celebración del contrato o bien puede cambiar con posterioridad (...)”¹⁵ y además, en cuanto al criterio de la “prestación característica” también se ha señalado en la Guía de la OEA que “...esta solución también crea discrepancias en su aplicación práctica (...) la determinación de la prestación característica puede tornarse incierta en los casos de contratos de permitas, de

¹¹ ZAPATA DE ARBELÁEZ, A., “Colombia”, en ESPLUGUES MOTA, C.; HARGAIN, D.; PALAO MORENO, G. (directores), *Derecho de los contratos internacionales en Latinoamérica, Portugal y España*, Buenos Aires, Edisofer, editorial B de F, 2008, p. 212.

¹² Corte Suprema de Justicia, 15 de diciembre de 1900, M.P. C. ARANGO, G. J., t. XV, no 748-749, p. 121.

¹³ Corte Suprema de Justicia, 15 de diciembre de 1900, cit. Un estudio detallado de tales sentencias puede verse en ZAPATA, cit., pp. 212-213; EAD., “La ley aplicable al contrato internacional”, en GARCÍA MATAMOROS, L. V.; ALJURE SALAME, A. A. (eds.), *Teoría general del Derecho Internacional Privado*, Bogotá, Universidad del Rosario, Legis, pp. 195-196. También: ROJAS TAMAYO, D., *El Derecho aplicable al contrato. Estudio comparado, crítico y prospectivo en Derecho Internacional Privado colombiano*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2018, pp. 135-136. En el mismo autor puede verse el análisis de la sentencia de la Corte Suprema de 30 de septiembre de 1947 en relación con la regla señalada.

¹⁴ Así: ZAPATA, “La ley aplicable al contrato internacional”, cit., p. 200.

¹⁵ Guía sobre el Derecho Aplicable a los Contratos Comerciales Internacionales en Las Américas, cit., p. 170

distribución y, en general, de relaciones contractuales complejas (...)”¹⁶, razón por la cual la Guía de la OEA establece:

13.1 El régimen jurídico interno acerca del derecho aplicable a los contratos comerciales internacionales, en cuanto a la ausencia de una elección efectiva del derecho, debería incluir el criterio flexible de los “vínculos más estrechos”, en consonancia con lo dispuesto en el artículo 9 de la Convención de México.

13.2 Los jueces y árbitros deberían aplicar el criterio flexible de los “vínculos más estrechos” partiendo de un enfoque de interpretación liberal¹⁷.

Adicionalmente, cabe preguntarse la razón por la cual se reproduce en el artículo 1171 el actual 1328 en materia de agencia comercial internacional, conforme al cual “Para todos los efectos, los contratos de agencia que se ejecuten en el territorio nacional quedan sujetos a las leyes colombianas. Toda estipulación en contrario se tendrá por no escrita”.

Vale la pena recordar que esta disposición se justificó en la época de adopción del Código de Comercio, pues se entendía que las reglas sobre agencia comercial eran proteccionistas, pero tal concepción ha perdido vigencia actualmente, pues bien, se sabe en la sentencia de casación de 19 de octubre 2011 se sostuvo que tales normas no tienen ya carácter proteccionista y que el concepto “orden público” al que obedecen, debe entenderse como variable¹⁸.

Adicional a lo anterior, me permito destacar el proyectado artículo 707:

Artículo 707. La compraventa de mercaderías en que una parte tiene establecimiento o lugar principal de actividad en Colombia y la otra en Estado diferente, o el lugar de cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones guarde relación más estrecha con un Estado diferente, o las partes prevean la aplicación de normas de derecho internacional privado, se regirá por normas de contratación internacional.

El asunto de la ley aplicable a los contratos internacionales de compraventa, ya está regulado en el derecho nacional, como quiera que Colombia aprobó mediante Ley 518 de 1999, la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, la cual a su vez ha sido aprobada hasta la fecha por 94 Estados. Esta razón, básicamente es el motivo para advertir la inconveniencia de regular el

¹⁶ *Ibidem*.

¹⁷ Guía sobre el Derecho Aplicable a los Contratos Comerciales Internacionales en Las Américas, cit., p. 188.

¹⁸ “La doctrina elaborada por la Corte en el año de 1980 respecto de imperatividad del precepto legal y la indisponibilidad del derecho a la prestación consagrada en el inciso primero del artículo 1324 del Código de Comercio, se inspiró en la prudente interpretación del orden público social o económico dentro del contexto que se estimó imperante entonces, caracterizado por la supremacía de los empresarios agenciados, la desprotección de los agentes, la presencia de relaciones de mercado asimétricas y situaciones inequitativas e injustas en intereses considerados bajo esa perspectiva vitales en la industria y el comercio, y que la Sala juzgó necesario tutelar.

En veces, el orden público actúa como un mecanismo para la organización, productividad, eficiencia y equidad del sistema económico, hay una economía dirigida (orden público de dirección), y en ocasiones, para proteger determinados intereses (orden público tutelar o de protección) en razón de cierta posición económica, social, jurídica, factores sociales (Estado providencia, proteccionismo social) para proveer al bienestar social y la satisfacción de las necesidades económicas de los ciudadanos, suprimir o atenuar manifestas desigualdades socio- económicos (contratos de adhesión, derecho del consumo), ora económicos (política deflacionista-control de precios-de crédito, derecho de la competencia, interés general). Empero, el concepto de orden público, es dinámico, mutable y cambiante, aunque no esencialmente variable y sus modificaciones se advierten en intervalos relativamente largos en el tiempo. Así, lo considerado hace unos lustros de orden público, no lo es hoy, como lo del presente puede variar mañana, y en verdad, los profundos cambios contemporáneos gestados en la vertiginosa mutación del comercio, las relaciones comerciales y el tráfico jurídico, han modificado el contexto socio-económico de la época en la cual la Corte sentó la doctrina jurisprudencial de las sentencias de 2 diciembre de 1980”. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 19 de octubre de 2009, M.P. W. NAMÉN VARGAS, ref. 11001-3103-032-2001-00847-01.

asunto mediante una norma interna. Además de lo anterior, la norma proyectada también incurre en varias imprecisiones que conviene advertir.

La primera de ellas, es la forma alternativa de supuestos a partir de los cuales se busca calificar al contrato de compraventa como internacional, pues parecería que es cualquiera de ellos. La segunda, la relativa a uno de tales factores, conforme al cual parecería que se permite calificar como “internacional” al contrato de compraventa, cuando las partes prevean la “aplicación de normas de derecho internacional privado”. Esta disposición recuerda la que contenía el artículo 1º de la Ley 315 de 1996 que antes de la Ley 1563 regulaba el arbitraje internacional y que fue derogada expresamente por esta. En efecto, en dicha norma se incluían cinco criterios de calificación del arbitraje como internacional, que eran los siguientes: “1) Que las partes, al momento de la celebración del pacto arbitral, tengan su domicilio en Estados diferentes. 2) Que el lugar de cumplimiento de aquella parte sustancial de las obligaciones directamente vinculada con el objeto del litigio se encuentre situado fuera del Estado en el cual las partes tienen su domicilio principal. 3) Cuando el lugar del arbitraje se encuentra fuera del Estado en que las partes tienen sus domicilios, siempre que se hubiere pactado tal eventualidad en el pacto arbitral. 4) Cuando el asunto objeto del pacto arbitral vincule claramente los intereses de más de un Estado y las partes así lo hayan convenido expresamente. 5) cuando la controversia sometida a decisión arbitral afecte directa e inequívocamente los intereses del comercio internacional (...)”.

Sobre el requisito que contenía el numeral 3º del art. 1 de la Ley 315 ya la Corte Constitucional había determinado que no basta que se hubiere pactado arbitraje internacional para que éste tuviere tal carácter, sino que se requiere la presencia de un elemento extranjero para poder calificarlo como tal¹⁹. Algo similar ocurre con la norma propuesta, pues para calificar al contrato como internacional no basta que las partes pacten una ley extranjera, sino que además aquel tenga algún elemento extranjero (el que decida el legislador) para tener tal calificación.

Adicionalmente, la norma proyectada incurre en una imprecisión conceptual cuando establece que dicho criterio de calificación del contrato de compraventa como “internacional” sea cuando las partes prevean la aplicación de “normas de derecho internacional privado”.

Sobre esto conviene señalar que el Derecho Internacional Privado no está compuesto por normas que rijan materialmente los asuntos que generen conflicto de leyes en el espacio, sino que básicamente lo que busca, una vez calificada como internacional la relación jurídica que tenga elementos extranjeros, es que se pueda determinar la ley nacional aplicable y el juez competente en caso de controversia²⁰. Así entonces, las normas que lo componen son calificadas como de “conflicto de leyes en el espacio”, es decir: trata de resolver cuál de las leyes nacionales con las cuales la relación jurídica tenga puntos de conexión o contacto es la aplicable de manera sustancial, como también el juez competente y el efecto que surten en un país las sentencias extranjeras²¹.

Finalmente, la norma propuesta es imprecisa cuando en la última frase establece que en tales casos el contrato de compraventa se regirá por “normas de contratación internacional”, concepto amplio y ambiguo que antes que proponer soluciones, puede generar controversias innecesarias, pues tal disposición de ser adoptada generaría incertidumbre en cuanto a la determinación de las “normas de contratación internacional”.

¹⁹ Corte Constitucional, Sentencia C-347 de 1997, M.P. J. ARANGO MEJÍA.

²⁰ Puede verse, entre otros, en la literatura de habla hispana, a CALVO CARAVACA, A. L.; CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Derecho Internacional Privado*, v. I, 12ª ed., Granada, Comares, 2011, p. 2.

²¹ *Ibidem*.

III. La elección de ley aplicable al contrato internacional

Aunque algunos nos hemos manifestado en pro de la interpretación del actual artículo 869 del Código de Comercio conforme a la cual este permite el pacto de ley extranjera aplicable al contrato internacional, cabe reconocer que es un asunto que todavía genera discusiones en la doctrina nacional²².

Al parecer, el proyectado artículo 27 inc. 2 intenta aportar una solución al establecer que:

“Salvo que la ley lo prohíba, los contratos se regirán por la ley del lugar al que las partes se hayan sometido expresamente, siempre que tenga alguna conexión con el negocio de que se trate (...)”.

Como se advierte, esta norma es bastante restrictiva, no solamente porque impediría el pacto de instrumentos de “soft law” en contratos internacionales, al referirse a la “ley” a la cual se sometan las partes expresamente, lo cual además impediría el pacto implícito de ley aplicable, que es admitido ampliamente en el derecho internacional privado moderno, sino que también exige que aquella tenga alguna “conexión con el negocio de que se trate”.

Sobre el asunto referido a la escogencia de derecho aplicable, no solamente a favor de leyes estatales sino también de instrumentos de “soft law” cabe recordar que nuestra Ley 1563 sobre arbitraje comercial internacional, al emplear la palabra “derecho” en vez de “ley” siguiendo además en ello las tendencias y prácticas generalizadas en materia de arbitraje internacional, permite en el artículo 101 que el tribunal decida conforme con las normas de “derecho” elegidas por las partes, vía que a su vez permite que las partes puedan pactar a favor de un derecho “anacional” como los Principios de UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales, o en general la *lex mercatoria*²³.

En el Derecho Internacional Privado se admite que el pacto de ley pueda ser expreso o implícito, tal como lo refleja el artículo 7 de la Convención de México de 1994, según el cual “El contrato se rige por el derecho elegido por las partes. El acuerdo de las partes sobre esta elección debe ser expreso o, en caso de ausencia de acuerdo expreso, debe desprenderse en forma evidente de la conducta de las partes y de las cláusulas contractuales, consideradas en su conjunto (...)”.

También el Reglamento (CE) No. 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de junio de 2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I) permite la elección implícita de la ley aplicable en el artículo 3 al disponer:

“Artículo 3. Libertad de elección. 1. El contrato se regirá por la ley elegida por las partes. Esta elección deberá manifestarse expresamente o resultar de manera inequívoca de los términos del contrato o de las circunstancias del caso (...)”²⁴.

Así mismo en la Guía sobre el Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales de la OEA se admite que las partes pueden elegir el derecho aplicable a sus contratos de manera expresa o tácita²⁵ y se señala así en la recomendación 8.1:

²² Cfr. OVIEDO ALBÁN, J., “La ley aplicable a los contratos internacionales”, en *International Law* Revista colombiana de derecho internacional, 21 (2012), 117-157.

²³ Este es un tema ampliamente tratado por la doctrina extranjera. En la doctrina colombiana puede verse en especial: TALERO RUEDA, S., *Arbitraje comercial internacional. Instituciones básicas y derecho aplicable*, Bogotá, Universidad de los Andes, Temis, 2008, pp. 285-355 y ZAPATA DE ARBELÁEZ, A. “La norma sustancial aplicable al arbitramento internacional”, en AA. VV., *Estatuto arbitral colombiano, análisis y aplicación de la Ley 1563 de 2012*, Comité Colombiano de Arbitraje, Bogotá, Legis, 2013, pp. 417-427.

²⁴ Cfr. entre otros: CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *La ley aplicable a los contratos internacionales: el reglamento Roma I*, Madrid, Colex, 2009, pp. 128-129.

²⁵ Guía sobre Derecho Aplicable a Contratos Internacionales en Las Américas, cit., p. 137.

8.1 El régimen jurídico interno sobre el derecho aplicable a los contratos comerciales internacionales debe estipular que la elección del derecho, expresa o tácita, ha de ser evidente o resultar claramente de las disposiciones del contrato y de sus circunstancias, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 7 de la Convención de México y el artículo 4 de los Principios de La Haya.

Adicionalmente, no se ha considerado que en el Derecho Internacional Privado contemporáneo se ha llegado a aceptar que la ley elegida por las partes no requiere vinculación alguna con ellas o con la operación, como bien lo establece el art 2.4 de los Principios de La Haya sobre elección del Derecho aplicable en materia de contratos comerciales internacionales:

Art. 2. Libertad de elección:

1. *Un contrato se rige por el Derecho elegido por las partes.*

(...)

4. *No se requiere vínculo alguno entre el Derecho elegido y las partes o su operación”*

De igual manera sucede en Europa, tal como lo indica la doctrina al comentar el Reglamento Roma I: “Los contratantes pueden designar como Ley del contrato la Ley estatal que estimen más adecuada. (...) No se exige que la Ley elegida presente un contacto objetivo con el contrato”²⁶.

IV. Nota conclusiva

A manera de conclusión sobre lo expuesto en este artículo se puede señalar lo siguiente:

La propuesta de Código Civil preparado por un grupo de profesores de la Universidad Nacional pretende incorporar al derecho nacional una serie de reglas sobre conflicto de leyes en el espacio, entre las cuales se encuentran algunas disposiciones relativas a la ley aplicable al contrato internacional.

Como ha quedado demostrado en estas notas, tal propuesta no solamente incurre en graves imprecisiones y errores conceptuales, sino que además no significa ningún avance para esta manera en el derecho colombiano, dado que en nada cambia ni mejora las reglas que actualmente se encuentran contenidas en el Código Civil y en el de Comercio, como tampoco en la ley arbitral. Además de ello, no parece consultar las tendencias contemporáneas sobre tales aspectos, todo lo cual resulta inconveniente para las transacciones de comercio internacional.

Bibliografía

BONIVENTO FERNÁNDEZ, José Alejandro; LAFONT PIANETTA, Pedro; HERRERA OSORIO, Fredy Andrei (coords.), *Proyecto de Código Civil de Colombia – primera versión: reforma del código civil y su unificación en obligaciones y contratos con el código de comercio*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 2020.

²⁶ CARRASCOSA GONZÁLEZ, cit., p. 160. Sobre el estado en que se encuentra el reconocimiento de la voluntad en las legislaciones nacionales americanas, tanto en las reglas de Derecho Internacional Privado como en las de arbitraje internacional, puede verse: Guía sobre el Derecho Aplicable a los Contratos Comerciales Internacionales en Las Américas, cit., pp. 126-134 y también una referencia a la tendencia tanto en las leyes de derecho internacional privado como de arbitraje internacional dictadas en épocas recientes por países de Latinoamérica, consistente en permitir a las partes escoger el derecho aplicable al contrato: OVIEDO ALBÁN, J., “Reconocimiento de la autonomía conflictual en el Derecho Internacional Privado y en el arbitraje comercial internacional en América Latina”, en *Arbitrio*, Revista de Derecho arbitral del Centro de Arbitraje y Conciliación, Cámara de Comercio de Bogotá, 1 (2019), 82-91.

- CALVO CARAVACA, Alfonso Luis; CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier. *Derecho Internacional Privado*, v. I, 12ª ed., Granada, Comares, 2011.
- CAICEDO CASTILLA, José Joaquín. *Derecho Internacional Privado*, 5ª ed., Bogotá, Temis, 1960.
- CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier. *La ley aplicable a los contratos internacionales: el reglamento Roma I*, Madrid, Colex, 2009.
- Comité Jurídico Interamericano, Guía sobre el Derecho Aplicable a los Contratos Comerciales Internacionales en Las Américas, OEA, Washington, 2019.
- DELGADO BARRETO, César; DELGADO MENÉNDEZ, María Antonieta; CANDELA SÁNCHEZ, César Lincoln. *Introducción al Derecho Internacional Privado*, t. 1, *Conflicto de leyes – parte general*, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2004.
- FERNÁNDEZ ARROYO, Diego. *Derecho Internacional Privado interamericano: evolución y perspectivas*, XXVI Curso de Derecho Internacional Privado organizado por la subsecretaría de Asuntos Jurídicos de la OEA, Washington, 2000.
- OVIDIO ALBÁN, Jorge. “La ley aplicable a los contratos internacionales”, *International Law* Revista colombiana de derecho internacional, 21 (2012), 117-157.
- OVIDIO ALBÁN, Jorge. “Reconocimiento de la autonomía conflictual en el Derecho Internacional Privado y en el arbitraje comercial internacional en América Latina”, en *Arbitrio*, Revista de Derecho arbitral del Centro de Arbitraje y Conciliación, Cámara de Comercio de Bogotá, 1 (2019), 82-91.
- Principios sobre la elección del Derecho aplicable en materia de contratos comerciales internacionales, Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, La Haya, 2016.
- ROJAS TAMAYO, Daniel. *El Derecho aplicable al contrato. Estudio comparado, crítico y prospectivo en Derecho Internacional Privado colombiano*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2018.
- TALERO RUEDA, Santiago. *Arbitraje comercial internacional. Instituciones básicas y derecho aplicable*, Bogotá, Universidad de los Andes, Temis, 2008.
- VALENCIA ZEA, Arturo. *Proyecto de Código de Derecho Privado*, Bogotá, Superintendencia de Notariado y Registro, 1980.
- VALENCIA ZEA, Arturo. *Proyecto de Código Civil*, Bogotá, Superintendencia de Notariado y Registro, 1983.
- ZAPATA DE ARBELÁEZ, Adriana. “Colombia”, en ESPLUGUES MOTA, Carlos; HARGAIN, Daniel; PALAO MORENO, Guillermo (directores), *Derecho de los contratos internacionales en Latinoamérica, Portugal y España*, Buenos Aires, Edisofer, editorial B de F, 2008, pp. 205-254.
- ZAPATA DE ARBELÁEZ, Adriana. “La ley aplicable al contrato internacional”, en GARCÍA MATAMOROS, Laura Victoria y ALJURE SALAME, Antonio Agustín (eds.), *Teoría general del Derecho Internacional Privado*, Bogotá, Universidad del Rosario, Legis, pp. 189-219.
- ZAPATA DE ARBELÁEZ, Adriana. “La norma sustancial aplicable al arbitramento internacional”, en AA. VV, *Estatuto arbitral colombiano, análisis y aplicación de la Ley 1563 de 2012*, Bogotá, Comité Colombiano de Arbitraje, Legis, 2013, pp. 417-427.

Sentencias citadas

- Corte Suprema de Justicia, 15 de diciembre de 1900, M.P. CARMELO ARANGO, G. J., t. XV, no. 748-749, p. 121.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 19 de octubre de 2009, M.P. WILLIAM NAMÉN VARGAS, ref. 11001-3103-032-2001-00847-01.
- Corte Constitucional, Sentencia C-347 de 1997, M.P. JORGE ARANGO MEJÍA.

8. LA LIBERTAD ECONÓMICA

ENRIQUE DÍAZ RAMÍREZ*

Con el título de *La libertad económica en Colombia: Los pilares de una sociedad libre*,¹ ensayo bien sustentado como todo lo que escribe, el doctor Daniel Raisbeck analiza los fundamentos sobre los cuales esa libertad se construye y apoya.

Comparto integralmente la argumentación del doctor Raisbeck. En clase de Teoría General del Contrato (Fuentes), he expuesto la autonomía de la voluntad y su consecuencia, la libertad contractual; y hay una coincidencia de bibliografía, pues me fundamento en von Mises, von Hayek y Friedman; explico la concepción opuesta, la economía centralmente planificada, con textos legales de países socialistas (ya muy pocos), en particular de la ex Alemania Oriental.

Von Mises, alumno de la universidad de Viena, compañero allí de Kelsen, asistente al seminario del líder de la escuela austriaca, von Böhm-Bawerk², y luego profesor titular de esa universidad, y de otras, escribió un libro, *El socialismo: análisis económico y sociológico*, que Hayek estudió tan a fondo que le permitió consolidar sus ideas, profundizarlas y difundirlas, en la misma línea, desde entonces³. La producción científica de Hayek es grande (25 libros, 125 artículos) y su actividad académica es igualmente amplia: profesor de London School of Economics desde 1931 a 1950: célebre su debate con Keynes, que Hayek no buscaba; profesor de la escuela de Economía de la Universidad de Chicago, y de las Universidades de Friburgo y Salzburgo. Hayek, además, se graduó en derecho, razón por la cual sus investigaciones económicas tienen visión social integral⁴. Poco antes de recibir el premio Nobel de economía en 1974, se graduó en pedagogía.

La tesis central de Hayek es que el socialismo no es posible por la inexistencia de precios de mercado, lo cual es evidente en una economía de planificación centralizada. Sin propiedad privada, afirma Hayek, se crea una dependencia tan grande del Estado que nos convierte en esclavos. Basta leer el principio aplicable a la contratación en la ex República Democrática Alemana⁵ para percibirlo.

El tercer autor que utilizo es Friedman, premio Nobel de Economía de 1976. A pesar de algunas discrepancias con Hayek, coinciden en la tesis fundamental: las fuerzas del libre mercado son más eficientes que la intervención pública para fomentar un crecimiento económico estable, sin tensiones inflacionarias.

* Profesor titular de Obligaciones de la Universidad del Rosario. Ex profesor Ordinario de Derecho Comercial de la Universidad Externado.

¹ RAISBECK, D., “La libertad económica en Colombia. Los pilares de una sociedad libre”, en GARZÓN VALLEJO, I. (ed.), *Colombia: una Nación hecha a pulso*, Ariel, Bogotá, 2019, pp. 203 - 218.

² En mi libro *Las tasas de interés en Colombia*, Temis, 2014, presento ampliamente la concepción de este autor sobre el crédito como intercambio de bienes presentes por bienes futuros, concepción que tiende a imponerse, porque para la economía un bien satisface la necesidad de la demanda en el mercado; además, el crédito es un bien escaso. La concepción de von Böhm-Bawerk es contraria a la teoría de la *impaciencia* de Keynes y más próxima a la del mejor teórico del tema, Fischer, con quien intercambió información. Von Böhm-Bawerk fue ministro de economía de Austria. Menciono a los predecesores de Hayek para señalar que esta escuela económica se origina a finales del Siglo XIX, con permanencia, y enriquecimiento continuo.

³ Años 30 del siglo pasado.

⁴ *Normas y Orden. Una nueva formulación de los principios liberales de la justicia y de la economía política Y El orden político de una sociedad libre*, obras de Hayek, traducidas al español. Hayek puso siempre la libertad en primer lugar, por sobre cualquier otro valor.

⁵ “Los deberes y derechos de los ciudadanos en las relaciones de Derecho civil quedan determinados por las condiciones propias de la sociedad socialista, inspirados en el poder político de la clase trabajadora, en la *propiedad socialista de los medios de producción y en la dirección y planificación de la economía popular a través del Estado socialista*.” (He destacado en cursivas las notas fundamentales de una economía socialista). La contratación privada, vía negocio jurídico, quedaba reducida a la compra de bienes de consumo y al intercambio de bienes personales.

La Constitución económica colombiana de 1991 es una Constitución de libre mercado (Art. 333). La empresa es la organización fundamental en la Constitución económica y ya, no solamente, el principal criterio de comercialidad en el Código de Comercio.⁶ ⁷ El Código civil, ley fundamental de derecho privado, debe desarrollar los principios de la Constitución: economía de mercado, autonomía privada, libertad contractual, contrato, propiedad, y no debilitarlos y enervarlos.

Si no se incrementa la eficiencia de la empresa y del Estado, el crecimiento de nuestra economía, el avance en metas de desarrollo, la expansión de la clase media y la superación de la pobreza extrema estarán cada vez más distantes.⁸ Los efectos de la pandemia del Covid 19, en cierre de empresas, pérdida de empleo y re pauperización de clases medias, son graves.

En cuanto al manejo económico de la pandemia, se recomienda con insistencia que el gobierno debe generar inflación para atender las necesidades actuales y afrontar la post pandemia. No comparto esa recomendación porque el artículo 373 de la Constitución⁹, timorato por lo demás, no ha sido derogado por motivo de la pandemia y porque serios estudios de algunos economistas de The Times de Londres señalan que debe mantenerse la ortodoxia financiera durante la pandemia, porque el peor escenario en la post pandemia es añadir la inflación al cierre de empresas y a la pérdida de empleos.

Las propuestas hechas por un grupo de senadores para el manejo de las ayudas a individuos, y para arbitrar recursos, son copia casi textual de las hechas, con ruido de lucha de clases, por Pablo Iglesias, Vicepresidente del gobierno español, y Enrique Santiago, bien conocido en Colombia, vicepresidente del Comité de reactivación económica del Congreso de Diputados: impuesto a los ricos, con nombres de empresas y personas. Que sea copia indica una condición intelectual menesterosa, que sería anecdótica si tuviese el respaldo de estudios económicos serios, que los proponentes no han hecho.

La libertad económica es, también, tema central del proyecto de Código civil de la Universidad Nacional; sin el debate dialéctico que debe darse de frente al país, en el órgano donde están representadas todas las fuerzas políticas, se la mancilla y desconoce en forma solapada porque se creyó que el lenguaje melifluido del proyecto haría pasar desapercibida esa situación, o que la comunidad jurídica, seducida, lo aplaudiría al unísono. El doctor Fabricio Mantilla, escribió un artículo intitulado ***Del contrato***, sobre dicho proyecto, enviado al Grupo de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá, análisis con el que estoy de acuerdo, porque, con precisión y concisión, identifica el vuelco que los redactores dan a los artículos 1498 y 1602 del Código de Bello, según los cuales la voluntad privada está en el centro de la contratación y la acción del Estado es marginal; en el proyecto, la voluntad privada deja de estar en el centro, es marginal, desplazada por la intervención estatal que ocupa el centro. Los propósitos del proyecto son más claros que el texto, pues la técnica legislativa es deficiente. La redacción es retorcida, verbalista y sinuosa. El derecho comparado permite examinar textos legislativos de la misma orientación del proyecto, francos, claros y concretos, en el tratamiento de puntos fundamentales.

En Colombia se ha cometido, y se persiste en ello, un error grave: constitucionalizar temas de derecho privado. Una constitución debe señalar el marco fundamental: los jueces ordinarios, en sus decisiones, irrigan esos principios, los desarrollan y aplican. Aquí la Corte

⁶ Artículos 20 a 25 Co. de Co.

⁷ El magistrado de la Corte Constitucional, Carlos Gaviria Díaz, sostenía que el estado social de derecho, consagrado en el artículo 1 de la Carta, era incompatible con los artículos sobre Constitución económica, en particular el 333: la fractura de la Constitución de 1991 sería insalvable.

⁸ Hayek y Friedman fundan, con otros economistas, la sociedad Mont Pèlerin, financiada por fundaciones, y aportan a la elaboración de los cuestionarios; la importancia de estos índices es no solo teórica sino práctica, hasta hoy, porque funcionan.

⁹ “El Estado, por intermedio del Banco de la República, velará por el mantenimiento de la capacidad adquisitiva de la moneda.”

Constitucional lo hace ella, como si la jurisdicción ordinaria no existiese o estuviese en incapacidad de hacerlo. No estoy pidiendo que el derecho constitucional se mantenga en un compartimento estanco. Una prueba, entre muchas: la Corte Constitucional se pronunció sobre el título ejecutivo complejo (T-747/013), definido desde los años 40 del siglo pasado por la Corte Suprema, en sentencias bien escritas y fundadas, sentencias que la Corte Constitucional ignoró. En este caso se trató de acción de tutela contra decisión de la Corte Suprema, Sala Laboral, que la Constitucional confirmó en el sentido de negar el amparo.

La Constitución, como marco fundamental, cumple una función importante en las elecciones generales, tanto en regímenes federales como presidencialistas. Alemania, el ejemplo: la economía de mercado es el eje de la Constitución económica, pero la Constitución es neutra: corresponde al elector decidir entre la propuesta política de los distintos partidos y señalar el rumbo a seguir, pues todos los partidos caben en la Constitución, sin desvertebrarla.

La copiosa abstención que solía registrar nuestro país obedece a que las plataformas políticas de los partidos son similares, porque el margen que tienen para proponer mayor o menor intervención estatal, es estrecho. Los electores pueden decidir poco. Se abstienen porque su voto cuenta, pero no decide. El efecto es nocivo para la democracia: el debate ideológico disminuye y se incrementa el caudillismo, el personalismo. Si la “constitucionalización” se reduce, los partidos políticos pueden hacer propuestas con diferencias de fondo, que los electores están llamados a decidir. La abstención disminuye. Constitucionalizar, si se me permite el neologismo, un pensamiento político, conduce al partido único, sin democracia. La Corte Constitucional se ha ocupado del punto: “mal podría un texto- que pregona como fundamental el principio de la democracia- constitucionalizar un modelo económico rígido, inamovible que tuviera como efecto legitimar exclusivamente una ideología o partido y vetar todas aquellas que le fueran contrarias”¹⁰. Pero en un artículo sobre el mismo tema, el profesor Angarita afirmó que la Constitución “no es un texto neutro que permita la aplicación de cualquier modelo económico”, pues las instancias de decisión política deben operar “conforme a los valores y principios rectores de la Carta”¹¹. Por lo demás, los mecanismos de intervención están regulados en la Constitución.

El proyecto de Código civil redactado por profesores de la Universidad Nacional elude ese debate: el Código propuesto resquebraja los fundamentos y entregaría a los jueces un instrumento maleable a voluntad. Existen antecedentes. En la sentencia T. 468/03, con ponencia del Magistrado Martínez Caballero, pero redactada por el doctor Rodrigo Uprimny, magistrado auxiliar, se lee este párrafo sorprendente: “De ahí que en la actualidad se estime que es indispensable conferir un cierto grado razonable de autoregulación a los asociados, a través del reconocimiento de un núcleo esencial de libertad contractual, destinado a suplir la imposibilidad física, técnica y jurídica del Estado para prever ex ante todas las necesidades de las personas.” He comentado en otro lugar que para la Corte Constitucional la libertad contractual es un principio en retirada, temporal, residual, del cual puede no quedar nada en la medida en que el Estado asuma la satisfacción de las necesidades de las personas.

Del proyecto de reforma de Código civil elaborado por docentes de la Universidad Nacional, había estudiado la ineficacia y la inexistencia, provenientes del Código de Comercio, figuras que requieren detenido análisis y de las cuales me he ocupado en otras

¹⁰ Corte Constitucional, Sentencia C-074 de 1993, M. P. Ciro Angarita Barón.

¹¹ ANGARITA, C., “La libertad económica en la jurisprudencia de la Corte Constitucional”, en AA. VV., *Constitución económica colombiana*, Bogotá, El Navegante Editores, 1996, p. 167.

ocasiones¹². El proyecto de Código civil deroga el Libro Cuarto del Código de Comercio, pero no los Libros I, II, III, IV y V, lo cual requiere verificar las suturas, la coexistencia de esas normativas y la noción de unificación de obligaciones y contratos aplicada por los autores del proyecto, estudio que he de postergar porque el doctor Mantilla llamó la atención sobre el efecto de la obligación, expresión clásica, entendida de todos, que recaba atención inmediata por su importancia práctica, punto este que deja ver a las claras la índole del proyecto.

El artículo 576 del proyecto, según el cual el cumplimiento de la obligación podría exigirse judicialmente si no fuere excesivamente onerosa para el deudor o afectare su situación personal, plantea inquietudes más que soluciones, que no aboco ahora. Me limito a mencionar los efectos nocivos sobre el crédito, bien fundamental en la actualidad. (El crédito conoce la utilización más grande de la historia). El proyecto aumenta exponencialmente el riesgo del crédito; si el riesgo de no pago aumenta, también aumentará el costo del dinero (%)¹³ y se producirá una concentración del crédito entre los deudores que presenten menos riesgos, lo cual afecta la democratización del crédito e incrementa el crédito extra bancario. El efecto es totalmente contrario al sentimentalismo de la norma, a no ser que se busque la creación de bancos públicos, en los cuales el crédito no está diseñado para ser pagado, razón por la cual generan enormes pérdidas que asume el Estado, mediante ley del Congreso votada sin discusión el último día de sesiones; el crédito se desnaturaliza: se convierte en un subsidio que asumimos todos los contribuyentes. Esta clase de bancos figuran en las plataformas de algunos candidatos. La situación vuelve a ser la misma existente antes de la Constitución de 1991.

Revisé algunos artículos del Libro de Bienes del proyecto de Código civil, de importancia para quien en el ejercicio profesional utiliza el contrato como principal instrumento. Así ocurre con la accesión de mueble a inmueble, regulada por el artículo 739 del Código civil, en armonía con el 970. Dispone el 739, en lo pertinente: “Si se ha edificado, plantado o sembrado a ciencia y paciencia del dueño del terreno, será este obligado, para recobrarlo, a pagar el valor del edificio, plantación o sementera.” Este texto permite celebrar un contrato entre el constructor y el dueño del predio, para regular sus derechos que, en mi experiencia, pueden ascender a montos muy elevados. La filosofía del constructor es no inmovilizar grandes sumas de dinero en inmuebles, pero tener el local en el lugar que lo necesita y a la medida de sus requerimientos. El contrato permite regular todos los aspectos: qué obras, qué valores y precios, impuestos, qué permanece y qué puede retirarse al terminar el contrato, estipular avalúos, si fuere necesario, y cláusula compromisoria. La inversión del constructor está garantizada por el derecho de retención. Jurisprudencia reiterada lo indica e, incluso, ha advertido que de no ser así habría enriquecimiento sin justa causa: Cas. 29 de mayo de 1939 (XLVIII, 34). “Por virtud de la accesión reconocida por el artículo 739 del C.C., se establece sobre el terreno en que otro ha plantado, sembrado o edificado, a ciencia y paciencia del dueño del terreno, una propiedad que obliga al dueño del terreno, para recobrarlo, a pagar el valor del edificio, plantación o sementera. [...] puede decirse que se establece una copropiedad confirmada por la tácita declaración de una voluntad revelada por el obrar de ambos propietarios. [...] Y como es lógico y jurídico que ese obrar consciente produzca algún efecto, por ello la ley declara la existencia de prestaciones mutuas entre los propietarios.”

Sentencia de 8 de septiembre de 1932 (XXXVIII, 281) en que se vislumbra el derecho de superficie, como acontece con la sentencia de 5 de septiembre de 1952: “En tanto, sobre el edificio levantado a sus expensas y en razón de tal consentimiento, (el del

¹² DÍAZ RAMÍREZ, E. “Las sanciones por el incumplimiento de las condiciones de validez –nulidad, inexistencia e ineficacia”, en Mantilla Espinosa, F.; Ternera Barrios, F. (eds.), *Los contratos en el Derecho privado*, Bogotá, Legis, 2007, p. 195.

¹³ Cas. civ. sentencia de 27 de agosto de 2008. M.P., William Namén Vargas.

dueño del terreno) el constructor sí tiene verdadera posesión.” (LXXIII, 183). La sentencia cenital para mí es la de 27 de octubre de 1938: “Y las relaciones entre el dueño del predio y el que plantó las mejoras no dejaron de constituir derechos personales para convertirse en reales...” (XLVII, 312). El contrato debe producir todos sus efectos obligacionales sin ser absorbido ni desnaturalizado por el derecho de bienes, con su rigidez y su teoría del *numerus clausus* de los derechos reales, técnica que siempre he seguido, con desigual fortuna, cuando se presentan estas situaciones.

La jurisprudencia actual sigue los precedentes, cita jurisprudencia anterior y la más antigua, sin comillas: hace ya parte del léxico básico del tema. (Sent. de 7 de noviembre de 2018 SC 4755-2018).

Un caso similar ocurre con las bellas y antiguas casas que por el desarrollo de la ciudad han quedado en lugares comerciales privilegiados: se celebran contratos para su acondicionamiento y uso comercial, que parten de la renta vitalicia sin que esa sea la calificación del contrato, mucho más complejo. Es fundamental que el negocio quede regulado exclusivamente por el derecho de obligaciones.

El proyecto de Código incluye en el artículo 391 el derecho de superficie. El valor agregado que tiene es el registro público del derecho de superficie, es decir la oponibilidad; respecto de lo expuesto aporta poco: lo fundamental es que la jurisprudencia continúe la línea trazada en tantos años, que el negocio se mantenga en la órbita de los derechos personales. Y propiciar que el contrato innominado se interprete y califique, llegado el caso, en su individualidad y originalidad, sin recurrir a la deletérea técnica de la analogía con el contrato nominado que más se le parezca, proveniente de épocas formalistas superadas¹⁴.

¹⁴ GHESTIN, J., *Traité de Droit Civil, Les effets du contrat*, 2^e édition, Paris, L.G.D.J., 1994, p. 112.

9. LA PROPIEDAD, “A LA PENÚLTIMA MODA”

NICOLÁS PÁJARO MORENO*

I. Premisas

Circula desde hace algunos meses la denominada “primera versión” del proyecto de Código Civil elaborado en el seno de la Universidad Nacional de Colombia¹⁵, y que, impulsado en parte por la efervescencia de las redes sociales y la proliferación de seminarios virtuales en el marco de la pandemia de la COVID-19, ha generado intensos debates en el seno de la academia. El proyecto se presenta ante la opinión pública como “una reforma del actual Código Civil, en el sentido de actualizarlo y, al mismo tiempo, unificarlo en su régimen de obligaciones y contratos con la legislación mercantil”¹⁶. Sin embargo, carece de exposición de motivos, actas, o materiales que permitan identificar la razón de ser de las soluciones que en él se adoptan. Y si bien dice basarse en una obra semejante, realizada en los años ochenta por el profesor Arturo Valencia Zea, esta referencia es insuficiente para explicar la razón de ser o las proyecciones prácticas de su articulado.

Uno de los asuntos que más ha suscitado numerosas críticas, sin duda se encuentra en la regulación general sobre el derecho de propiedad y su función social. Dado su papel medular en la economía y en el derecho, es de esperarse que cualquier cambio en la regulación sobre la propiedad y en la idea que subyace tras ella genere posiciones encontradas. Sin embargo, dicha propuesta de regulación ha sido materia de fuertes críticas en medios de comunicación, columnas de prensa y conferencias académicas, con lo que se ha hecho evidente que el proyecto se encuentra muy lejos de generar consensos.

En las líneas que siguen se indagará sobre el fundamento ideológico de la regulación del proyecto de código civil en lo relacionado con la propiedad y su función social, para luego analizar si ellos guardan correspondencia con el contexto constitucional planteado por la Carta de 1991, y comentar algunos apartes del articulado propuesto sobre el tema.

II. La propiedad y su función social

La noción de propiedad es uno de los pilares en los que se funda nuestro derecho. En ella se basa un sistema sobre el cual descansan, entre otros, los conceptos de patrimonio, obligación, contrato y responsabilidad, así como una gran cantidad de instituciones que trabajan las relaciones entre particulares y con el Estado. En ella converge una tensión milenaria entre el individuo y la realidad que le es ajena: los demás individuos o la sociedad, entendida como un todo.

* Abogado de la Universidad Externado de Colombia, especialista en derecho comercial y magíster en derecho privado de la Universidad de los Andes. Ex-Superintendente Delegado para Procedimientos de Insolvencia en la Superintendencia de Sociedades. Profesor adjunto de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario.

¹⁵ Universidad Nacional de Colombia, “Proyecto de Código Civil de Colombia”, recuperado de la página web <http://derecho.bogota.unal.edu.co/proyecto-de-actualizacion-del-codigo-civil/> el 15 de octubre de 2020.

¹⁶ Universidad Nacional de Colombia, “Proyecto de Código Civil de Colombia”, recuperado de la página web <http://derecho.bogota.unal.edu.co/proyecto-de-actualizacion-del-codigo-civil/> el 15 de octubre de 2020.

Las codificaciones decimonónicas enfrentaron esta tensión desde un enfoque liberal, bajo la premisa del establecimiento de límites (negativos) en el ejercicio de los derechos. El propietario era visto como el titular de un derecho absoluto, que lo autorizaba para usar, gozar y disponer de las cosas sin más restricciones que los dictados de su propia voluntad y los límites impuestos por el derecho ajeno. En esta medida, el código francés de 1804 lo trató como un derecho *absoluto*, en la medida en que, por vía de principio, el propietario no se encontraba sometido en su ejercicio a la labor de ninguna otra persona (*ab solutus*); y el código de Bello lo consideraba como un derecho que se ejercía *arbitrariamente*, en la medida en que el uso, explotación y disposición de las cosas se hacía disponer según el juicio (*arbitrium*) del propietario.

Históricamente, uno de los principales puntos de quiebre en la concepción liberal de la propiedad se dio hace poco más de cien años, a partir de las ideas expuestas por el jurista francés León Duguit. Su obra *Las transformaciones generales del derecho privado desde el Código de Napoleón* se ha convertido en un clásico jurídico y en un texto de consulta obligada por parte de generaciones de iusprivatistas. Se trata de una recopilación de conferencias impartidas por el profesor de la Universidad de Burdeos entre agosto y septiembre de 1911 en la Facultad de Derecho de Buenos Aires, y posteriormente publicadas en Francia en el año siguiente, en las que el autor replantea la forma en que, desde el contexto en el que escribía, debían reformularse y proyectarse algunos conceptos medulares del derecho privado.

Dos de las conferencias allí pronunciadas recogen los puntos centrales de dicha obra: *El derecho subjetivo y la función social*, y *La propiedad función social*. Los procesos de transformación de la sociedad a partir de la revolución industrial, las corrientes filosóficas, políticas e ideológicas en boga durante la segunda mitad del siglo XIX, y la paulatina consolidación de la sociología sirvieron de fuerte influjo al jurista francés para romper con algunos paradigmas que habían sido fijados por las instituciones jurídicas de la codificación napoleónica. Tanto las doctrinas socialistas influenciadas por el (entonces) floreciente marxismo, como el positivismo sociológico de Augusto Comte, constituyeron fuentes importantes en el ideario de León Duguit.

De acuerdo con el referido autor francés, había llegado el momento de romper paradigmas y apartarse de conceptos tradicionalmente acogidos por la ciencia jurídica, como el *derecho subjetivo*, que propone sustituir por la *función social*.

Duguit veía la necesidad de que el derecho privado dejase de lado el papel central que se había otorgado al individuo, y que el derecho estaba llamado a otorgar dicho protagonismo al interés general de la sociedad. Si el individuo sólo tiene sentido en el seno de una sociedad, la propiedad que se atribuye al individuo debe reinterpretarse en clave social, y debe sujetarse a las necesidades de ésta. En sus palabras, desde la realidad en la que escribía, se hacía necesario un tránsito de una noción *individualista* a una noción *socialista* de la propiedad. En armonía con lo anterior, dicho autor veía la necesidad de abandonar la concepción clásica (que él llamaba *metafísica*) de los derechos subjetivos, atada inescindiblemente a los conceptos de *libertad* y *voluntad*, a favor de una noción más *realista*, vinculada a la noción de deber. La propiedad, desde esta perspectiva, sólo se justificaría si su explotación por parte del individuo reporte una utilidad para la sociedad, y sólo en esta medida podría justificarse proteger su situación particular.

Atrás debían quedar la idea de propiedad como derecho absoluto, contenida en el artículo 544 del *Code*, y la de libertad, entendida como poder de actuar dentro de los límites impuestos por el derecho ajeno, según lo ideado por el artículo 4 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano. Duguit abogaba porque se desterrase la idea según la cual el dueño de la cosa tenía una prerrogativa perpetua de no usarla, así como las limitaciones impuestas al Estado para ejercer funciones de policía. La propiedad y los que tradicionalmente habían sido concebidos como derechos subjetivos, debían replantearse

como funciones sociales, de manera que sólo pudieran ser protegidos cuando con ello se reportase un beneficio social.

Dicho esquema no niega la existencia de la propiedad, ni aboga por su abolición. Para el autor en comento, la propiedad es fundamental para el desarrollo de la sociedad, y el propietario cumple una notable labor como depositario de dicho interés social. La propiedad, para Duguit, no debía debilitarse; por el contrario, debía resultar fortalecida con intereses que fueran más allá de la simple voluntad de su titular.

La visión de Duguit frente a la propiedad (y, en términos generales, frente a los grandes postulados del derecho privado como la libertad, la autonomía de la voluntad, los actos jurídicos, los contratos y la responsabilidad), representa un auténtico giro copernicano. Para su concepción del mundo y del derecho, el individuo debe hacer a un lado su papel protagónico y asumir una función meramente instrumental, como medio para el beneficio de la sociedad. El individuo es una pieza fundamental para el desarrollo de la sociedad; pero no es mucho más que una pieza: “hoy día tenemos la clara conciencia de que el individuo no es un fin, sino un medio; que el individuo no es más que una rueda en la vasta máquina que constituye el cuerpo social; que cada uno de nosotros no tiene razón de ser en el mundo más que por la labor que realiza en la obra social”¹⁷.

Este tipo de afirmaciones suenan, sin duda, extrañas a los ojos de un humanista; la sola consideración del ser humano como un medio repugna a los adeptos de una ética basada en imperativos categóricos. Pero más allá de su radicalidad, la propiedad-función social duguitiana tiene una importancia trascendental, pues denunció los excesos del individualismo de corte liberal, en un momento en que la cuestión social estaba por fuera de los horizontes del derecho privado.

III. La propiedad y función social en el contexto colombiano

Las ideas revolucionarias de León Duguit tuvieron amplia acogida en Colombia durante los años treinta, y en especial, en el año 1936. Siendo presidente Alfonso López Pumarejo, y Darío Echandía su ministro de gobierno, se promovieron importantes reformas a nivel constitucional y legal que acogieron la filosofía del jurista francés. El artículo 10 del Acto Legislativo 1 de 1936 incorporó su noción de propiedad en el ordenamiento jurídico colombiano, al disponer, entre otras, que “[l]a propiedad es una función social que implica obligaciones”.

Más allá de las discusiones que en el seno del derecho constitucional se plantearon acerca de si la propiedad *es o tiene* una función social, lo cierto es que dicha reforma supuso un enorme vuelco en la concepción del derecho de dominio, y en las implicaciones que éste podría tener en la estructuración de una política pública que generase mayor equidad social.

Una de las consecuencias obvias de la reforma constitucional de 1936 se manifestó en la reforma agraria promovida por la Ley 200 del mismo año, que cimentaría un eje fundamental de la política agraria del primer gobierno López Pumarejo. A partir de ésta, se destacó la importancia de la explotación económica de los predios rurales, de cuya ausencia podía incluso deducirse (o presumirse) su carácter de bienes baldíos; situación que abría la posibilidad de redistribuirlos a quien los aprovechara económicamente. Décadas después, la Ley 9 de 1989 se remitiría nuevamente al concepto de propiedad-función social, para fundamentar una extinción del derecho de dominio a favor de las entidades territoriales, de los predios urbanos que no satisficieran un mínimo de explotación económica.

¹⁷ DUGUIT, L., *Las grandes transformaciones del derecho privado desde el Código de Napoleón* [trad. C. G. Posada], Madrid, Francisco Beltrán, 1920, p. 177.

La Constitución Política de 1991 mantuvo, en cierto sentido, la norma que en 1936 había adoptado el concepto de propiedad-función social. El artículo 58 de la actual Carta Política preservó la fórmula según la cual “la propiedad es una función social que implica obligaciones”. Sin embargo, el actual modelo constitucional estableció pautas trascendentales que parten de premisas divergentes e incompatibles con aquellas que llevaron a León Duguit a formular casi un siglo atrás una noción de propiedad como la expuesta arriba.

En primer lugar, el constituyente de 1991 partió de una concepción profundamente humanista, en la que la dignidad humana tiene un papel central como valor, como principio y como derecho. “El respeto de la dignidad humana debe inspirar todas las actuaciones del Estado. (...) La integridad del ser humano constituye razón de ser, principio y fin último de la organización estatal. / El principio fundamental de la dignidad humana no sólo es una declaración ética sino una norma jurídica de carácter vinculante para todas las autoridades (CP art. 1)”¹⁸. “La ley es apenas un instrumento más, que será efectivo siempre y cuando encuentre desarrollo en la actitud de la ciudadanía y de las autoridades; es decir, si las partes activas de la sociedad como un todo son armónicas, coordinadas hacia un idéntico fin: el restablecimiento de un orden jurídico que no permita que el hombre sea tratado como medio, ya que su dignidad exige que se le considere como fin en sí mismo”¹⁹.

En segundo lugar, el modelo de Estado Social de Derecho adoptado en la Carta Política de 1991 parte de un intenso respeto por el individuo como sujeto y titular de derechos, y no como simple componente de una sociedad que lo trasciende. Entre “los pilares del Estado social de derecho se encuentra en el concepto de derecho fundamental”, teniendo en cuenta, entre otras, “su dimensión objetiva, esto es, su trascendencia del ámbito propio de los derechos individuales hacia todo el aparato organizativo del Estado. Más aún, el aparato no tiene sentido si no se entiende como mecanismo encaminado a la realización de los derechos”²⁰. “No basta pues con reconocer los derechos, el Estado Social de Derecho exige la eficacia de los mismos”²¹. Se trata de un modelo de Estado en el que la protección al individuo y a sus derechos fundamentales ha ido mucho más allá de las relaciones con la Administración, y se han extendido hacia una eficacia en las relaciones (horizontales) con sus pares, los demás sujetos de derecho privado.

En tercer lugar, el modelo económico del Estado se funda en la libertad económica y la iniciativa privada, en el que las decisiones sobre el uso de la riqueza, la propiedad, los bienes, el patrimonio y su inversión competen, por principio, al individuo; no a la colectividad. En palabras de la Corte Constitucional, “[l]a libertad económica ha sido concebida en la doctrina como una facultad que tiene toda persona de realizar actividades de carácter económico, según sus preferencias o habilidades, con miras a crear, mantener o incrementar un patrimonio. (...) [E]l Constituyente de 1991 quiso de manera clara y expresa no sólo ampliar su ámbito sino rodearla de las garantías necesarias para su ejercicio. En consecuencia, en la misma proporción en que se ha ampliado el ámbito de la libertad aludida, se ha reducido proporcionalmente el ejercicio del poder de policía en el contexto específico de la actividad económica”²². “[L]a Constitución, al referirse a la actividad económica de manera general, está reconociendo y garantizando al individuo una multiplicidad de sectores dentro de los cuales puede desplegar su libre iniciativa en orden a la satisfacción de sus necesidades, sin que se permita privilegiar unos sujetos, en detrimento de otros. (...) La libertad económica que, se encuentra reconocida y garantizada por la

¹⁸ Corte Constitucional, sentencia T-499 de 1992, [M.P. E. CIFUENTES MUÑOZ].

¹⁹ Corte Constitucional, sentencia C-542 de 1993, [M.P. J. ARANGO MEJÍA].

²⁰ Corte Constitucional, sentencia T-406 de 1992, [M.P. C. ANGARITA BARÓN].

²¹ Corte Constitucional, sentencia T-054 de 2017, [M.P. G. E. MENDOZA MARTELO].

²² Corte Constitucional, sentencia T-425 de 1992, [M.P. C. ANGARITA BARÓN].

Constitución, dentro de los límites del bien común y del interés social, constituye uno de los fundamentos del Estado Social de Derecho”²³.

Al poner la dignidad humana como norte, la Carta concibe al hombre como un fin en sí mismo, que no podría ser reducido, bajo ningún aspecto, a la condición de medio para obtener los fines de la sociedad a la que pertenece. Al establecer un sistema orientado hacia la protección y garantía de los derechos fundamentales de los individuos, el constituyente reivindicó la naturaleza subjetiva de estas prerrogativas, incluidos los derechos de segunda generación, como la propiedad y los demás que se haya adquirido conforme a las leyes civiles. Al dar rango constitucional a la libertad económica y a la iniciativa privada, se estableció un sistema en el que el individuo es el llamado a determinar la forma de circular la riqueza, con las excepciones impuestas por el derecho ajeno, el orden público y el interés general.

Desde la Norma Fundamental, el contexto en el que se enmarca la función social de la propiedad no puede encajar dentro de ninguna de las premisas radicales sostenidas por Duguit. El individuo, investido de dignidad humana y de derechos fundamentales, y concebido como motor de la economía, no puede ser constitucionalmente degradado al papel de un simple engranaje.

Por supuesto, el interés general, los deberes sociales, el respeto y la promoción de los derechos ajenos, la intervención del Estado en la iniciativa privada, y la aplicación horizontal de los distintos principios, valores y reglas, son criterios complementarios de una visión subjetiva y humanista de los derechos; pero ninguno de ellos puede justificar que se aniquile al hombre en su individualidad.

En este marco, la jurisprudencia constitucional ha reinterpretado el concepto de la propiedad y de los derechos reales, para eliminar lo que en su momento interpretó como un individualismo absoluto. Ello llevó, entre otras, a que se declarase inexecutable el adverbio “arbitrariamente”, con el que el artículo 669 del Código Civil calificaba el ejercicio del derecho de propiedad²⁴. Pero incluso al proferir decisiones de este tipo, jamás se negó a la propiedad su carácter de derecho subjetivo o individual: “la propiedad, en tanto que derecho individual, tiene el carácter de fundamental, bajo las particulares condiciones que ella misma ha señalado. Justamente los atributos de goce y disposición constituyen el núcleo esencial de ese derecho, que en modo alguno se afecta por las limitaciones originadas en la *ley* y el *derecho ajeno* pues, *contrario sensu*, ellas corroboran las posibilidades de restringirlo, derivadas de su misma naturaleza, pues todo derecho tiene que armonizarse con las demás que con él coexisten, o del derecho objetivo que tiene en la Constitución su instancia suprema”²⁵.

IV. Un calco a Duguit

Al abordar el estudio del proyecto de código civil de la Universidad Nacional de Colombia y sus propuestas de “modernización”, llama la atención la simetría absoluta, casi a modo de calco, con las ideas expuestas casi un siglo atrás por León Duguit. En algunos pasajes, se advierte una correspondencia plena entre el texto propuesto y las ideas escritas por este autor francés; simetría que en algunos textos data incluso del proyecto original de Arturo Valencia Zea. Algunos ejemplos ayudan a evidenciar este paralelismo.

Afirma Duguit: “la propiedad no es un derecho; es una función social (...) que consiste en asegurar el empleo de las riquezas que posee conforme a su destino”²⁶. El

²³ Corte Constitucional, sentencia C-616 de 2001 [M.P. R. ESCOBAR GIL].

²⁴ Corte Constitucional, sentencia C-595 de 1999, [M.P. C. GAVIRIA DÍAZ].

²⁵ Ídem.

²⁶ DUGUIT, *Las grandes transformaciones del derecho privado* (...), cit., p. 37.

proyecto original de Valencia Zea, por su parte, expresa que “El propietario (...) [d]ebe explotar su derecho conforme a su destinación económica y social”²⁷. Y el proyecto de la Universidad Nacional: “El propietario debe explotar su derecho conforme a su destinación económica, ecológica, cultural y social”²⁸.

Continúa Duguit: “el propietario tiene el deber y el poder de emplear la riqueza que posee en la satisfacción de sus necesidades individuales. (...) Los actos (...) que no tienen este fin, y que, por otra parte, no persiguen un fin de utilidad colectiva, serán contrarios a la ley de propiedad y podrán ser lugar a una represión o a una reparación”²⁹. Esta idea es replicada por el proyecto Valencia Zea, al indicar que el propietario “indemnizará los perjuicios causados en razón de una explotación sin interés para él o para el bienestar social”³⁰; así como en el proyecto de la Universidad Nacional, cuando dispone, en términos muy semejantes, que el dueño “indemnizará los perjuicios concretos o difusos causados en razón de una explotación sin interés para él o para el bienestar social”³¹.

Duguit consideraba que la inexistencia, en su época, de una “ley que obligue directamente al propietario a cultivar su campo, a conservar sus casas en buen estado, a hacer valer sus capitales” se debía a que “la necesidad no se ha hecho sentir todavía”³², pero que dicho momento habría de llegar. Modelo que sería acogido por el proyecto de Valencia Zea³³, y retomado recientemente por la Universidad Nacional de Colombia, al llenar cada uno de los vacíos legislativos señalados por Duguit: “El propietario de bienes inmuebles que abandona su conservación, explotación o ejercicio -afirma el proyecto-, puede ser requerido por la autoridad competente para que los explote en forma adecuada”; a él “puede imponerse su administración y explotación directa o indirecta con compensación equitativa de acuerdo a (sic) su rendimiento”³⁴; y en caso de no realizar actos de conservación sobre algún bien de su patrimonio “se entenderá que lo abandona extinguiéndose su dominio el cual pasará a la Nación”³⁵.

Más allá de la admiración que nos suscita la figura de León Duguit y el reconocimiento que, como academia, debe hacerse a su enorme contribución al desarrollo del derecho, destacamos que sus planteamientos datan de hace más de un siglo, y fueron formulados en un contexto social, económico y político radicalmente distinto del que actualmente tenemos.

Sin ánimo de caer en clichés, entre 1911 (año en que se dictaron sus conferencias) y 2020 (año de la presentación de la “primera versión” del proyecto de código civil) han sucedido dos guerras mundiales, numerosas crisis económicas, el apogeo y la caída de enteros sistemas económicos y políticos, procesos pendulares de proteccionismo y apertura, en el marco de fenómenos complejos como la globalización, el calentamiento global y, más recientemente, la pandemia. Ello ha llevado a grandes y numerosas transformaciones al interior del derecho y de cada una de sus instituciones, o a proponer perspectivas novedosas como las planteadas por el análisis económico del derecho, o por el fenómeno constitucionalizador, y que no es del caso desarrollar en el presente texto.

A pesar de todo ello, el proyecto decidió ignorar más de un siglo de vertiginosos desarrollos en el campo jurídico y en el de las demás ciencias y disciplinas afines. Al replicar

²⁷ VALENCIA ZEA, Arturo, *Proyecto de código de derecho privado*, Bogotá, Superintendencia de Notariado y Registro, 1980, artículo 228.

²⁸ Universidad Nacional de Colombia, Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales. *Proyecto de código civil de Colombia – primera versión*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 2020, artículo 268.

²⁹ DUGUIT, *Las grandes transformaciones del derecho privado* (...), cit., p. 186.

³⁰ VALENCIA ZEA, *Proyecto de código de derecho privado*, cit., artículo 228.

³¹ Universidad Nacional de Colombia, *Proyecto de código civil de Colombia – primera versión*, cit., artículo 268.

³² DUGUIT, *Las grandes transformaciones del derecho privado* (...), cit., p. 182.

³³ VALENCIA ZEA, *Proyecto de código de derecho privado*, cit., artículos 229 a 231.

³⁴ Universidad Nacional de Colombia, *Proyecto de código civil de Colombia – primera versión*, cit., artículo 271.

³⁵ *Ibíd.*, artículo 272.

de forma casi literal los planteamientos de León Duguit, el proyecto fracasa en su intento por modernizar el derecho privado. O, en el mejor de los casos, y emulando la expresión que hizo célebre López Pumarejo, tan sólo lo modernizaría para dejarlo “a la penúltima moda”.

V. Comentarios al tratamiento de la propiedad en el proyecto de código civil de la Universidad Nacional de Colombia

Hechas las anteriores reflexiones, realizaremos algunos comentarios breves a algunos de los artículos que el proyecto de código civil de la Universidad Nacional de Colombia dedica a definir la propiedad privada y a desarrollar las cuestiones generales relacionadas con su función social.

1. Comentarios al artículo 267

El primero de los artículos (el 267) es una adaptación pálida del artículo 669 del Código Civil, al cual se le hicieron algunas modificaciones sutiles, mas no por ello intrascendentes. Además de reiterar la eliminación del adverbio “arbitrariamente”, según lo resuelto por la Corte Constitucional en la sentencia C-595 de 1999, la definición de propiedad elimina la referencia a la corporalidad de las cosas susceptibles de propiedad. Pero quizás el cambio más importante en esta norma consiste en que el derecho de dominio deba ejercerse “con observancia del orden jurídico”, y no sólo “no siendo contra ley o contra derecho ajeno”.

Este cambio, aparentemente inofensivo, implica un abandono de las premisas del Estado liberal, según las cuales sólo es válido el ejercicio de los derechos mientras no trasgredan los límites (negativos) impuestos en la ley y representados por los derechos de los demás. En su lugar, el proyecto opta por una fórmula más amplia, que también cobija las intervenciones del Estado en sentido positivo, encaminadas a orientar y encauzar la iniciativa privada, y que en el caso de la propiedad, se pueden traducir en obligaciones o cargas para el propietario.

La modificación, en sí misma, no es reprochable; los ordenamientos contemporáneos prevén un ámbito moderado de intervención (positiva) del Estado en el ejercicio de las prerrogativas de los particulares. Sin embargo, no podemos dejar de anunciar los alcances que esta modificación supone en los artículos siguientes del proyecto de ley.

2. Comentarios al artículo 268

El artículo 268 materializa, de manera inmediata, el cambio de perspectiva que se acaba de explicar. “El propietario *debe* explotar su derecho conforme a su destinación económica, ecológica, cultural y social (...)” (se resalta). Ello parecería ser un desarrollo del artículo 58 de la Carta Política de 1991, en la medida en que, según dicho precepto, la propiedad “implica obligaciones”. Pero el establecimiento de un deber generalizado, predicable de todos los propietarios y de todas las cosas sujetas a dominio privado, suscita más de una inquietud.

En primer lugar, y como consecuencia de la redacción presentada, no es claro el alcance propuesto por la norma. Caben, cuando menos, dos lecturas del referido texto. Podría pensarse que la norma establece un deber *genérico y perpetuo*: el propietario, en virtud de dicha condición, tendría *siempre* la obligación de ejercer su derecho sobre los bienes que componen su patrimonio, conforme a su destinación económica, ecológica, cultural y social. Pero también podría entenderse que la norma propuesta no establece un deber

genérico, sino un deber *condicionado y eventual*: así, *cuando* el propietario decida ejercer su derecho, deberá hacerlo de un modo específico, esto es, teniendo en cuenta la destinación económica, ecológica, cultural y social de sus bienes.

Se carece de antecedentes y actas que ilustren la intención de los redactores del proyecto en este sentido; sin embargo, es probable que, a la hora de redactar la norma, sólo se haya tenido en mente la primera de las lecturas expuestas. Por un lado, dicha lectura parece corresponder con lo sostenido por León Duguit, para quien “El propietario (...) tiene una función social que cumplir (...). Si o la cumple o la cumple mal (...) la intervención de los gobernantes es legítima para obligarle a cumplir su función social de propietario, que consiste en asegurar el empleo de las riquezas que posee conforme a su destino”³⁶. Por otro lado, esta es la lectura que justifica las medidas de expropiación, de administración o de explotación directa o indirecta que se prevén en los artículos siguientes para el caso de los bienes abandonados o no explotados por su propietario.

En segundo lugar, el deber impuesto en la norma es vago, ambiguo, confuso y hasta contradictorio. La disposición exige del propietario una explotación de su patrimonio conforme a una “destinación económica, ecológica, cultural y social”. Pero más allá de estos cuatro adjetivos, no se establece ningún criterio para determinar en qué consiste el supuesto destino que se debe dar a la explotación de los bienes.

Se trata de un deber vago, pues no se define qué deben entenderse por explotación económica, ecológica, cultural o social. A diferencia de la norma propuesta, el artículo 1 de la ley 200 de 1936 traía ejemplos de lo que debía entenderse por explotación económica de los predios rurales; el artículo 79 de la Ley 9 de 1989, hoy derogada, se remitía a los usos del suelo y a los instrumentos de planeación para contextualizar la explotación económica de los predios urbanos. Pero el artículo del proyecto no trazó ningún criterio para hacer remotamente determinable el concepto de explotación en los aspectos a los que se hace referencia; especialmente en aquellos que carecen de un significado obvio, como la explotación ecológica, cultural o social.

Es también un deber ambiguo, pues remite a una supuesta “destinación”, como si existiese una sola forma de explotación, o como si pudiera identificarse una dirección común a la cual deban apuntar todos los propietarios. Deber que, además, resulta confuso y contradictorio, en la medida en que en no pocos casos los requisitos de explotación económica, ecológica, social y cultural pueden ser excluyentes.

Debemos destacar que la visión duguitiana de la propiedad y de su función social se concentra, en términos generales, en una cuestión que atañe a la economía. La problemática que él aborda tiene una estrecha relación con la posesión de la riqueza y su empleo para la satisfacción de necesidades individuales y comunes; un concepto que hoy en día se asemeja a la noción de “bienes escasos”, de los que parte la ciencia económica. Pero al añadirse una misión ecológica, cultural y social, la visión original se diluye en una amalgama conceptual difícil de vadear.

En la práctica, el recurso a conceptos indeterminados de este estilo requerirá de alguna autoridad que precise, en cada época, lugar o sector, cuál debe ser la destinación a la que se refiere el proyecto, sea por medio de reglamentación, sea por medio de otro tipo de decisiones políticas adoptadas por el gobernante de turno. El problema de la función social cae así en una cuestión de elección social, que requerirá de una autoridad que defina (y por tanto decida, con criterio político) el destino que debe darse a la propiedad privada. Y así se abandona el destino de los derechos patrimoniales de las personas a las manos del gobierno de turno, y a la deriva de las oscilaciones del péndulo político.

³⁶ DUGUIT, *Las grandes transformaciones del derecho privado* (...), cit., p. 37.

En tercer lugar, el proyecto establece que el propietario está llamado, a explotar sus bienes en “interés para él o para el bienestar social”, so pena de indemnizar los “perjuicios concretos o difusos” que se llegaren a causar.

Esta disposición genera más de una inquietud, en la medida en que podría ser interpretada como una fuente de responsabilidad objetiva, en cuya estructuración sólo importen el ejercicio de alguna prerrogativa asociada con la propiedad y una noción gaseosa del interés público o privado que puede estar involucrado en él. Se trata además de una responsabilidad que parece traer su origen de perjuicios que no son ni ciertos, ni directos, ni personales, sino “difusos”.

Adicionalmente, en este punto el proyecto presenta una versión descolorida de la prohibición del abuso del derecho, muy alejada de la claridad y atino con que, por vía ejemplo, el artículo 1002 del Código Civil vigente había dado base para la construcción de tal principio. El titubeo entre el interés individual del propietario y el bienestar social sólo agrega una nueva dosis de complejidad a una norma que ya, de entrada, era difícil.

Por último, llama la atención el tono en que el proyecto prevé sus relaciones con otras normas del ordenamiento jurídico. El Código Civil es una ley cardinal en nuestro ordenamiento jurídico, y su importancia en la regulación de las relaciones entre los particulares es fundamental. Sin embargo, sigue siendo una ley ordinaria, que no está llamada a ordenar ni la expedición ni los contenidos de nuevas leyes ordinarias. Así, resultan francamente desafortunadas y carentes de técnica legislativa todas aquellas menciones que, al interior del proyecto, defieren a otras leyes la regulación de los temas que no fueron tratados ni definidos en el proyecto de código civil.

3. Comentarios al artículo 270

El artículo 270 dispone que “será respetada por todos” la propiedad “que no afecte derecho superior de terceros o al interés público”. La redacción de la propuesta de norma es también fuente de inquietudes, que expondremos en seguida.

El propósito y el ámbito de aplicación de la norma no es claro. ¿Se trata acaso de una condena al ejercicio del derecho de propiedad en perjuicio de terceros o del interés general? En ese caso, la regla se limitaría a formular, nuevamente y sin mucha elegancia, un desarrollo del principio que prohíbe el abuso del derecho, y habría de criticarse que su redacción confunde el derecho real de propiedad con su ejercicio abusivo por parte del propietario. ¿Se refiere acaso a aquellos eventos en que el derecho del propietario debe ceder ante el mejor título de un tercero? Pero en ese caso, sorprende que se califique el derecho del tercero como “superior”, como si se hubiese implementado un sistema general de prelación de derechos reales, comparable a la prelación de créditos.

Pero tal vez la inquietud más grande que deja la norma propuesta se refiere al condicionamiento que aparentemente se impone al derecho de propiedad. De la redacción de la norma podría sostenerse que los individuos sólo están obligados a respetar la propiedad de quien no contrarie el “derecho superior de terceros” y el “interés público”; *a contrario sensu*, estarían habilitados para desconocer el derecho del propietario que los afecte, sin que entre en juego su buena fe, ni haga falta una decisión judicial que así lo declare o un acto de autoridad policiva que así lo reconozca.

Si el proyecto pretendía regular los derechos de propiedad como prerrogativas de carácter universal y oponibles a terceros indeterminados, la redacción propuesta no lo logró. Por el contrario, la norma podría incentivar el desconocimiento del derecho de dominio por parte de terceros sin legitimación ni interés, invocando de modo quijotesco la infracción al interés general, con grave perjuicio de la seguridad jurídica y la estabilidad de los derechos de los individuos.

4. Comentarios a los artículos 271 y 272

Los artículos 271 y 272 establecen consecuencias para el propietario que no ejerza actos de conservación, explotación o ejercicio sobre los bienes inmuebles de su propiedad; que van desde la “administración y explotación directa”, previo requerimiento de “la autoridad competente”, hasta la extinción de su dominio a favor de la Nación. Estas dos disposiciones establecen las consecuencias más radicales de la función social duguitiana que se atribuyó a la propiedad: la privación parcial o total del derecho de dominio de quien no lo ha ejercido.

Llama la atención que ambas normas sancionan la falta de conservación de los bienes inmuebles, y establecen, a partir de ella, una causal objetiva de administración, explotación directa o expropiación del derecho del propietario, según el criterio de las autoridades. Dicha falta de conservación no parece estar acompañada de valoración alguna acerca de la situación subjetiva, económica o social del propietario, ni parece admitir el concurso de otras circunstancias concurrentes, como la situación de orden público, las posibilidades materiales de acceso al bien, los actos de violencia generalizada, o la existencia de algún litigio pendiente que involucre el bien. Lo advertido puede constituirse en una condena *a priori* para el propietario que carece de los medios para la conservación del bien que se plantea en la norma en comento; máxime cuando la aducida “falta de conservación” o el “abandono” allí planteados son conceptos vagos e indeterminados, que pueden quedar sujetos al capricho del gobernante de turno, encargado de definir qué tan “adecuada” es la explotación que el propietario da a sus bienes.

En segundo lugar, ha de resaltarse que el proyecto tampoco define, ni siquiera remotamente, cuál es esa “autoridad competente” a cuyo criterio, requerimiento y decisión se defiende la pérdida de la administración o explotación del bien, o la extinción del derecho de dominio. Al igual que en múltiples normas del proyecto de código, se defiende a otra ley la definición de aquello que no se quiso regular expresamente, sin establecer siquiera cuál es la norma concreta a la que el intérprete debe remitirse.

En tercer lugar, destacamos que la “compensación equitativa” que se ofrece como contrapartida de la administración o explotación de los bienes, no es, en estricto sentido, una indemnización; no tiene, por tanto, una función reparadora de los eventuales perjuicios que lleguen a causarse al propietario, y no ofrece criterios definidos para impedir que en la fijación de dichas compensaciones se caiga en arbitrariedades.

Las disposiciones propuestas son, sí, una aplicación del deseo expuesto por Duguit en su obra: la imposición al propietario de un deber que llega incluso hasta la conservación de sus bienes, so pena de que el Estado intervenga para remediar esa situación. Pero en ello dejó de lado la realidad de un país como Colombia, que a lo largo de su último siglo de historia ha presentado un panorama sumamente complejo desde el punto de vista económico, social y humano.

El proyecto ignora deliberadamente esta realidad, so pretexto de asegurar la explotación de la riqueza, y a riesgo de deshumanizar el derecho privado, por perder de vista a quien debería ser su verdadero protagonista: el individuo.

VI. A manera de conclusión

De las anteriores reflexiones es posible concluir que el proyecto de código civil de la Universidad Nacional de Colombia adolece de numerosas fallas en lo relacionado con el concepto de propiedad y con el desarrollo de su función social. Lejos de constituirse como

un proyecto de modernización del derecho privado, se casa con doctrinas concebidas para otros tiempos, que acoge de manera literal e indiscutida, sin realizar adaptaciones, contemporizaciones ni nuevas consideraciones que lo hagan aplicable a la realidad económica, social y normativa del país.

Pero más grave aún, el proyecto carece de sentido técnico. La determinación de las finalidades y destinos de la propiedad, de las implicaciones de su ejercicio y de su explotación, y de las funciones que debe cumplir para la sociedad son regulados de manera vaga, imprecisa y abierta, y en muchas ocasiones son abandonados al capricho del gobierno de turno o la conveniencia política o económica del líder de moda, sin importar su tendencia política, partidista o caudillista, de izquierda o de derecha, que uno u otro representen. Lejos de dotar de un sentido objetivo y de brindar seguridad jurídica a las relaciones patrimoniales, la noción de propiedad-función social propuesta en el proyecto abre las puertas al despojo.

Bibliografía

Colombia: Corte Constitucional, sentencias T-406 de 1992, [M.P. CIRO ANGARITA BARÓN]; T-425 de 1992, [M.P. CIRO ANGARITA BARÓN]; T-499 de 1992, [M.P. EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ]; C-542 de 1993, [M.P. JORGE ARANGO MEJÍA]; C-595 de 1999, [M.P. CARLOS GAVIRIA DÍAZ]; C-616 de 2001 [M.P. RODRIGO ESCOBAR GIL]; T-054 de 2017, [M.P. GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO].

DUGUIT, León. *Las grandes transformaciones del derecho privado desde el Código de Napoleón* [trad. Carlos G. Posada] Madrid, Francisco Beltrán, 1920.

Universidad Nacional de Colombia, Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales. *Proyecto de código civil de Colombia – primera versión*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 2020.

VALENCIA ZEA, Arturo. *Proyecto de código de derecho privado*, Bogotá, Superintendencia de Notariado y Registro, 1980.

10. LA IRREALIDAD DE LA ACTUALIZACIÓN NORMATIVA DE LA REALIDAD JURÍDICA

ÉDGAR IVÁN LEÓN ROBAYO*

En la década de los 80 del siglo pasado, se dio a conocer un proyecto de unificación jurídica del Código Civil, preparado por Arturo Valencia Zea¹. Su elaboración fue realizada en una época de convulsión, donde la falta de certeza de futuro y el momento social que vivía Colombia ubicaba al país en un entorno de subdesarrollo, sin posibilidades específicas de un verdadero crecimiento.

Los adelantos tecnológicos propios de la época tardaban en ese entonces décadas en llegar al país. Adicionalmente, la falta de políticas estatales de incentivo a la investigación y al desarrollo se encontraban fuera de la agenda.

La idea de Valencia Zea no era descabellada; Suiza a finales del siglo XIX e Italia, durante el fascismo, ya habían realizado sendos procesos legislativos que condujeron a una verdadera unificación del derecho privado, pues desde un punto de vista conceptual e histórico, no existía razón alguna para tener dos códigos que regularan comportamientos diferentes, como sí ocurrió con Francia². Incluso, relata Berman, la tendencia jurídica en los países romano-germánicos es civilizar la legislación privada, en vez de mercantilizarla³.

Para su momento, el proyecto era acertado y justificado y las normas correspondían exactamente a la realidad jurídica del siglo XX, caracterizada por un entorno económico netamente agrícola y pseudo-industrial. Sin embargo, la década de los años noventa en Colombia trajo consigo un vuelco total por la llegada al país de inversión extranjera, lo cual trajo tecnología de punta. Igualmente, se conocieron mecanismos de comunicación mucho más eficientes y, por supuesto, internet irrumpió de manera inmediata la forma como el país avanzaba con el resto de la comunidad internacional, no solo en temas de información sino también de negocios.

Cuatro décadas después, la realidad es diferente. Aunque todavía existen falencias en materia de desarrollo, Colombia se mueve casi al mismo ritmo de los demás, con la ventaja de su ubicación geoestratégica. Si bien es cierto que la agenda política ha avanzado en temas de investigación y conocimiento, el orden público y los aspectos de seguridad siguen siendo la prioridad en el esquema normativo, dejando de lado la necesidad de contar con reglas y normas que coadyuven no solo al empresario y al industrial a avanzar en sus comportamientos negociales, sino también al campesino, que definitivamente sigue olvidado por el Estado en cuanto a las posibilidades y recursos con los que cuenta para su actividad.

Por esa razón, cualquier esfuerzo que se realice para que las condiciones económico-jurídicas definitivamente mejoren resultan bienvenidas, de manera que nos permitan ubicarnos en un entorno apropiado contemporáneo, propio de la segunda década del siglo XXI. En efecto, se hace preciso que el sistema jurídico acompañe la evolución

* Abogado de la Universidad del Rosario. Posgrado en Derecho Civil de la Universidad de Salamanca (España). Especialista en Derecho Comercial de la Universidad Javeriana. Magíster en Derecho Comercial de la Universidad Externado de Colombia. Doctor en Derecho Summa Cum Laude de la Universidad Alfonso X el Sabio (España). Profesor de la Universidad Sergio Arboleda. Este documento es resultado de investigación del API “Crisis de la justicia”, clúster: Constitución, modernización e innovación del derecho privado, de la Universidad Sergio Arboleda.

¹ VALENCIA ZEA, A., *Proyecto de código de derecho privado*, Bogotá, Superintendencia de Notariado y Registro, 1980.

² Ejemplo seguido por algunos países latinoamericanos, como Perú y Argentina, este último con su Código Civil y Comercial.

³ MERRYMAN, J. H., *La tradición jurídica romano – canónica* [trad. E. L. Suárez], México, Fondo de Cultura Económica, 2012, pp. 188-190.

económica en materia de agroindustria, telecomunicaciones, transporte, empresa y negocios, permitiéndole al colombiano tener reglas claras, ajustadas y flexibles que garanticen realmente un equilibrio de las cargas, derechos y obligaciones justos y precisos, que no solo regulen sus comportamientos actuales, sino que su construcción jurídica sea lo suficientemente técnica, de manera que permita su implementación y ejecución ante los retos del futuro⁴.

En semanas anteriores, fue dado a conocer el proyecto de reforma del Código Civil, que la Universidad Nacional ha preparado durante casi tres años, dirigido por los profesores Pedro Lafont Pianetta y Alejandro Bonivento Fernández⁵. La iniciativa parte del proyecto de Valencia Zea, cambiando de rumbo y dejando por fuera el derecho mercantil, con el propósito de unificar el régimen de obligaciones, pero intentando modificar el derecho de personas, familia, bienes y sucesiones. Eso sí, buscando tipificar contratos comerciales en un entorno civil, lo que trae como efecto negativo el rompimiento del *statu quo*, esto es, el ámbito de aplicación propio del Código de Comercio que quedaría vigente, pero en un sistema jurídico totalmente desarticulado.

Estas líneas tienen como propósito analizar el entorno legal pretendido de regulación de los derechos reales y de la posesión en el proyecto, el cual pretende realizar críticas que permitan avanzar en su construcción. La labor legislativa no es fácil y debe contar con un estudio técnico riguroso que tenga en cuenta no solo el sistema establecido, sino también los desarrollos legales y jurisprudenciales que en este caso han sido realizados por las cortes Constitucional y Suprema de Justicia, y hasta del Consejo de Estado, en materia contractual.

No debe olvidarse que el Código Civil de Andrés Bello recoge una tradición legal centenaria, que parte del derecho romano y se nutre del Código Napoleónico, así como del derecho español de la colonia e incluso del germánico, en materia de propiedad inmueble y cuyo trasplante fue efectivo, trayendo consigo una psique colectiva de aceptación, reconocimiento, validez y autoridad de sus normas. Por tal motivo, siempre es necesario entender que estos procesos requieren tiempo y dedicación, generando consensos, por lo cual se debe evitar la imposición temporal y arbitraria de un documento, y con mayor razón si se trata del Código Civil, que, en una perspectiva normativa, después de la Constitución Política, se convierte en la segunda ley más importante de todo el sistema.

I. La incomprensión de la realidad y la justificación del patrimonio

Contrario a lo que se pregona por diferentes corrientes académicas, las clasificaciones legales tienen una particular importancia, dada su función, alcance y origen, las cuales dependen de las relaciones y de los efectos que estas producen en cuanto a las ordenaciones en ellas previstas. El caso de los bienes reviste particular importancia, pues no solamente deben tenerse en cuenta consideraciones como cualidades físicas, sino también químicas, ideológicas, de valor, de peso, de autonomía, calidad y procedencia e, incluso, la competencia judicial, lo cual tiene efectos prácticos en todo el derecho⁶.

Lastimosamente, el proyecto no avanza en nada diferente del Código Civil de Bello, salvo algunos aspectos mínimos. Incluso, podría haberse aprovechado para reacomodar la clasificación de las cosas a partir de la teoría del dominio eminente, logrando una verdadera

⁴ En este momento, se avanza en un entorno de desarrollo conocido como la “cuarta revolución industrial”. Sin embargo, ante el advenimiento de la denominada “computación cuántica”, teóricos economistas ya hacen referencia a un cambio de era, la cual se tardó pocos años en ocurrir, mientras que las anteriores tardaron entre siglos y décadas.

⁵ Disponible en: <http://derecho.bogota.unal.edu.co/proyecto-de-actualizacion-del-codigo-civil/>, consulta realizada el 13 de septiembre de 2020.

⁶ BIONDI, B., *Los bienes*, 2ª ed., Barcelona, Bosch, 2003, pp. 41-43.

sistematización con la propia Constitución. En efecto, desde los bienes del territorio hasta las restricciones y limitaciones de la propiedad, como sucede con los resguardos indígenas y tierras comunales, quedan por fuera de su ámbito de aplicación.

En tal sentido, no existe una verdadera sistematización de la realidad, la cual en la actualidad no puede verse exclusivamente como corporal, sino también intelectual y virtual⁷. Por eso, se extraña del proyecto la existencia de esta última y que todavía se haga referencia a aquella como la relativa a la propiedad intelectual, lo cual ha quedado superado especialmente en el derecho de la empresa, con bienes de absoluta importancia patrimonial, como por ejemplo la clientela, el *good will* y el *know how*, entre otros⁸.

Aunque se corrige la confusión de Bello respecto de la clasificación de cosas consumibles y fungibles, contenida en el artículo 663 del Código Civil vigente, y se incluye a la energía como mueble, al igual que sucede con el derecho italiano⁹, se extraña por ejemplo la regulación respecto de la propiedad del material genético y del radioactivo. Por su parte, deja de lado una verdadera definición de los efectos de las universalidades jurídicas, las cuales tienen una relevancia fundamental en materia no solo civil sino también patrimonial.

Resulta interesante, eso sí, encontrar un verdadero avance en materia de la naturaleza jurídica del patrimonio, pues se deja de lado la teoría del patrimonio personalidad, admitiendo la configuración de patrimonios autónomos, especialmente en la fiducia, la cual permitiría que esta se realice por entidades distintas de las financieras, según su nueva regulación. Esto podría dar lugar a discusiones eternas sobre su conveniencia o no. Igualmente, se encuentra incluido en el texto lo relacionado con la teoría del patrimonio afectación; sin embargo, las disposiciones en esta materia están lejos de su adecuada ubicación y se encuentran en el libro IV, artículos 1719 a 1726.

Se desechan, igualmente, clasificaciones importantes que han servido de guía para el jurista tales como los animales, los bienes por radicación, destinación y por anticipación. Frente a estos últimos, habría resultado valioso incluir su consideración respecto de bienes inmuebles, la cual se presenta en la práctica, pero no tenía consagración legal. Además, ya es hora de que finalmente las naves y aeronaves dejen de considerarse bienes inmuebles en Colombia, para darle celeridad al tráfico jurídico. Esto en cuanto a su modo de adquisición y respecto de sus garantías.

Igualmente, por aspectos de orden lógico debió incluirse la clasificación de los bienes públicos en esta parte, y no dejarla para un momento posterior. Respecto de este punto, se elimina la anticuada expresión bienes de la unión, propia de constituciones decimonónicas actualmente sin vigencia, pero la definición de los de bienes fiscales, dentro de los cuales se encuentran los baldíos, realmente es contraria a una realidad y conveniencia práctica. Es el caso de la posibilidad de ocupación en cualquier evento, lo cual puede ir en contravía del medio ambiente. Así mismo, se omiten definiciones importantes como los bienes ocultos, el patrimonio arqueológico, el patrimonio cultural sumergido y los bienes hallados por servidores públicos en operaciones especiales¹⁰.

Finalmente, respecto de los bienes muebles mostrencos se le quita la posibilidad al Instituto de Bienestar Familiar la posibilidad de adquirirlos, dado que la instrucción es “entregar estas cosas a la autoridad del lugar donde hubiere sido hallada”, si el dueño no fuere conocido o encontrado, de conformidad con lo indicado en el artículo 256 del

⁷ LEÓN ROBAYO, É. I., “La posesión de los bienes inmateriales”, en *Revista de Derecho Privado*, Universidad de Los Andes, 36 (2006), 80. Disponible en: https://derechoprivado.uniandes.edu.co/components/com_revista/archivos/derechoprivado/pri153.pdf, consulta realizada el 13 de septiembre de 2020.

⁸ LEÓN ROBAYO, É. I., “Patrimonialidad de los activos intangibles”, en *Intellectual Property Handbook/Manual de Propiedad Intelectual*, Bogotá, Ibáñez, Cavelier Abogados, Asociación Cavelier del Derecho, 2017, pp. 254-309.

⁹ BIONDI, *Los bienes*, cit., pp. 64-71.

¹⁰ Ley 1201 de 2008.

proyecto. Con ello, en estos casos se elimina la posibilidad de posesión o de ocupación de buena fe, por parte de quien la encuentra. Esto no ocurre con los vacantes, donde sí se establece una regulación de recompensa y la titularidad a favor de la entidad o de la que determine la ley.

II. Propiedad

La definición de propiedad del proyecto elimina el uso como facultad del derecho real pleno, quizá por la construcción jurídica de la posesión, de la cual se tratará con posterioridad. Así mismo, se repite la discusión del Código Civil relacionada con el límite de hasta dónde va la nuda propiedad, la cual se presenta hasta la separación del goce. Sin embargo, lo lógico habría sido reacomodar la figura entendiendo que el titular de la disposición se denomina nudo propietario.

Aunque se realiza la construcción jurídica de este derecho a partir del principio de la función social de la propiedad, establecido en el artículo 58 de la Constitución Política, el artículo 272 del proyecto pretende regular la expropiación, pero de manera desafortunada. En efecto, se aprecia del texto una arbitrariedad caracterizada por la ausencia de un debido proceso, estableciendo plazos de 5 años para bienes rurales y 10 para predios urbanos, en aquellos casos en los que no existan “actos de conservación”. Tal medida, se acerca mucho a la confiscación, la cual está proscrita en Colombia, desde 1886.

Causa curiosidad la posibilidad que otorga el proyecto al propietario del suelo para explotar el subsuelo de la Nación cuando se trata de canteras, granitos, mármoles, piedras calizas, yeseras, arenas, etc. Tal discusión había quedado superada en normas ambientales, desde 1969, pero se planea revivir con este texto. Igualmente, resulta paradójico el artículo 290 que establece una tarifa legal en materia de propiedad, correspondiente a que esta se prueba con la posesión. Nada más alejado de la conveniencia, en especial, respecto de inmuebles, dadas las dificultades de orden público en Colombia, las cuales, por las mismas razones, han traído violencia y cientos de muertos durante nuestra historia republicana.

III. La adquisición de la propiedad o simplemente un cambio de nombre

De conformidad con el proyecto de Código Civil, la propiedad conserva en sus elementos la distinción romana de título y modo. Sin embargo, las formas de adquisición ya no se llamarán igual, sino “fuentes de la propiedad”. Esto realmente resulta innecesario, más aún cuando la utilización de la palabra modo se encuentra entronizada en la cultura jurídica colombiana.

La normativa propuesta es deficiente en esta materia frente a otros aspectos que ya se encontraban regulados en el Código de Bello. Por ejemplo, en la ocupación se trata la caza y la pesca, los tesoros y, en único artículo, el 301 del proyecto, se incluyen diferentes elementos relacionados con el patrimonio arqueológico, cultural y sumergido que, como se anticipó, no tienen una adecuada definición en el capítulo pertinente. Incluso, se eliminan del proyecto las especies náufragas, las cuales tienen una importancia histórica, por cuanto de lo que se trata es de alijar la nave. Esto, incluso, es aplicable a las aeronaves, cuando el piloto debe abrir la compuerta del equipaje para garantizar que el aerodino pese menos y logre altura. Entonces, ¿qué pasa con la propiedad del equipaje? No se trata de un rezago histórico que merezca ser desplazado de un plumazo.

En relación con la accesión, si bien se mantienen las reglas que provienen del derecho romano, se elimina la norma sobre islas, la cual ya no tienen ninguna vigencia práctica cuando estas surgen en aguas públicas. Igualmente, se desaprovecha la oportunidad para que se declare que es factible que la propiedad se adquiera a través de este modo, o fuente, en palabras del redactor, por una persona respecto de su propio

patrimonio. Incluso, se descarta la regulación de la cuasiaccesión o accesión por separación. Y no se debe dejar de lado que, en este proyecto, de manera arbitraria e inconveniente, se eliminan los términos tradicionales que por siglos se han utilizado por los operadores jurídicos como aluvión, avulsión o avenida, adjunción y mezcla, entre otros.

Eso sí, aunque no se utiliza expresamente, se mantiene la especificación como figura que permite adquirir las cosas a las que se une una idea de otro sujeto¹¹. No obstante, el término que debería usarse en esta materia debería ser creación, como lo explica Arteaga, cuando se trate de la materialización de las ideas en propiedad intelectual¹².

Respecto de la tradición, se usa la misma definición del Código de Bello, la cual siempre ha generado discusiones doctrinarias respecto de la “facultad” del tradente y su capacidad¹³, razón por la cual debió incluirse esta figura como requisito de validez de la mencionada convención o forma de pago. Incluso, esta naturaleza debería estar indicada en la norma.

Por otro lado, al intentar actualizar la forma de entrega de los bienes muebles, se contiene una imprecisión, pues se menciona la palabra “transmisión” respecto de cosas incorporadas en títulos valores de tradición, también llamados representativos de mercaderías. En estos casos, la figura correcta, de conformidad con la ley mercantil es la del endoso y la entrega del documento. Pero, recordemos que este proyecto no se refería en su ámbito de aplicación en esta materia a los bienes mercantiles... ¡Qué paradoja! Tampoco es posible que todavía se haga referencia a las llaves para hacer la entrega, por cuanto esto no opera frente a bienes sometidos a registro, cuya tradición dependa de esta formalidad.

Respecto de este tema, dos aspectos criticables: ¿fijar una marca sobre mercaderías otorga la tradición? Se vuelve con ello a un escenario mercantil que supuestamente quedó por fuera y que regula el Código de Comercio en la enajenación de establecimientos de comercio, con la venta en bloque. Por otro lado, regresando al tema, este proyecto no tiene claridad regulatoria en cuanto a la *traditio ficta*, correspondiente a los bienes muebles sometidos a registro, tales como naves, aeronaves, automotores, armas y teléfonos celulares.

Frente a la prescripción, se intenta corregir la mezcla elaborada por Bello en su Código Civil relacionada con la adquisitiva y la extintiva, denominando a la primera como lo hicieron los romanos: “usucapión”. Sin embargo, a renglón seguido el artículo 322 del proyecto usa la palabra prescripción. Y, definitivamente, resulta absolutamente criticable el hecho de que se pretenda admitir esta figura respecto de bienes públicos, discusión que se había superado desde la expedición del Código de Procedimiento Civil en 1971.

IV. El poder de hecho

Desconocer la construcción de la tradición jurídica nacional y modificar su contenido de un solo trazo, resulta injustificado. Y esto se puede apreciar no solo en el desarrollo legal del Código Civil de Bello en materia de posesión, sino la unificación que en la materia se ha alcanzado incluso por la jurisprudencia¹⁴. Por ello, la expresión anglosajona: “*if ain’t broken don’t fix it!*” resulta apropiada para explicar la impertinencia de la reforma en esta materia. En ella se modifica la conjunción del *animus* y del *corpus* y se cambia por un poder de hecho con capacidad de influir sobre las cosas, a partir de una definición que carece de claridad y contenido.

¹¹ Sin embargo, aquí no se unen cosas corporales, lo que es una contradicción en el sistema, lo cual se encontraba regulado de forma equivocada en el Código de Bello.

¹² ARTEAGA CARVAJAL, J., *De los bienes y su dominio*, 2ª ed., Bogotá, Editorial Facultad de Derecho, 1999, pp. 68 y 69.

¹³ VELÁSQUEZ JARAMILLO, L. G., *Bienes*, 14ª ed., Bogotá, Ibáñez, 2019, pp. 344-346.

¹⁴ Corte Constitucional, Sentencia T-302, abr. 28/2011. M.P. J. C. HENAO PÉREZ.

Sin embargo, resulta apropiada la construcción legal conforme a la cual el titular de un derecho real es igualmente poseedor, basado en el principio jurídico “quien tiene lo más, tiene lo menos”. No obstante, debe precisarse que la definición de la mera tenencia, que actualmente existe en el sistema legal, se desfigura y se repite la existencia de un poder de hecho, lo que confunde el sistema. Igualmente, se crea una posesión mediata e inmediata que se refiere a nombre de quien se esté poseyendo, la cual resulta confusa e imperfecta. Esta situación, incluso, va en contravía de la realidad global, donde cada día el derecho de propiedad cede ante la tenencia, principalmente en bienes muebles, donde el leasing, el *light lease*, el arriendo y el alquiler, tienden a sustituir la adquisición de los bienes. Más aún cuando se trata de plataformas colaborativas, actualmente en boga, especialmente en materia de transporte y alojamiento, así como respecto de oficinas virtuales, entre muchas otras actividades¹⁵.

Por otro lado, existen dos aspectos de mucha importancia que no pueden ser dejados de lado en este análisis. En primer lugar, el artículo 213 crea una servidumbre personal en materia de posesión ajena. Este tipo de expresiones quedaron derogados en la Revolución Francesa por ser contrarios al principio de igualdad y libertad, razón por la cual no debería aparecer en un texto como el propuesto, por razones de dignidad humana. En segundo término, el proyecto permite la utilización de la fuerza personal, para la conservación de la posesión perdida. Tal disposición resulta totalmente inconveniente en un Estado convulsionado como el colombiano, donde la violencia debe ser proscrita desde todos los puntos de vista, lo que incluye el legal.

Pero se vuelve a la crítica indicada en un primer momento en este documento, donde definitivamente el proyecto no avanza en nada respecto de la posesión y se dejan de lado los bienes inmateriales y virtuales. En esa medida, se hace preciso regular expresamente la cuasiposesión en esta materia, lo cual es necesario para que el texto resulte coherente.

Por último, se repiten las normas vigentes en materia de acciones populares en bienes que amenazan ruina. Sin embargo, estas disposiciones podrían quedar en contravía de lo dispuesto por la Ley 472 de 1998.

V. Las desmembraciones de la propiedad y los derechos de garantía

En términos generales, en materia de limitaciones del derecho real, que adquieren el título “desmembraciones”, el proyecto conserva las mismas figuras que se encuentran contenidas en el Código Civil de Bello. Sin embargo, la novedosa regulación del derecho de superficie era una necesidad, dado que en el país solamente existió durante la vigencia de la Ley Forestal, la cual fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional¹⁶.

Respecto de las demás figuras, se encuentra, por ejemplo, que en la definición de usufructo se desconoce la existencia de los frutos, manifestando que se trata de “provechos”, expresión incoherente con el sistema planteado. Interesante resulta la posibilidad que se tiene de otorgar usufructos a toda clase de personas jurídicas, incluso con ánimo de lucro, por un lapso de 20 años. Anteriormente, se establecía que si se trataba de entidades de interés común su duración era de 30. Por otro lado, crea el denominado “multiusufructo por tiempo compartido”, pero no lo define, lo cual es una imperdonable omisión.

En materia de derechos de uso y habitación, resultaría conveniente la eliminación del primero. Se trata de una figura que no tiene aplicación práctica en el tráfico jurídico, dado que no se entiende su razón de ser ni cómo opera de forma eficiente. Sin embargo, se

¹⁵ ALPA, G., *¿Qué es el derecho privado?*, Lima, Zela, Insajuc, 2017, pp. 138-143.

¹⁶ Ley 1021 de 2006, declarada inexecutable mediante la Sentencia C-030, ene. 23/2008. M.P. R. ESCOBAR GIL.

repite la misma regulación, eliminando el anticuado e inconstitucional concepto de familia contenido en el Código de Bello.

En cuanto a las servidumbres, se extraña su elemento más importante en la definición, como lo es la necesidad, volviendo prácticamente obligatorias las servidumbres en todos los casos. Además, excluye de su ámbito de aplicación a las voluntarias de servicios públicos y las de interés público. A esto se une el hecho de que el proyecto ordena que todo propietario debe tolerar la imposición de postes para toda clase de fines, pero no existe ninguna clase de contraprestación para el titular del predio sirviente. Con ello, se reitera el carácter confiscatorio de esta medida.

VI. De las distintas formas de propiedad

El documento objeto de estudio trae una modificación importante respecto de la propiedad, como lo es la reubicación de la comunidad; en el Código de Bello su naturaleza era de cuasicontrato, pero lo cierto es que se trata de una forma de ejercicio de los derechos reales, la cual, por regla general, es voluntaria. El proyecto solamente autoriza su ejercicio para propiedad, usufructo, uso o habitación y superficie. ¿Por qué no podría existir una hipoteca o garantía en comunidad, por ejemplo? ¿Y qué pasa con la comunidad sobre activos intangibles y bienes virtuales, si la propiedad respecto de estos dispone de un ejercicio diferente al de las cosas materiales?

Todos los derechos reales deben ser susceptibles de esta forma de ejercicio, lo cual no va en contravía del principio conforme al cual no pueden existir dos derechos de la misma categoría sobre un mismo bien, porque los titulares de las partes alícuotas son propietarios plenos de sus cuotas y el ciento por ciento de las mismas conforma el derecho real correspondiente.

Se debe criticar en este punto la regulación de la propiedad horizontal del proyecto, que dispone la existencia de comunidad de los copropietarios frente a los bienes comunes. Desde la Ley 16 de 1985 se estableció que la copropiedad constituía una persona jurídica, aspecto que quedó definitivamente regulado de manera plena con la Ley 675 de 2001¹⁷. Desde su ejecutoria ha funcionado adecuadamente, razón por la cual esta regulación es absolutamente inadecuada e inconveniente.

Finalmente, en esta materia se hace una regulación de la propiedad fiduciaria, que contiene elementos interesantes como la posibilidad de ejecutar patrimonios autónomos. No obstante, desconoce la naturaleza propia de este instrumento, como lo es tratarse de una propiedad condicionada.

Igualmente, se extraña de la regulación a los tiempos compartidos y la multipropiedad.

VII. Garantías y retención

Aunque el proyecto realiza una manifestación legislativa frente a la naturaleza jurídica de las garantías mobiliarias¹⁸, entendiendo que se trata de verdaderos derechos reales, desconoce la existencia de la prenda con apoderamiento. Por otra parte, en caso de entrar en vigencia este proyecto, queda en un limbo la naturaleza jurídica de la hipoteca y la prenda como derechos reales, ante la ausencia de enumeración explícita de los mismos, y por el hecho de que se considera su regulación en el libro de obligaciones y contratos.

¹⁷ En efecto, la Ley 182 de 1948 conservó su vigencia al tiempo que la Ley 16 de 1985, respecto de las copropiedades que no quisieron modificar sus reglamentos. Sin embargo, la Ley 675 las dejó sin vigencia mediante derogatoria expresa.

¹⁸ Ley 1676 de 2013.

Finalmente, habría sido interesante una definición más adecuada de retención, pues no solamente presta a confusión, sino que hay avances doctrinarios que garantizan una mejor regulación frente a lo que se plantea en los artículos 396 y 397 de la propuesta¹⁹.

VIII. Consideraciones finales

El proyecto de Código Civil en su parte relacionada con los bienes, los derechos reales y la posesión, resulta insuficiente e inconveniente. Definitivamente, el cambio debe venir en la actualización de disposiciones que ya están escritas y redactadas por Andrés Bello, las cuales han funcionado perfecta o imperfectamente durante más de un siglo. Modificar de un solo tajo instituciones como la posesión o la tenencia, realmente crea un caos normativo e institucional innecesario.

Son múltiples los aspectos que debieron haberse tenido en cuenta, tales como una verdadera clasificación de los bienes que incluya no solo a los activos intangibles, que no deben corresponder exclusivamente a la propiedad intelectual, sino también a los bienes virtuales, y su ejercicio práctico en materia de propiedad. Adicionalmente, los derechos reales no son claros en su enumeración, ejercicio y regulación, y se mantienen figuras que no tienen ninguna aplicación práctica como el derecho de uso. Otras instituciones, por su parte, se incluyen desconociendo normas especiales y se dejan de lado, por ejemplo, aspectos de orden constitucional, como sucede con la función ecológica de la propiedad. Quizá en ciertos casos, basta con eliminar expresiones de ciertas figuras como los cocheros y los carruajes, actualizando su configuración legal.

No obstante, se valora la inclusión de figuras como el derecho de superficie y la consideración de las garantías mobiliarias como derechos reales, lo cual responde a múltiples inquietudes académicas y prácticas. Sin embargo, hay aspectos que pudieron ser estudiados de manera profunda, como el derecho de retención, pero que se quedaron en el camino.

Ojalá el proyecto sea reescrito de mejor manera, entendiendo que no puede ser impuesto, por generar exclusivamente visibilidad o justificar resultados de gestión política. El Código Civil es la vida de las personas, es la normativa fundamental que rige el comportamiento jurídico humano. Es el cuerpo legal que organiza la vida social y que regula las relaciones humanas en su cauce jurídico. Por ello, su codificación no debe ser un planteamiento teórico, tomado a la ligera. Su configuración debe ser basada en una verdadera realidad social, así como en auténticos consensos.

¹⁹ Al respecto, véase: CASTRO DE CIFUENTES, M., *El derecho de retención en las obligaciones civiles y mercantiles*, Bogotá, Universidad de los Andes, 2004.

11. COMENTARIOS ACERCA DE LA DISCIPLINA DEL ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA, DEL PAGO DE LO NO DEBIDO Y DE OTRAS SITUACIONES QUE DAN LUGAR A REPETICIÓN, EN EL PROYECTO DE CÓDIGO CIVIL PRESENTADO POR LA UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA

JOSÉ LUIS BENAVIDES RUSSI*

El *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 treinta 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 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. Las observaciones que siguen conciernen a la ubicación de la figura en la estructura del Código (I) y a la valoración del texto que la regula (II).

I. El enriquecimiento sin causa en la estructura del código

En el Título II del Libro III se disponen varios capítulos para regular las fuentes de las obligaciones. En ese sentido, en el Capítulo III, que carece de título, se regulan, de manera separada, el enriquecimiento si causa y algunos eventos generadores del *derecho de repetición*, lo que suscita perplejidades, si se tiene en cuenta que este derecho es propio, igualmente, del enriquecimiento sin causa¹. En todo caso, la estructura del capítulo no da

* Profesor de la Universidad Externado de Colombia.

¹ Dado el carácter general del enriquecimiento sin causa, como fuente del derecho a repetir, en otros ordenamientos se prevé la regla general y se regula el caso especial del pago de lo no debido, como especie del género. Véase, por ejemplo el Código Civil y Comercial argentino ([Ley 26.994/2014](#)), en particular los arts. 1794-1799. Esto es coherente con la advertencia de nuestra jurisprudencia civil en el sentido de que las regulaciones específicas del principio que prohíbe el enriquecimiento sin causa no desmienten su fundamento común (Cas. Civ. sent. 19/11/1936, XLIV, n.º 1918-1919, pp. 471-476). Con una concepción cercana, la reforma de 2016 del título de obligaciones y contratos del Código Civil francés ([Ordenaza 2016-131](#)) concibe un subtítulo de las *Fuentes de las obligaciones (III)*, destinado a los cuasicontratos, aunque lo titula “*Otras fuentes de obligaciones*”, evitando, por una parte, la criticada expresión de los cuasicontratos y, por otra parte, dejando abierta la posibilidad de completar el grupo con otras manifestaciones de fuentes de las obligaciones surgidas de la jurisprudencia, como lo ha observado la doctrina (véase DESHAYES, O; GENICON, T.; LAITHIER, Y. M., *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, París, LexisNexis, 2016, p. 533). En este subtítulo, el código francés reformado regula, en un primer capítulo, la agencia oficiosa (arts. 1301 a 1301-5), en un segundo capítulo, el pago de lo no debido (arts. 1302 a 1302-3) y, en un tercer capítulo, el enriquecimiento injustificado (arts. 1303 a 1303-4), expresión que reemplaza el enriquecimiento sin causa, por la desaparición (por lo menos formal) de la causa como elemento de validez del contrato. Esta concepción se adapta bien a la clasificación original de nuestro código civil actual que, como se sabe, regula

cuenta de una concepción general claramente identificable. Sin perjuicio de lo anterior, el abandono en el proyecto de la categoría de los cuasicontratos y la reclasificación de la Comunidad y la Agencia Oficiosa, parece coherente con la inclusión, en el Capítulo III, sobre las *Fuentes de las obligaciones*, de los eventos de enriquecimiento sin causa, pero sería necesario distinguir su formulación genérica y sus especies del *pago de lo no debido*² y las demás modalidades de *repetición* a que se refiere el proyecto (arts. 562-564). En efecto, los eventos regulados en estos artículos son expresiones puntuales que se suman a las regulaciones normativas del Código Civil que la Corte Suprema de Justicia ha identificado como aplicaciones del principio del enriquecimiento sin causa³.

II. La regulación normativa del enriquecimiento sin causa

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 hoy⁴.

La primera frase del artículo 556 del proyecto expone de manera abstracta la situación que permite la aplicación de la institución: “El que sin causa se enriquece en detrimento de un tercero”. Al respecto, nuestra Corte Suprema de Justicia ha explicado que

en el título XXXII los cuasicontratos, definidos como las obligaciones que nacen del hecho lícito sin convención (art. [2303](#)), y ejemplificados en la agencia oficiosa, el pago de lo no debido y la comunidad, que regula, respectivamente, en los capítulos I (arts. [2304](#) a 2312), II (arts. [2313](#) a 2321) y III ([2322](#) a 2340) del mismo título.

² Sobre la relación de género y especie entre las dos figuras, véase, entre otros fallos, los siguientes: Cas. Civ., sent. 06/10/1937, G.J. T. XLV, n.º 1930, pp. 802-805; Cas. Civ., sent. 21/11/1944, G.J. T. LVIII n.º 2015, pp. 126-131; cas. civ, sent. 15/11/1991, *Banco de Comercio vs Induvases S.A.*; Cas. Civ., sent. 19/11/1936, G.J. T. XLIV, n.º 1918-1919, pp. 471-476; Cas. Civ., sent. 31/08/1938, G.J. T. XLVII, n.º 1940, pp. 95-100; Cas. Civ., sent. 06/09/1940, G.J. T. L, n.º 1961-1963, pp. 36-42; Cas. Civ., sent. 30/08/1946, G.J. T. LXI, n.º 2038-2039, pp. 41-46; Cas. Civ., sent. 06/06/1955, G.J. T. LXXX, p. 409 ss; Cas. Civ., sent. 13/03/1990, G.J. T. CC, n.º 2439, I semestre 1990, pp. 93-102; Cas. Civ., sent. 23/04/2003, exp. 7351; Cas. Lab., S. Descongestión n.º 1, sent. 24/06/2020, exp. 66331.

³ Tal es el caso de las restituciones por nulidad de contrato con incapaces (art. 1747), la contratación del socio administrador a nombre de la sociedad (art. 2120), la acción personal contra depositario incapaz “hasta concurrencia de aquello en que por el depósito se hubiere hecho más rico” (art. 2243), la plantación y siembra en suelo ajeno a ciencia y paciencia del dueño del terreno (art. 739, inc. 2º), los efectos de la agencia oficiosa (art. 2309 y 2310) (Cas. Civ., sent. 06/09/1940, cit.). También debe considerarse la aplicación del enriquecimiento sin causa en la acción cambiaria prescrita (C.Co, art. 882) (Cas. Civ., sent. 25/10/2000, exp. 5744; sent. 30/07/2001, exp. 6150; sent. 21/05/2002, exp. 7071; sent. 18/12/2009, ref. 00267-01 y sent. 21/08/2018, exp. STC10739).

⁴ Véase, entre otras, las sentencias del 28/02/1933 (G.J. T. XLI n.º 1895, pp. 188-203), del 06/09/1935 (G.J. T. XLI n.º 1895, pp. 188-203), del 19/11/1936 (G.J. T. XLIV, n.º 1918-1919, pp. 471-476), y los importantes desarrollos posteriores en los que las condiciones del enriquecimiento sin causa han sido reafirmadas de manera explícita y recurrente a lo largo de los años por la misma Corte (Cas. Civ., sent. 14/04/1937, G.J. T. XLV, n.º 1923, pp. 25-32; sent. 06/10/1937, cit.; sent. 27/03/1939, G.J. T. XLVIII, n.º 1947, pp. 124-131; sent. 31/08/1938, G.J. T. XLVII, n.º 1940, pp. 95-100; sent. 06/09/1940; sent. 30/07/1941, G.J. T. LII, n.º 1977, pp. 18-26; sent. 28/08/1945, cit.; sent. 12/05/1955, G.J. T. LXXX n.º 2154, pp. 319-323; sent. 12/12/1955, G.J. T. GJ T. LXXXI, n.º 2160-2161, pp. 724 ss; sent. 26/03/1958, G.J. T. LXXXVII, n.º 2194, pp. 490-503; sent. 13/03/1990, G.J. T. CC, n.º 2439, I semestre 1990, pp. 93-102; sent. 17/11/1998, rad. 11046; sent. 10/12/1999, exp. 5294; sent. 07/06/2002, exp. 7360; sent. 18/07/2005, exp. 1999-0335-01 y sent. 07/10/2009, exp. 2003-00164-10).

la causa cuya ausencia sirve de fundamento a esta figura no se identifica con el elemento de validez del contrato, previsto en el artículo 1524 del Código Civil como *motivo que induce al acto o contrato*, sino con el fundamento jurídico de la situación. En efecto, se refiere a que “el desplazamiento de un patrimonio a otro no haya sido generada por un contrato o un cuasi-contrato, un delito o un cuasi-delito, como tampoco por una disposición expresa de la ley” (Cas. Civ. sent. 19/11/1936, citada).

Esta condición da cuenta del fundamento que tiene la institución en la equidad, como también lo ha expuesto de manera explícita la Corte en muchas de sus sentencias⁵. En efecto, no hay una explicación jurídica de la situación en las reglas positivas, pero tampoco hay en estas una solución que responda a la injusticia, lo que genera la necesidad de un tratamiento particular para remediar la iniquidad. Este fundamento, presente en todos los sistemas a través de la historia jurídica, desde el derecho romano, y pese a los alcances muy diversos de su aplicación concreta, determina de manera sustancial todas las condiciones de la institución.

Lo anterior se complementa con la condición de ausencia de acción para reclamar por el enriquecimiento, a manera de revés de la misma moneda. Por ello, la acción *in rem verso* pertinente para reclamar el enriquecimiento sin causa tiene la condición esencial de ser supletiva. La Corte lo enuncia también en la citada sentencia del 19 de noviembre de 1936⁶. Por ello, no aplica la institución cuando la situación corresponde a un pago de lo no debido que, aunque genéricamente responde al enriquecimiento sin causa, tiene una regulación explícita y precisa en el Código Civil vigente (y en el proyecto). Del mismo modo, la Corte encuentra impertinente la figura cuando la situación *nace de hechos ilícitos* (Cas. Civ., sent. 28/02/1933, citada). Tampoco hay enriquecimiento sin causa en la compraventa incumplida por las dos partes, aun cuando el vendedor haya entregado parte de los bienes vendidos; el incumplimiento recíproco impide ejercer la acción resolutoria del contrato a los dos contratantes (CC, art. 1609), pero los bienes recibidos y no remunerados tienen causa en el contrato, lo que impide considerarlos como enriquecimiento sin causa⁷. La Corte considera también que la incertidumbre que pueda existir sobre la calificación del tipo de contrato realmente convenido en el caso no borra el fundamento contractual de la situación⁸. Por excepción, que confirma esta regla según la cual la acción es improcedente cuando el empobrecido ha dejado prescribir su derecho (Cas. Civ., sent. 07/06/2002, citada), la Corte destaca la regulación especial comercial (C.Co, art. 882) que habilita la acción en el caso específico de caducidad de la acción cambiaria⁹.

El texto propuesto de la reforma no contiene, ni explícita ni implícitamente, esta caracterización de la figura, lo que reduce su alcance a un simple enunciado, propio de una

⁵ Cas. Civ., sent. 28/02/1933, cit.; 06/09/1935, G.J. T. XLII, n.º 1901-1902, pp. 586-606; sent. 17/03/1937, G.J. T. XLV, n.º 1927, pp. 579-591; sent. 06/10/1937, cit.; sent. 31/08/1938, cit.; sent. 27/03/1939, cit.; sent. 06/09/1940, cit.; sent. 30/07/1941, cit.; sent. 28/08/1945, cit.; sent. 12/04/1946, G.J. T. LX, n.º 2032, 2033, pp. 384-389; sent. 12/05/1955, cit.; sent. 12/12/1955, cit.; sent. 27/10/1961, *concurso de acreedores soc. Chinor Emerald Mines Inc.* y sent. 21/05/2002, cit.

⁶ Véase, en el mismo sentido, Cas. Civ., sent. 19/09/1936, cit.; sent. 27/03/1939, cit.; sent. 26/02/1953, G.J. T. LXXIV n.º. 2124 - 2125, pp. 71-80; sent. 12/12/1955, cit.; sent. 27/10/1961, cit.; sent. 22/02/1991, exp. S-053; sent. 10/12/1999, cit.; sent. 11/01/2000, exp. 5208; sent. 25/10/2000, cit.; sent. 28/08/2001, exp. 6673; sent. 21/05/2002, cit. y sent. 07/06/2009, exp. 2003-00164-01).

⁷ Cas. Civ. 09/06/1971, G.J. T. CXXXVIII, n.º 2340 a 2345, pp. 373-383; Cas. Lab., sent. 12/06/2019, exp. SL2180.

⁸ Cas. Civ., sent. 04/08/1976, G.J. T. CLII, n.º 2393, pp. 291-303; Cas. Civ., sent. 18/07/2005, cit.

⁹ Cas. Civ., sents. 25/10/2000; 30/07/2001; 21/05/2002; 18/12/2009 y 21/08/2018, todas citadas.

máxima que nada aporta a la caracterización de la institución que debería tener una definición legal¹⁰.

Por otra parte, el mismo fundamento en la equidad está a la base del remedio a la situación de enriquecimiento sin causa, esto es, la compensación económica a que tiene derecho el empobrecido. La solución no busca indemnizar un daño, lo que sí es propio, en cambio, de la institución de la responsabilidad civil, sino deshacer el traslado jurídicamente injustificado entre los patrimonios del empobrecido y del enriquecido. El nombre de la *actio in rem verso* expresa claramente este propósito, en cuanto “no se puede condenar sino hasta la porción en que efectivamente se enriqueció el demandado [...]” (Cas. Civ., sent. 19/11/1936, citada). Múltiples decisiones de la Corte ponen de presente esta condición¹¹.

La limitación sustancial de las restituciones refleja también otra condición trascendente, consecuente con la ausencia de fundamento jurídico de la situación, esto es, la relación entre el enriquecimiento y el empobrecimiento y, muy importante, su carácter correlativo. No está presente la creación de un daño indemnizable, sino un traslado jurídicamente injustificado entre patrimonios, de modo que el valor del empobrecimiento corresponde *correlativamente* al valor del enriquecimiento, como lo ha advertido nuestra jurisprudencia desde 1936¹².

¹⁰ Si bien los códigos contemporáneos enuncian también, de manera general, el enriquecimiento sin causa, en ellos está siempre presente la esencial condición subsidiaria de la acción para reclamar. El artículo 2041 del Código Civil italiano identifica la situación de manera abstracta, al enunciar que “quien, sin justa causa, se enriquece en perjuicio de otra persona ...”. El enunciado indica que no existe una justa causa, lo que es ambiguo, en cuanto lo esencial es que la causa sea jurídica. Así, el delito es causa jurídica de la reparación del daño que con él se genera, aunque sea una causa *injusta*, y por ello cierra la puerta al enriquecimiento sin causa. No obstante, el artículo 2042 del mismo código otorga el verdadero sentido jurídico a la causa, al prescribir, en estos términos, el carácter subsidiario de la acción: “La acción de enriquecimiento no puede proponerse cuando el perjudicado puede ejercer otra acción para hacerse indemnizar del perjuicio sufrido”. Por su parte, el nuevo Código Civil y Comercial argentino describe la caracterización de la situación en los siguientes términos: “toda persona que sin una causa lícita se enriquezca a expensas de otro ...” (art. 1794). La expresión es incluso más problemática que la italiana, por cuanto expone explícitamente la ausencia de una causa *lícita*, lo que sugiere que los enriquecimientos que tienen una causa *ilícita*, como un delito, serían comprendidos por la institución, situación excluida en todos los sistemas. No obstante, este código también establece el carácter subsidiario de la acción, que la hace incompatible para reclamar judicialmente daños originados en hechos o actuaciones ilícitas, conforme a lo dispuesto en el artículo 1795. El texto de la reforma del código francés parece más técnico al enunciar el evento en el artículo 1303, que prevé: “Fuera de los casos de agencia oficiosa y del pago de lo no debido, aquel que se beneficie de un enriquecimiento injustificado en detrimento de otro [...]”. El carácter subsidiario está así considerado desde el comienzo del precepto y se prevé de manera expresa en el artículo 1303-3. Además, el origen del enriquecimiento está definido de manera más amplia por su carácter *injustificado*. La incertidumbre que pueda existir sobre el alcance de la ausencia de *justificación* jurídica queda resuelta con la definición del artículo 1303-1, según el cual “[e]l enriquecimiento es injustificado cuando no proviene del cumplimiento de una obligación por el empobrecido, ni de su liberalidad”; se exige, así, la ausencia de cualquier fuente legal de obligaciones, en concordancia con la caracterización de nuestra jurisprudencia civil (que por lo demás proviene de la Corte de casación francesa, como lo exponía claramente la jurisprudencia de los años 30 del s. XX), y la inexistencia de la intención voluntaria del empobrecido, también puesta de presente por nuestra jurisprudencia, en cuanto explica que “se requiere, además [del enriquecimiento y del empobrecimiento], que no haya habido ánimo de liberalidad, que excluya el cobro posterior” (Cas. Civ., sent. 19/09/1936, cit.) o, en similar sentido, una obligación natural (Cas. Civ., sent. 06/10/1937, cit.).

¹¹ Véase, entre otras, Cas. Civ., sent. 14/04/1937, cit.; Cas. Civ., sent. 06/09/1940, cit.; Cas. Civ., sent. 06/05/1955, cit.; Cas. Civ., sent. 6 de diciembre de 1993, recaída en el ordinario del Banco Cafetero contra Lorenzo Pascua García; Cas. Civ., sent. 25/10/2000, cit.; Cas. Civ., sent. 14/07/1958, M.P. HÉCTOR MARTÍNEZ GUERRA (no publicada).

¹² Cas. Civ., sent. 19/11/1936, cit.

Los textos de los códigos contemporáneos también hacen explícita esta condición cuando prescriben que la compensación o indemnización a la que tiene derecho el empobrecido tiene el límite del valor del enriquecimiento generado¹³. Se trata de un límite, en la medida en que solo se compensa el correlativo empobrecimiento; la relación *correlativa* entre enriquecimiento y empobrecimiento determina, entonces, de manera esencial, el alcance de la restitución del patrimonio del empobrecido¹⁴.

La restitución equivalente al empobrecimiento, pero mayor al valor del enriquecimiento constituiría una carga para el enriquecido, que tendría que devolver más del valor en el que se benefició con la situación, lo que es pertinente en una acción de reparación de daño, mas no en la que busca la restitución del patrimonio enriquecido. Pero, si el valor de la restitución es mayor al valor del empobrecimiento, pues se calcula con base en el enriquecimiento, la restitución daría lugar al enriquecimiento sin *causa* o justificación jurídica de quien originalmente se había empobrecido. En esta dinámica de doble limitación, por el valor del enriquecimiento y por el valor del empobrecimiento, resulta entonces pertinente escoger la menor, como lo hace la fórmula de solución legal francesa.

En contra de este entendimiento, el texto del proyecto que se comenta identifica la medida de la indemnización con dicho enriquecimiento, en lugar de referirse a este como un límite para la compensación. Ningún texto del proyecto establece, además, el carácter correlativo entre el empobrecimiento y el enriquecimiento. Esto, sin duda, genera una distorsión fundamental de la institución, en cuanto desconoce la equidad que la funda y la orienta.

Finalmente, el artículo 556 del proyecto tiene un inciso complementario, cuyo sentido y alcance no son claros, lo que dificultaría su aplicación. Su redacción permitiría concebir la existencia de un negocio jurídico previo cuya causa “desaparece *después*”, sin que pueda determinarse un referente temporal, esto es, si se refiere al momento de contraer el negocio o a un momento posterior durante su ejecución. Pero, además, el referente a la causa del negocio resulta incompatible con la concepción de los elementos del negocio jurídico que adopta el proyecto, en cuanto este, al igual que la reforma francesa, no incluye la causa como elemento de validez, con lo que se propone una reforma del actual artículo [1524](#) del Código Civil.

En conclusión, el primer evento previsto en el texto tiene una indefinición sustancial. Y, en cuanto al segundo, referido al caso en que “*no se produce el resultado perseguido con una prestación según el contenido del negocio jurídico*”, su significado es incomprensible, por cuanto el resultado mencionado es la realización de la prestación a la que se obliga el deudor, lo que, seguramente, no coincide con la intención de la comisión redactora, puesto que no es razonable concebir un evento de enriquecimiento sin causa por el incumplimiento del deudor.

En fin, en todo caso, 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,

¹³ En este sentido, el código italiano prescribe que el enriquecido “debe, hasta el límite del enriquecimiento, indemnizar [al empobrecido] por la correlativa disminución patrimonial” (art. 2041). El código argentino contiene una formulación cercana, al prescribir que la persona enriquecida “está obligada, en la medida de su beneficio, a resarcir el detrimento patrimonial del empobrecido” (art. 1794).

¹⁴ Esta característica fue muy clara en la jurisprudencia francesa desde vieja data, lo que llevó a formular la restitución en la reforma de 2016, recogiendo una fórmula de la Corte de Casación: el que se beneficia de un enriquecimiento injustificado “debe, a aquel que se encuentra empobrecido, una indemnización igual al menor de los dos valores del enriquecimiento y del empobrecimiento” (art. 1303).

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. Es pertinente recordar que muy variadas situaciones han dado lugar al reconocimiento del enriquecimiento sin causa por la Corte Suprema de Justicia¹⁵, lo que muestra la inconveniencia de formular casos aislados en el texto que define la figura. Por el contrario, la noción misma de enriquecimiento sin causa, sus requisitos y sus consecuencias, decantados por nuestra jurisprudencia civil de manera diáfana, suficiente y coherente, deberían ser recogidos en la ley. Como se ha observado, sin embargo, no solo están ausentes en el texto propuesto, sino que en este se introducen elementos que propician un entendimiento errado de la institución.

¹⁵ Prestación de servicios personales sin contrato (Cas. Civ., sent. 28/02/1933, cit.; sent. 06/09/1940, cit.); prestaciones ejecutadas sin contrato perfeccionado por incumplimiento de formalidades sustanciales (Cas. Civ. sent. 27/03/1939, cit.; 30/07/1941, cit.; sent. 06/06/1955, cit.; sent. 14/07/1958, cit.); pago de consumo de energía por error en cálculo en contador de electricidad (Cas. Civ. sent. 19/11/1939, cit.); nulidad de cláusula que prohibía cobro de impuesto de paso en camino de herradura concesionado (Cas. Civ., sent. 17/03/1937, cit.); dinero depositado en banco en contrato cambiario, cuyo retiro se hizo imposible jurídicamente por incumplimiento del cliente (Cas. Civ., 14/04/1937, cit.); restitución del valor del excedente de extensión de un lote identificado de mayor extensión a la real en la escritura de compraventa a una sociedad mal constituida (Cas. Civ., sent. 12/04/1946, cit.); pago doble de siniestro asegurado: por la aseguradora y por el corredor de seguros (Cas. Civ., sent. 26/06/2018, exp. SC2342); devolución de saldos de pensiones por el empleador (Cas. Lab., Sala de descongestión n.º 3, sent. 05/02/2020, exp. 76122); caducidad de la acción cambiaria (Cas. Civ., sents. 25/10/2000; 30/07/2001; 21/05/2002; 18/12/2009 y 21/08/2018, todas citadas).

12. DEL CONTRATO. A PROPÓSITO DEL PROYECTO DE REFORMA DEL CÓDIGO CIVIL DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL

FABRICIO MANTILLA ESPINOSA*

El Código Civil estructura la sociedad misma. A través de la organización de sus relaciones íntimas y vínculos familiares (*derecho de familia*), del acceso a la riqueza y su explotación (*derecho de propiedad*) y de las alianzas e intercambios económicos (*derecho de contratos*) una comunidad define los perfiles de sus relaciones sociales, políticas y económicas¹.

La institución contrato tiene por función principal reglamentar las alianzas e intercambios económicos entre particulares; su estructura actual refleja el cariz de nuestro sistema político y económico: capitalismo liberal, con un intervencionismo estatal puntual y limitado. El contrato de los códigos civil y de comercio permite que los particulares regulen libremente sus intereses privados dentro de un marco fijado por el Estado, por razones de interés general (art. 16 C.C.). El proyecto de reforma de código civil elaborado por la Universidad Nacional propone el esquema inverso: una institución en la cual el Estado determina la forma y contenido de los intercambios económicos, con una participación, al margen, de los particulares.

I. La libertad privada en el centro, con un marco de control estatal: los códigos Civil y de Comercio

Con base en los artículos 1498 y 1602 del Código Civil y 822 del Código de Comercio, se establece que, para los intercambios voluntarios, las partes mismas determinan libremente la equivalencia de sus prestaciones —“*las miran como equivalentes*”— y este acuerdo tiene fuerza obligatoria —es “*ley para las partes*”—. Por consiguiente, los precios de los contratos son los precios de las partes y no de un tercero, llámese Estado —ya sea a través de decisiones centralizadas² o bien descentralizadas³— o mercado⁴.

En materia contractual, los precios son entonces los que las partes quisieron y si llegaron a un acuerdo sin fraude, ni fuerza, ni abuso, los precios son justos. Por esta razón, en la formación del contrato, el derecho colombiano no sanciona el error sobre el valor⁵ y, en principio, el Estado sólo interviene respecto del monto de los precios por razones de interés general, normalmente, para controlar la comercialización de ciertos productos -como algunos medicamentos y combustibles-, poner topes para ciertos contratos que regulan relaciones de gran sensibilidad social -como el de arrendamiento de vivienda urbana⁶- y evitar comportamientos que atenten contra la

* Profesor de la Universidad del Rosario.

¹ A pesar de que el proyecto dice ser de unificación del derecho civil y comercial, su alcance comprende las principales relaciones que se pueden establecer en una comunidad. Para corroborarlo basta con leer su artículo primero: “*Este Código comprende las disposiciones legales sustantivas que determinan especialmente los derechos de los particulares, por razón del estado de las personas, de sus bienes, obligaciones, contratos civiles y comerciales, relaciones familiares y sucesiones*”.

² Una economía centralizada en la cual el Estado mismo determina los precios de los intercambios voluntarios es el fundamento de la doctrina comunista.

³ Una economía en la cual el Estado determina los precios de los intercambios voluntarios, pero no de forma centralizada sino a través de sus órganos, más o menos autónomos (como los jueces), crea una total incertidumbre para la inversión y el desarrollo de las empresas, ofrece las condiciones perfectas para toda suerte de abusos y desviaciones y, en últimas, lleva a la anarquía.

⁴ El vocablo “mercado” se suele utilizar para hacer referencia a los libres intercambios de bienes y servicios -en contraste con las transacciones impuestas-, sin embargo, esta palabra no designa ninguna entidad delimitada ni centralizada que pueda tomar decisiones y definir parámetros. Así, la expresión “precios del mercado” sólo nos permite saber que éstos no fueron impuestos por la autoridad, pero no nos define cuáles son estos precios. En efecto, son muchos los precios que se negocian de manera libre y en diferentes circunstancias, pero no hay un criterio único para determinarlos ni una única base para establecer promedios. Y en materia de contratos, entre los variopintos precios del mercado, a la hora de nona, es el juez el que escoge.

⁵ Por el contrario, la redacción del artículo 102 del proyecto de reforma bien podría dar lugar a su sanción.

⁶ Véanse los artículos 18 y 20 de la ley 820 de 2003.

libre competencia. Hay, sin embargo, algunas disposiciones especiales⁷ que, sin justificación plausible, establecen excepciones a esta regla, como son las nulidades por lesión enorme (arts. 1946-1954 C.C.) y por precio irrisorio (arts. 872, 920 C.Co.). En este orden de ideas, sólo de forma excepcional, la ley faculta al juez para que se inmiscuya en los precios contractuales (arts. 2060 num. 2 C.C., 519 C.Co.) y la norma de alcance más general (art. 868 C.Co.), conocida como “teoría de la imprevisión”, en la práctica, no se aplica⁸.

Esta *libertad de los particulares* (arts. 333 C.P., 1498 C.C.) y la *fuerza obligatoria* de las convenciones (art. 1602 C.C.), como reglas generales, garantizan no sólo el emprendimiento motivado por el ánimo de lucro sino, además, la diligencia y cuidado por parte de los contratantes⁹, quienes, en principio, tienen la carga de informarse y velar por sus propios intereses¹⁰. El contrato -lo que dice y lo que calla- es una apuesta de las partes respecto de las situaciones futuras, apuesta basada en la seriedad de sus previsiones y la obligatoriedad de la palabra empeñada. Por esta razón, el derecho privado no autoriza al juez para que intervenga en los acuerdos de los particulares y modifique los precios libremente estipulados por ellos.

II. La voluntad estatal en el centro, con la libertad privada al margen: el proyecto de reforma

A pesar de que el proyecto sostiene que los contratantes son libres para establecer la equivalencia de sus obligaciones y que el contrato “*tiene fuerza de ley para las partes*” (arts. 478, 505), la forma como se estructuran las distintas disposiciones en materia contractual termina poniendo al Estado en el centro de las decisiones económicas relativas a las alianzas e intercambios de los particulares.

En efecto, además de las reglas específicas, el proyecto adopta un nuevo “*lenguaje principialista*” vaporoso y emotivo cuyo efecto práctico es delegar en el juez la toma de decisiones respecto de los precios, plazos y sanciones contractuales. En pocas palabras, el proyecto de los profesores de la Universidad Nacional pone en cabeza del Estado -y no de los contratantes- las decisiones sobre la rentabilidad de los negocios de los particulares.

Así, su artículo 3 dispone: “*La ley deberá interpretarse, aplicarse e integrarse de acuerdo con la Constitución Política y las disposiciones de índole constitucional, con el fin de garantizar la primacía de los derechos fundamentales, la protección de las personas en situación de debilidad manifiesta o con especial protección constitucional y la realización del interés general. Las disposiciones constitucionales prevalecen sobre las de las leyes. La interpretación de la ley y demás fuentes de derecho, deberá estar conforme a los postulados constitucionales*”. Como podemos ver, la principal disposición que determina el significado de las normas del proyecto incluye las expresiones “*derechos fundamentales*”, “*protección de personas en situación de debilidad manifiesta*” e “*interés general*” y 5 veces las palabras “*Constitución*” y “*constitucional*”.

En desarrollo de este postulado general, el proyecto sostiene que “[e]l cumplimiento de la obligación podrá exigirse judicialmente siempre que sea posible y no excesivamente onerosa para el deudor, contrarie la buena fe negocial o afecte la situación personal del deudor” (art. 576). En este orden de ideas, sería el juez quién decidiría, de acuerdo con lo que él entienda por “*excesivamente oneroso*”, “*buena fe*” y “*situación personal del deudor*”, si el acreedor puede o no cobrar la deuda válidamente contraída y cuándo

⁷ Aunque, en algunos casos, el discurso de la jurisprudencia pretende considerarlas “principios generales”. Véase: C.S.J. Cas. Civ. 13/12/1988. M.P. P. LAFONT PIANETTA. G.J. CXC, N° 2431, p. 306.

⁸ En efecto, a pesar de que la revisión judicial de los contratos fue consagrada en el Código de Comercio hace casi cincuenta años, la Corte Suprema de Justicia, hasta el momento, no parece haberla aplicado a ningún caso. Véase: C.S.J. Cas. Civ. 21/02/2012. M.P. W. NAMÉN VARGAS, Ref: 11001-3103-040-2006-00537-01.

Así y todo, algunos jueces han pretendido calificarla de “principio general”. Véase: C. Const. T-837/2011, M.P. G. E. MENDOZA MARTELO.

⁹ Sin embargo, a través de una tendenciosa interpretación de las normas constitucionales, algunos jueces pretenden intervenir directamente en los acuerdos de los particulares, sin que exista justificación alguna. Véase: C.Const. T-468 de 2003. M.P. R. ESCOBAR GIL.

¹⁰ Véase: C.S.J. Cas. Civ. 21/2/2012. M.P. W. NAMÉN VARGAS. Exp. 11001-3103-040-2006-00537-01.

podría hacerlo, puesto que el proyecto también le permite al juez conceder al deudor plazos adicionales (art. 576)¹¹.

En este mismo orden de ideas, la determinación de los precios de los contratos también dependería del juez, quien podría “adaptarlos” si llegase a considerar que, en el momento de la celebración, las prestaciones estipuladas por las partes resultaron “excesivamente desproporcionadas” (art. 108) y, durante su ejecución, “reequilibrarlos” (art. 499) y “reducir equitativamente” las cláusulas penales (art. 583) cuando considere que resultan “excesivamente onerosas”. Éstas son sólo algunas de las sorprendentes prerrogativas judiciales que estructura con ayuda de un vago y edulcorado lenguaje. A título de ejemplo, sólo en las disposiciones concernientes a las obligaciones y los negocios jurídicos, encontramos 46 veces la expresión “buena fe” y 51 veces “razonable” y “razonablemente”. Dentro de este marco lingüístico ¿es posible sostener que el contrato seguiría siendo un instrumento de los particulares para regular sus negocios?, ¿o más bien serviría para que el Estado, a través de los jueces, distribuyera la riqueza de los particulares?, ¿no se pondría al Estado en el centro y a los particulares al margen?

Esta nueva concepción de contrato que propone el proyecto de reforma se halla muy lejos de aquélla que durante lustros ha servido de fundamento a la economía y sociedad de Colombia, un país en donde, hasta ahora, los particulares mismos regulan libremente sus propios negocios, desarrollan sus empresas, persiguen su lucro personal y confían en la obligatoriedad de sus acuerdos, todo dentro de los límites del orden público y las buenas costumbres (art. 16 C.C.)¹². Como bien lo precisó el profesor Jean Carbonnier:

Familia, contrato, propiedad han sido, tradicionalmente, los tres pilares del orden jurídico. Como en una economía liberal y capitalista el orden jurídico es necesariamente capitalista y liberal, aquellos que querían acabar con esta economía cayeron en cuenta de que su abolición debía estar precedida por la demolición de estos tres pilares. Como Sansón, seguramente ya ciego, abatió el templo sólo para espantar a los pájaros — buitres o palomas, ¡poco importa!— que allí anidaban¹³.

¹¹ Regla completamente opuesta a la del inciso segundo del artículo 1551 del Código Civil.

¹² Y cuyas raíces se adentran profundamente en la cultura occidental. Esta libertad es la justicia misma de los intercambios voluntarios, tal como lo precisa Aristóteles en su Ética a Nicómaco: “El que da lo que es suyo, como dice Homero que Glauco dio a Diomedes ‘armas de oro por las de bronce, precio de cien bueyes por los de nueve’, no recibe un trato injusto; porque el dar está en su mano y no el recibir una injusticia, sino que es preciso que otro hombre actúe injustamente. Es evidente, pues, que el ser tratado injustamente no es voluntario”. ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco. Ética a Eudemo* [trad. J. Pallí], Barcelona, Gredos, 2019, pp. 259-260.

Y en palabras de Santo Tomás de Aquino: “Si alguien da voluntariamente a otro más de lo que le debe, no comete ni injusticia ni desigualdad”. TOMÁS DE AQUINO, *Somme théologique. La justice. Tome premier* [Trad. M.S. Gillet], París, Desclées, Ed. Société Saint Jean l’Évangéliste, 1932, p. 91.

¹³ CARBONNIER, J., *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, París, LGDJ, París, 1998, p. 221.

13. UNA VISIÓN CRÍTICA A LA TEORÍA GENERAL DEL CONTRATO PROPUESTA EN EL PROYECTO DE REFORMA AL CÓDIGO CIVIL DE BELLO PRESENTADO POR LA UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA.

MARTHA LUCÍA NEME VILLARREAL*

DAVID FABIO ESBORRAZ**

I. 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 colocada. 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 obligaciones¹) 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 parara la Armonización del Derecho en América Latina (GADAL), empeñado en la elaboración de un código marco de Obligaciones para Latinoamérica². 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 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).

* Profesora titular e investigadora del Departamento de Derecho Privado y Derecho Romano de la Universidad Externado de Colombia. Doctora en Derecho y magíster de la Universidad de Roma “Tor Vergata”. Quien desarrolló los apartes 4, 5, 6 y 7 del presente documento.

** Profesor investigador del *Istituto di Studi Giuridici Internazionali* - CNR (Italia). Doctor en Derecho y magíster de la Universidad de Roma “Tor Vergata”. Quien desarrolló los apartes 1, 2, 3 y 8 del presente documento.

¹ 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.; CHINCHILLA IMBETT, C. A. (eds.), *La vigencia del Código Civil de Andrés Bello. Análisis y prospectivas en la sociedad contemporánea*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2019, *passim*.

² Sobre el GADAL se remite al sitio: <https://gadal.uexternado.edu.co/>.

Asimismo, sería aconsejable que toda la materia contractual (comprendida 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 1942³.

II. Desde la sistemática proceden además observaciones sobre 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 ventana⁴, 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.).

(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 y 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 hicieran 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

³ Véase, sobre el punto, ESBORRAZ, D. F., “La teoría general de las obligaciones como elemento de unidad y resistencia del subsistema jurídico latinoamericano”, en *Revista de Derecho*, Concepción-Chile-, 238 (2015), 164 ss.

⁴ Véase, en este sentido, ESBORRAZ, D. F., *Contrato y sistema en América Latina*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2006, pp. 223 ss.

de todos los contratos onerosos y revisten 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. Acerca de 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)⁵, 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 la “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 definiendo⁶. Para evitar este defecto habría que referir, como género, al “negocio jurídico” (“[e]l 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”).

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 la institución contractual (D. 50.16.19)⁷. 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

⁵ Véase, en general, a ESBORRAZ, *Contrato y sistema ...*, cit., pp. 45 ss.

⁶ Sobre la “sinécdoque” se remite, entre otros, a MONATERI, P. G., *La sinécdoche. Formule e regole nel diritto delle obbligazioni e dei contratti*, Milán, Giuffrè, 1984, *passim*.

⁷ Acerca de la noción labeoniana de contrato véase GALLO, F., “Contrato y acto en Labeón: una doctrina para reconsiderar”, en ESBORRAZ, D. F. (comp.), *Sistema jurídico latinoamericano y derecho de los contratos*, México, Porrúa, 2006, pp. 17 ss. y ESBORRAZ, *Contrato y sistema ...*, cit., pp. 52 ss. y 240 ss., e ID., *Vicisitudes del contrato en la tradición romanística: sus proyecciones en el derecho latinoamericano*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2020, pp. 38 ss. y 189 ss.

Civil italiano⁸, 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.

IV. La clasificación de los contratos, que en verdad podría considerarse una “definición por división”, suscita algunas consideraciones

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 siempre 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 (el que, sin embargo, sería derogado por efectos de la unificación del régimen de los contratos civiles y comerciales y su sola regulación por parte del Código Civil). 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 exigencia 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 fe⁹.

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 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 si hacía, por lo menos parcialmente, el artículo 499 del Proyecto de 1983). El segundo problema está representado por el

⁸ Véase, otra vez, ESBORRAZ, *Vicisitudes del contrato en la tradición romanística* (...), cit., pp. 220 s.

⁹ 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, pp. 411 ss.

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 esos usos y costumbres a las reglas generales en materia de obligaciones y contratos.

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 también entre estas 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, los contratos de consumo, de los artículos 531-532, etc.

V. El tratamiento que el Proyecto da a la interpretación del contrato también amerita algunas reflexiones

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)¹⁰, 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 reconocen a la expresión “interpretación razonable” (ajena, en principio, a la tradición jurídica romanista que para tal efecto, acude en cambio al núcleo de valores que evoca la buena fe; mientras que la “razonabilidad”, 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 razonabilidad¹¹; de modo tal que no pueda confundirse la buena fe en función interpretativa con los criterios interpretativos, ni con las técnicas de interpretación¹², que también guían al intérprete en la búsqueda del alcance de la regla contractual¹³.

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”, criterio claramente subjetivo, se dice en el art. 512¹⁴ que en ella deben apreciarse los actos propios y

¹⁰ 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”.

¹¹ 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; CHINCHILLA IMBETT, *La vigencia del Código Civil de Andrés Bello* (...) cit., pp. 233 ss.

¹² 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.

¹³ Véase, sobre este particular, ESBORRAZ, D. F., “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; CHINCHILLA IMBETT, *La vigencia del Código Civil de Andrés Bello* (...) cit., pp. 41 ss.

¹⁴ 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

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)¹⁵; 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 el cumplimiento e incumplimiento de sus obligaciones” no parecen criterios suficientes para interpretar una cadena contractual¹⁶.

En materia de cláusulas unilateralmente predisuestas, atécnicamente denominadas en el proyecto “cláusulas insertas por uno de los contratante”¹⁷, 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 incompatibles¹⁸.

VI. 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 lo problemática del desequilibrio sobrevenido debe tratarse dentro del ámbito de los riesgos, que no siempre admite la solución salomónica que propone la norma: “[d]istribución equitativa de los perjuicios”, pues este es apenas uno de los múltiples criterios que la

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”.

¹⁵ 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”.

¹⁶ Véase, en este sentido, RODRÍGUEZ OLMOS, J. M., “La arquitectura de la hermenéutica contractual en el Código Civil de Andrés Bello: vigencia y transformaciones”, en NAVIA ARROYO; CHINCHILLA IMBETT, *La vigencia del Código Civil de Andrés Bello (...)* cit., pp. 289 y ss.

¹⁷ 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”.

¹⁸ 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. M., “¿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, ANABEL Y FORTICH, SILVANA (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), pp. 281 y ss.

tradición romanista 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 negocial 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 criterios¹⁹.

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 500²⁰.

Asimismo, desconoce el citado artículo que el punto central de esta problemática reside en la preservación del equilibrio y no en la imprevisión²¹. 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 de 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 la 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 *inexigibilidad*²².

VII. La atribución del riesgo de pérdida de la cosa debida al vendedor (dueño) a la vez que se mantiene los frutos en favor del comprador desconoce la regla de equidad: *commudum-incommudum*

No podemos dejar de mencionar la desafortunada elección de los redactores en materia de riesgo de pérdida de la cosa debida que en el artículo 461²³ (cambiando la sabia norma de Bello, que siguiendo la tradición romana, ponía el riesgo en cabeza del comprador) fue trocada por la norma que pone el riesgo en cabeza del vendedor con la simplista lógica del *dannum 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),

¹⁹ 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”, en *Roma e America Diritto romano comune. Rivista di diritto dell'integrazione e unificazione del diritto in Europa e in America Latina*, 21 (2007), publicado igualmente en la *Revista de Privado*, Universidad Externado de Colombia, 15 (2008), 59-108.

²⁰ Sobre este particular CHINCHILLA IMBETT, C. A.; NEME VILLARREAL, MARTHA L., “El cumplimiento del contrato de arrendamiento en tiempos de pandemia”, en FERNÁNDEZ MUÑOZ, M. L.; 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, pp. 45-64.

²¹ Véase 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”, en AA.VV., *Vulnerabilidad, solidaridad y pandemia. Algunas reflexiones desde el derecho civil*, Revista de Derecho Privado, web., Universidad Externado de Colombia, 2020, pp. 205-228.

²² 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 competentes, a menos que la demora justifique la terminación del contrato./La parte afectada hará uso de lo anterior comunicándoselo 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”.

²³ Artículo 461: “El riesgo de las cosas que se deben hasta su entrega es siempre a cargo del deudor, salvo que el acreedor se constituya en mora de recibirla, el pericimiento sea imputable al acreedor o haya pacto en contrario”.

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 riesgos²⁴. En el Proyecto, en cambio, se asignan los riesgos al vendedor (dueño) y los frutos al comprador (art. 717) configurándose así una cabal inequidad²⁵.

VIII. La carencia de explicitación de los fundamentos epistemológicos del Proyecto dificultan la comprensión de las elecciones sistemáticas de los redactores y el análisis de las implicaciones que ellas tienen en nuestra cultura jurídica

Finalmente, debemos resaltar una crítica que ha sido persistente y, es el hecho de que nada dicen los autores del Proyecto acerca de las fuentes de sus disposiciones; el proyecto no está acompañado de una fundamentación o de una exposición de motivos, ni de notas explicativas de las normas proyectadas, abandonando la metodología que en cambio guio a la primera generación de Códigos Civiles latinoamericanos, cuyos paradigmas fueron los proyecto de Andrés Bello, Augusto Teixeira de Freitas y Dalmacio Vélez Sársfield y que luego recientemente han seguido varios de los instrumentos de armonización del derecho de contratos. Y esta carencia no se advierte con el ánimo de aferrarnos a una interpretación exegetica, impensable ya desde hace mucho tiempo, sino en la sentida necesidad de comprender las elecciones sistemáticas de los redactores, su consonancia o no con nuestra tradición jurídica y las implicaciones que ellas tienen en nuestra cultura jurídica; lo cual lejos de entorpecer una eventual y futura interpretación, no haría más que enriquecer el debate, poner en contexto el eventual código en el marco no solo del derecho europeo sino del derecho latinoamericano, lo que permitiría establecer las posibles líneas de armonización con este, pues por ejemplo, a simple vista no se advierte, en esta materia, una influencia directa de las dos codificaciones civiles más nuevas de América Latina, es decir, el Código Civil brasileño de 2002 y el Código Civil y Comercial argentino de 2014, los que tanto en su contenido como en su sistemática aparecen —en general— completos, actuales y ordenados y, en cambio, sería deseable conocer si tal conexión existe o las razones por las que se decidió apartarse de estos u otros modelos.

²⁴ Véase NEME VILLARREAL, “Los principios generales del derecho y el problema de los riesgos por pérdida de la cosa debida”, cit. 59-108.

²⁵ 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” y 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”.

14. EL INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL Y SUS CONSECUENCIAS EN EL PROYECTO DE REFORMA DEL CÓDIGO CIVIL: LUCES Y SOMBRAS

ISUÉ VARGAS BRAND*

«Nos encontramos donde no hay oscuridad»
George Orwell, 1984.

I. Introducción

La Universidad Nacional de Colombia, recientemente, ha publicado el Proyecto de reforma de Código civil (en adelante, PRCC), que, en materia de obligaciones y contratos, unifica el régimen civil y comercial.

La reforma trae sugerentes novedades con relación a la disciplina del incumplimiento y sus consecuencias que, si bien logra muchos aciertos, en algunas de sus reglas *no* cuenta con una regulación sistemática y coherente, lo que produce oscuridades e inconsistencias entre los propósitos y las instituciones del moderno Derecho de contratos que se pretende adoptar y las instituciones tradicionales que se mantienen.

En este trabajo, en *primer lugar*, contextualizaré los procesos de (re)codificación que estamos viviendo actualmente en mundo. Luego acotaré lo que debe entenderse por el método de la “modernización del Derecho de contratos”, para proyectarlo en el PRCC. En *segundo lugar*, me referiré a ciertas cuestiones críticas que trae el PRCC, en torno al nuevo sistema de responsabilidad contractual (cumplimiento, incumplimiento y remedios).

II. Codificación y modernización del derecho de contratos

En la modernidad estamos inmersos en una *sociedad líquida* (en términos del sociólogo y filósofo polaco Z. Bauman), en donde las ideas, identidades y pensamientos políticos se vuelven frágiles y, en este sentido, se encuentran constantemente sometidos a transformaciones (fluidez). En otras palabras, la modernidad líquida se asocia a la levedad de sus postulados¹.

Con relación a la codificación, Savigny, uno de sus máximos ideólogos de la tradición del Derecho continental romano-germano, sostenía que la excelencia de la realización de un Código se da en contadas épocas maduras de la sociedad, y que la capacidad de reformas legislativas depende de una formación (“sólida”) *histórica y sistemática* de nuestros juristas².

Pues bien, en este escenario de “modernidad líquida”, parece estar desencadenándose una “segunda” era de reformas a los códigos civiles en el mundo. Sin embargo, la experiencia enseña que ello se ha dado apelando a no renunciar a nuestros

* Profesora de la Universidad Sergio Arboleda. Abogada de la Universidad Sergio Arboleda. Magistra en Derecho privado de la Universidad Carlos III de Madrid (España). Doctora en Derecho *Summa Cum Laude* por la Universidad Autónoma de Madrid (España). Este documento es el resultado de investigación del API «Crisis de la justicia», clúster: constitución, modernización e innovación del Derecho privado, de la Universidad Sergio Arboleda.

¹ BAUMAN, Z., *Modernidad líquida* [trad. M. Rosenberg], México, FCE, 2003.

² THIBAUT/SAVIGNY. *La codificación: una controversia programática basada en sus obras: sobre la necesidad de un derecho civil general para Alemania y de la vocación de nuestra época para la legislación y la ciencia del derecho. Con adiciones de los autores y juicios de sus contemporáneos* [trad. J. Díaz García], STERN, J. (ed.), Madrid, Aguilar, 1970, p. 23.

postulados más sólidos del Derecho civil³. Es así como debe desenvolverse un *sereno, coherente, útil y sistemático* proceso de reforma de la obra maestra del Código Civil de D. Andrés Bello, adoptado en Colombia en 1887. Lo anterior, teniendo en cuenta la experiencia (*pros y contras*) de las reformas, o proyectos de reformas, de los países referentes para nuestra cultura jurídica, así: la reforma del BGB alemán y su modernización en obligaciones y contratos (en 2002), la del Código Civil francés, en materia de obligaciones y contratos (en 2016), la del Proyecto español de Modernización del Código Civil en materia de obligaciones y contratos (de 2009) y el Anteproyecto de Ley de reforma al Código Mercantil español (2014) y, en Latinoamérica, la reforma del Código Civil de Brasil (en 2002) y el Código Civil y Comercial de Argentina (en 2014).

Dicho lo anterior, debemos entonces delimitar lo que, en la corriente internacional reformadora de los códigos civiles, se ha conocido como la “*Modernización del Derecho de obligaciones y contratos*” (expresión que también se ha empleado en el Preámbulo del PRCC).

Al respecto, Luis Díez-Picazo y Ponce de León, prologando el libro *La modernización del Derecho de obligaciones* (2006), del profesor Antonio Manuel Morales Moreno (dos grandes exponentes de la corriente modernizadora en España, cuya doctrina ha trascendido a Latinoamérica), señaló que la corriente modernizadora *no* consiste en simplemente dar un aspecto actual al Derecho de obligaciones (en el significado más literal de la palabra), sino que consiste en algo mucho más amplio: “hay problemas de interna coherencia del conjunto normativo, que, sin alterar los designios políticos que en él puedan existir, permitan entenderlo mejor y aplicarlo más adecuadamente. Es casi seguro que el estado actual de nuestro Derecho de obligaciones aconseja alguna reforma que lo ponga en consonancia con los últimos textos europeos”⁴.

En esta misma línea, considero que la *Modernización del Derecho de Contratos* en Colombia debe tratarse de un estudio profundo que reflexione sobre las figuras más relevantes de la teoría general del contrato. En donde, por un lado, se realice una lectura coherente y sistemática que permita la unificación de los regímenes de los códigos Civil y de Comercio. Y, por otro lado, se pongan en consonancia las clásicas instituciones con los instrumentos internacionales de armonización de Derecho de los contratos⁵, en donde se plasman los principios del denominado Moderno Derecho de Contratos. Estos instrumentos, además de representar un *deseable* acercamiento entre las tradiciones del *Common Law* y el Derecho continental, disciplinan de forma ordenada, simplificada y pragmática el cumplimiento (vinculación) contractual, el incumplimiento y sus consecuencias (remedios).

En definitiva, se trata, en palabras de Morales Moreno, de “un método de modernización de los ordenamientos, que siguen bebiendo de la fuente de los códigos decimonónicos, no traumático; que opera paulatinamente de modo eficaz mediante la acción de la jurisprudencia, *corrigiendo lo que es preciso corregir, sin destruir lo que conviene respetar*” (cursiva mía).⁶ A ello, cabe advertir que dicho método debe ser *minuciosamente aplicado*, en cuanto que *no* se trata solo de adoptar lo “moderno” y sumarlo a lo tradicional, cuando ambas posturas pueden ser redundantes o, *lo que es peor*, ser incompatibles, sino más bien se

³ Sobre las implicaciones de la sociedad líquida y el paso a una sólida (re)codificación, *vid.* GARCÍA RUBIO, M. P., “Sociedad líquida y codificación”, *Anuario de Derecho Civil*, 69, 3 (2016), 756.

⁴ Díez-PICAZO, L. “Prólogo”, en MORALES MORENO, A. M., *La modernización del derecho de obligaciones*, Madrid, Thomson Civitas, 2006, p. 11.

⁵ Me refiero a la Convención de Viena sobre compraventa Internacional de Mercaderías de 1980 (en adelante, CISG), Derecho vigente en nuestro país desde 2002, los Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales (en adelante, Principios UNIDROIT), los Principios Europeos del Derecho de contratos (en adelante, PECL), los Principios Latinoamericanos de Derecho de los contratos (en adelante, PLDC), entre otros.

⁶ MORALES MORENO, A. M., “Prólogo”, en VIDAL OLIVARES A.; DE LA MAZA GAZMURI, I., *Derecho de los Contratos*, Bogotá, Astrea, Universidad Sergio Arboleda, 2017, p. VIII.

trata de lograr un cuerpo normativo coherente y sistemático, entre lo tradicional y lo que se considera “moderno”; sea porque lo haya actualizado nuestra jurisprudencia, o sea porque se estime más conveniente para el tráfico económico actual y la seguridad jurídica.

Al respecto, el PRCC parece seguir línea de la “Modernización del Derecho de obligaciones y contratos”. Sin embargo, como me referiré en detalle en los posteriores apartados, la mezcla entre lo tradicional y lo que se considera moderno en el PRCC nos arroja aciertos (luces), pero algunas incompatibilidades y oscuridades normativas (sombras).

Además, he de aclarar, como ya ha advertido alguna parte de la doctrina colombiana, en varios escenarios académicos, que es difícil evidenciar realmente sus fuentes de inspiración, pues el PRCC carece de una Exposición de Motivos y/o comentarios a las normas, que nos permita seguir la línea dogmática de sus previsiones. Por ejemplo, hace falta una exposición de sus lineamientos ideológicos y políticos generales, una justificación de la reforma del Derecho contractual colombiano con respecto a su eficacia en el tráfico económico actual, las razones del por qué ello nos aumentaría la seguridad jurídica, las fuentes de inspiración *ius comparatista* de varias de sus novedosas disposiciones, entre otras cuestiones que se precisan en una reforma de este nivel.

III. Contenido del contrato e interés de satisfacción del acreedor

Una lectura sistemática del *cumplimiento, el incumplimiento contractual y sus consecuencias*, pasa por definir primero el contenido del contrato. Es decir, se debe partir por cuestionarnos *¿a qué obliga el contrato?* o, si se prefiere, *¿a qué se obliga el deudor?*

3.1. Definición de prestación en el PRCC

Al respecto, lo primero que encontramos en el PRCC, en el Libro III («De las obligaciones»), es la definición de prestación, en su artículo 432:

En virtud de la obligación, el deudor tiene el deber de cumplir una determinada prestación a favor del acreedor o de terceros. *Toda prestación debe ser susceptible de satisfacer un interés del acreedor.* El interés puede consistir en meras ventajas intelectuales o morales. La prestación también puede consistir en una omisión (cursiva mía).

Como se puede apreciar, al igual que el nuevo modelo francés, se optó por reemplazar la clásica división tripartita de las prestaciones de dar, hacer y no hacer (art. 1495 CC), por una noción general de prestación. El PRCC habla de la *satisfacción de un interés del acreedor*. Ello, lo podemos entender como un ensanchamiento del contenido prestacional de la obligación, a otros deberes y garantías. Sin embargo, el mismo PRCC no delimita ese interés de satisfacción.

En este entendido, el PRCC *podría aclarar* que el contenido vinculante de la obligación no se agota en el deber de conducta del acreedor (dar, hacer y no hacer), sino en una garantía de satisfacción del acreedor, que incluye hechos o situaciones futuras, riesgos que, por el ámbito de control, haya asumido el deudor, y también opera en casos *de imposibilidad inicial o sobrevenida*, tal como explicaré a continuación. En el fondo, desde esta base debe desenvolverse el cumplimiento, incumplimiento y la aplicación de los remedios. Es decir, sobre la idea del “propósito práctico del contrato”⁷ o garantía de resultado del interés de satisfacción del acreedor.

⁷ Acuñada por Federico de Castro y Bravo en 1971, en su teoría del negocio jurídico. DE CASTRO Y BRAVO, F., *El negocio jurídico*, Madrid, Civitas, 1971, §§ 33 y 34.

3.2. Incoherencia en la regulación de la imposibilidad inicial del PRCC

Decía que el PRCC parece reconocer un contenido de la obligación más amplio, en términos de satisfacción del interés del acreedor; no obstante, ello no guarda coherencia con la regulación de la imposibilidad inicial. Veamos:

El artículo 496 establece:

Quien, en el momento de la celebración de un contrato, conoce o está en capacidad de conocer la imposibilidad de la prestación, o la hace imposible después de celebrado el contrato, está obligado a la indemnización del daño que la otra parte sufra. No se produce la obligación de indemnización si la otra parte conoció la imposibilidad. Lo mismo procede si la prestación es imposible en parte considerable. Lo expuesto en relación con la imposibilidad de la prestación, se aplica a los casos en que el contrato resulta inválido en razón de algún vicio o irregularidad. La imposibilidad de la prestación no se opone a la eficacia del contrato, si puede ser superada y el contrato se ha concluido para el caso de que la prestación llegue a ser posible.

La anterior disposición presenta incoherencias, en el entendido que, la operatividad de la garantía de resultado, que no se agota en la conducta del deudor, hace que en los casos de imposibilidad, inicial o sobrevenida, no se hable de nulidad del contrato, sino que, en armonía con la visión de la satisfacción del interés del acreedor (que el mismo PRCC dispone), en la medida que el deudor asume la posibilidad de cumplimiento, o por las circunstancias ello le sea imputable, *se aplique el régimen del incumplimiento* (por ej. el caso de la casa incendiada que se vende, que puede llegar a una resolución e indemnización contractual por el equivalente pecuniario y los otros daños) [Cfr. *infra* (IV)]. En efecto, la sola imposibilidad no anula el contrato, con independencia de que existan otros motivos de anulación⁸.

Por tanto, el artículo 496 PRCC es notoriamente incompatible con su propia visión moderna, en *primer lugar*, porque parece reconocer una indemnización del daño (no sabemos si es la contractual). En *segundo término*, señala que esta disposición es aplicable en casos *en los que el contrato resulta inválido por vicio o irregularidad*. Y, en *tercero*, dispone que la imposibilidad no se opone a la eficacia, si esta puede ser superada (caso en donde no aplica el ejemplo de la casa incendiada). Por lo que podemos concluir que, en contra del postulado de satisfacción del acreedor, cuando el riesgo de la imposibilidad se pueda asignar al deudor, el PRCC *habla de invalidez contractual* y “reparación de daños”, dejándonos además una cuestión abierta: *¿a qué tipo de indemnización se refiere?*

3.3. La integración del contrato y la buena fe

El PRCC, al igual que el actual CC, nos proporciona algunas reglas sobre la integración del contrato, a través del principio de la buena fe (art. 506 PRCC) (art. 1603 CC). Por ejemplo, se integran cláusulas al contrato que, si bien no son acordadas por las partes dentro del ámbito de la autonomía de la voluntad (art. 505 PRCC), se entienden incorporadas. Así, por ejemplo, aquella información que ha generado en el acreedor una confianza digna de protección jurídica, como la incorporación de la publicidad al contrato con consumidores, que genera responsabilidad contractual (y antes se canalizaba más a través de la responsabilidad precontractual, el error, o la responsabilidad por culpa *in*

⁸ *Vid.* FENOY PICÓN, N., “La revisión del tratamiento de la imposibilidad inicial y del error en los contratos, a través del análisis de diversos textos jurídicos”, *ADC* 70, 2 (2017), 473-785.

contrabando)⁹. Asimismo, el PRCC incorpora la información precontractual, por parte del productor o proveedor a un consumidor, al contrato (art. 508 PRCC).

3.4. La regulación del cumplimiento de las obligaciones

Sobre las particulares reglas del cumplimiento o pago de las obligaciones no me voy a detener, pues no se advierten sustantivos cambios respecto de lo dispuesto en el Código civil (arts. 1627 y 1627 CC).

Simplemente aquí quiero llamar la atención sobre que las reglas del cumplimiento (arts. 624 y ss. PRCC) se encuentran dispuestas posteriormente a la regulación del incumplimiento y sus consecuencias. Esto no parece seguir un orden lógico de regulación normativa, pues *¿cómo hablar de incumplimiento* (arts. 565 y ss. PRCC) *si no se ha tratado previamente el correcto cumplimiento de las obligaciones?*

IV. Incumplimiento (responsabilidad contractual en sentido amplio): aciertos e incompatibilidades en el PRCC

Es más que aceptado por la doctrina, desde el fenómeno de la CISG y los demás instrumentos de armonización del Derecho de contratos que, *la primera premisa* de la disciplina del incumplimiento contractual en su *regulación unitaria*, en el sentido de que cualquier desviación del programa contractual debe considerarse *incumplimiento*. Este es el elemento común a un conjunto de remedios de los que dispone el acreedor, en caso de *inejecución de la obligación, imposibilidad de la prestación, sobrevenida o inicial, retraso, cumplimiento defectuoso —que incluye la evicción y las cargas o vicios ocultos del régimen especial de la compraventa—* (vid. por ej. art. 7.1.1. Principios UNIDROIT y art. 86 PLDC)¹⁰.

A esta regulación unitaria del incumplimiento se le ha denominado: *nuevo sistema de responsabilidad contractual* (en sentido amplio), que la diferencia de la responsabilidad contractual (en sentido estricto), que se asocia a la indemnización de daños y perjuicios.

Es importante saber que este sistema llega a la CISG (que influencia los demás textos de armonización que le siguieron, como los Principios UNIDROIT) quizá por la gran influencia de los redactores pertenecientes al Derecho anglosajón, en donde se tiene concepción omnicomprendensiva, simplista y neutra de incumplimiento (*breach of contract*) —al margen de la culpa—, generando una responsabilidad objetiva del deudor y dando al acreedor varias opciones del sistema de remedios¹¹.

Esta línea de regulación unitaria podría ser la que sigue el PRCC, en sus artículos 565 y 567, cuando tratan la disciplina del incumplimiento como la “[i]nejecución y ejecución tardía” y su sistema de remedios. Así, el artículo 565 dispone:

Artículo 565. El deudor no cumple la obligación cuando directamente o por conducto de terceros autorizados no realiza las prestaciones a su cargo o cualquier otro de los deberes que se derivan de la

⁹ Al respecto, *vid.* el reciente trabajo de MORALES MORENO, A. M., “Concreción jurisprudencial de la regla general de integración del contrato mediante la publicidad, fundada en el principio de buena fe”, *ADC* 73, 3 (2020), 983-1065.

¹⁰ En la doctrina, PANTALEÓN PRIETO, A. F., “Las nuevas bases de la responsabilidad contractual”, *ADC*, 46, 4 (1993), 1721; MORALES MORENO A. M., *Claves de la modernización del Derecho de contratos*, Bogotá, Ibañez, Centro de Estudios de Derecho Comparado, 2016, pp. 90-91; OVIEDO ALBÁN, J., *Falta de conformidad y subsanación en la compraventa internacional*, Bogotá, Ibañez, Centro de Estudios de Derecho Comparado, 2019; DE LA MAZA GAZMURI, I.; VIDAL OLIVARES, A., *La Modernización del Derecho de Contratos*, Bogotá, Ibañez, Centro de Estudios de Derecho Comparado, 2019, pp. 131 y ss.

¹¹ UK: TREITEL, G. H., *The Law of Contract*, 14 ed., Londres, Sweet & Maxwell, 2015, p. 928. EEUU: SCOTT, R.; KRAUS J., *Contract Law and Theory*, 5 ed., LexisNexis, 2013, p. 778.

relación obligatoria pertinente. Lo será también cuando el cumplimiento es defectuoso, o no conforme o imperfecto, o se niega definitivamente a efectuar el cumplimiento acorde, o no lo hace en el plazo correspondiente. Se presume que el cumplimiento de la prestación es correcto. Corresponde, por tanto, al acreedor probar que el cumplimiento no ha sido el debido. Habrá incumplimiento cuando sea previsible que la parte no cumplirá y no otorga una garantía adecuada dentro del plazo razonable concedido por el acreedor.

Lo anterior no es nuevo en nuestro ordenamiento, por cuanto la jurisprudencia también ha tomado esta postura “omnicomprensiva” del incumplimiento (*por ej.* la Sentencia C.S.J de 13.12.2019), haciendo una aplicación sistemática de las reglas del cumplimiento (art. 1626 CC), como una frustración del acreedor, por no recibir la satisfacción de su crédito “bajo todos los aspectos de conformidad al tenor de la obligación” (art. 1627 CC), lo que incluye el retraso y el cumplimiento defectuoso.

Sin embargo, *lamentablemente*, el PRCC (en sus arts. 737 y ss.) *no* parece percatarse de que *el nuevo tratamiento unitario de la disciplina del incumplimiento absorbe los saneamientos por vicios ocultos del régimen especial de la compraventa* (como se ha hecho en todos los textos de armonización del Derecho de contratos, como la CISG o Principios UNIDROIT)¹². Por tanto, se presenta una *fuerte incompatibilidad* de la acción redhibitoria (extinción de la venta) con los remedios del incumplimiento (responsabilidad contractual) dispuestos en la parte general.

Del mismo modo, cabe apuntar que la *rebaja del precio*, contenida en el régimen de la compraventa (art. 737 PRCC), *redundantemente*, se encuentra generalizada a la todos los incumplimientos contractuales, en el artículo 569 (4) PRCC.

V. Remedios del incumplimiento: luces y oscuridades

Como ya adelanté, una consecuencia de lo visto en el apartado anterior es que el incumplimiento pone a disposición del acreedor un sistema de *remedios*, orientados a producir la satisfacción del interés del acreedor¹³.

La terminología novedosa para nuestro léxico jurídico de “remedios”, como señalé en una publicación previa, proviene de los *remedies* del Derecho anglosajón y, en la actualidad, se suele emplear significando el Derecho de contratos, no como un sistema preventivo-sancionatorio, sino más bien como un sistema que restablece el derecho de crédito lesionado [en el Derecho anglosajón se asocia a la reparación del núcleo del Derecho de contratos, que es el *expectation interest* (dejar al acreedor en la posición económica que tendría si el contrato se hubiese cumplido de conformidad)]¹⁴.

En este aspecto, el PRCC acoge esta terminología y el nuevo sistema de responsabilidad contractual, pues ante el incumplimiento pone a disposición del acreedor cualquiera de los remedios previstos en los artículos 569 y ss. PRCC (*vid.* art. 568 PRCC).

Antes de referirme a los remedios del PRCC, debo anotar que el incumplimiento ofrece al acreedor la suspensión del contrato (excepción de contrato no cumplido; art. 1609 CC); sin embargo, ello se configura, no como un remedio, sino como una excusabilidad del cumplimiento, al igual que en los Principios UNIDROIT (art. 7.1.3).

¹² Para un análisis sistemático del fenómeno de la falta de conformidad como alternativa a los saneamientos por vicios ocultos en el Derecho colombiano, *vid.* OVIEDO ALBÁN, J., “La falta de conformidad como alternativa a las problemáticas de los vicios ocultos y una propuesta para el derecho colombiano”, en CASTRO DE CUFENTES, M. (ed.) *Anuario de Derecho privado* 1 (2019), Universidad de los Andes, 109-152.

¹³ MORALES MORENO, *La modernización del Derecho de obligaciones*, cit., p. 213.

¹⁴ VARGAS BRAND, I., “Apuntes sobre el sistema de responsabilidad contractual en el proyecto de Código Civil”, Columna opinión, *Ámbito Jurídico*, 27.8.2020.

Los remedios del incumplimiento en el PRCC, conforme al artículo 569, son: la resolución, el cumplimiento, el plazo suplementario, la reducción de la prestación, la reparación o sustitución del cumplimiento y la indemnización.

Sobre los principales remedios, que son la resolución, el cumplimiento y, en especial, la indemnización, realizaré unas breves observaciones en los siguientes apartados. Por ahora, resta llamar la atención sobre lo inadecuado que es hablar del plazo suplementario como un remedio del incumplimiento (arts. 577 y 578), por cuanto considero que este debe ser visto como una figura jurídica que se da frente al incumplimiento y que permite, cuando de las circunstancias del caso sea necesario, ejercitar el remedio, sea el de la suspensión y/o sea el de la resolución, al establecer un término esencial mediante el plazo suplementario (figura originada en el Derecho alemán; la *Nachfrist*).

También, cabe advertir de lo *oscura* que resulta ser la previsión del artículo 570 PRCC, en cuanto que estima que en incumplimiento de “obligaciones no esenciales o deberes secundarios”, *únicamente* se puede acudir a la indemnización de daños y perjuicios. Entonces, nos quedan cuestiones abiertas, como: en el PRCC ¿qué se considera obligación esencial? ¿Qué la diferencia del incumplimiento esencial y la privación sustancial del propósito contractual? Por ejemplo, pensemos en el incumplimiento de un plazo no esencial: bajo estos parámetros ¿El acreedor no tendría ninguna posibilidad de ejercer la suspensión del contrato o la propia pretensión de cumplimiento? ¿*Se ha confundido ello con la ya superada mora debitoris que, como se ha visto, se configura dentro del retraso como parte del incumplimiento?*

5.1. La resolución: la omisión del requisito del incumplimiento esencial y de su desjudicialización en el PRCC

El PRCC regula la resolución como remedio del incumplimiento, en su artículo 571, en casos de incumplimiento de una *obligación no esencial*. En este sentido, desafortunadamente no acoge su aplicación ante el *incumplimiento esencial*, como se sostiene en la jurisprudencia (Sentencia C.S.J de 13.12.2019) y en la CISG (arts. 25, 51 y 64 CISG) y demás textos de la modernización del Derecho de contratos. Esto es, cuando prive sustancialmente al acreedor del propósito práctico del contrato; y ello no siempre ocurre con el incumplimiento de obligaciones esenciales, pues, puede ocurrir el fenómeno de «*esencialización del incumplimiento*», a través del plazo suplementario e insistencia del deudor en el incumplimiento de una obligación “no esencial”.

Por otro lado, el artículo 571 PRCC prevé que la resolución se efectuará previa notificación del acreedor, dando a entender que el acreedor podría ejercitarla de forma extrajudicial; pero más adelante lo contradice, en el art. 572 PRCC, cuando señala que el juez puede abstenerse de decretar la resolución.

En este respecto, debo destacar que la renovación del Derecho de contratos necesariamente pasa por la importancia que se concede a la desjudicialización; en otras palabras, la eliminación de la actuación judicial en la aplicación de ciertas reglas del contrato (postura que se ha acogido en la reforma francesa). Ello, se ha evidenciado en la posibilidad del acreedor de resolver la relación contractual y, en consecuencia, también en autorizarlo a que por él mismo pueda hacer cumplir el contrato mediante un tercero, sin previa autorización judicial (Cfr. con los engorrosos mecanismos procesales que requiere las reglas del 1610 y 1612 CC). En este sentido, se relega al juez a un papel de control judicial, por ejemplo, si una parte resuelve, este solo interviene en caso de oposición del deudor y, en este sentido, confirmará o revocará la resolución¹⁵.

¹⁵ Vid. SAVAUX, E., “El nuevo Derecho francés de obligaciones y contratos”, *ADC*, 69, 3 (2016), 735.

5.2. La pretensión de cumplimiento: sus nuevas modalidades

La *pretensión de cumplimiento* se regula en el artículo 576 PRCC. Al respecto, trae la novedad de la imposibilidad de su ejercicio ante la excesiva onerosidad de cumplimiento para el deudor, o cuando contraría la buena fe o afecte la situación personal del deudor. Ello, necesariamente remite al acreedor a acudir a otros remedios más económicos, como la resolución y la indemnización en lugar del cumplimiento (pero, insisto, carece de sentido si no se desjudicializa el remedio de la resolución).

Sin embargo, en cuanto a la pretensión de cumplimiento y su excesiva onerosidad, debe hacerse una diferenciación entre las obligaciones dinerarias y no dinerarias y, entre estas últimas, las específicas y de género. En efecto, en estas últimas residen los postulados del cumplimiento oneroso (en las específicas, hablaríamos de imposibilidad, que también pondría ser una limitación al cumplimiento, que no se ha tenido en cuenta en el PRCC) [*vid.* art. 7.2.2. Principios UNIDROIT y 94 (2) (b) PLDC].

En este mismo remedio de la pretensión de cumplimiento se conciben la reparación de defectos o sustitución del objeto por parte del deudor como modalidades modernas de la pretensión de cumplimiento, lo que, si observamos, se asocia al concepto unitario de incumplimiento, que abarca el cumplimiento defectuoso. Desafortunadamente, el PRCC las regula como si fuesen otros remedios distintos al cumplimiento (art. 569 PRCC).

VI. La indemnización de daños y perjuicios: su imputación objetiva en el PRCC

Finalmente, me detengo en el remedio de la indemnización de daños y perjuicios del PRCC, regulado en sus artículos 579 a 581.

En *primer lugar*, en su artículo 579, se advierten parámetros más objetivos de imputación del daño contractual, tales como la esfera de control del deudor. En este sentido, se resalta que, más allá de la culpabilidad, si por el contrato o las circunstancias de este se deduce que el riesgo estaba situado en la esfera de control del deudor, se le atribuye responsabilidad —obsérvese, no se exonera— (método propuesto por la CISG, art. 79).

En *segundo lugar*, el mismo artículo, mezclado con lo anterior, articula el principio de la *previsibilidad del daño*. Y aquí nos encontramos con una importante cuestión y es el *abandono del dolo* para imputar todos los daños que estuvieran fuera de la previsibilidad al tiempo de contratar (art. 1616 CC). No se sabe bien cuál es la influencia o razones dogmáticas que llevaron a eliminar la imputación de daños por dolo. Por mi parte, debo señalar que considero que el dolo sí debe tener un papel muy limitado en la responsabilidad contractual, en cuanto que quizá solo sería admisible en el hipotético caso que el deudor atentara intencionalmente contra los bienes o persona del acreedor.

En cuanto a la previsibilidad, sería deseable que se adoptara su moderna concepción del *fin de protección del contrato*, en el sentido en que los daños indemnizables sean solo aquellos que estén dentro del marco y economía del contrato¹⁶.

Una vez aplicamos el primer filtro de la previsibilidad del daño, no queda claro si el PRCC acoge también la mitigación del daño como limitación a la extensión de los daños. Al menos, desde mi perspectiva, no parece concebirla de forma clara, siendo que es bastante aceptada por la doctrina y la jurisprudencia colombianas¹⁷.

¹⁶ Al respecto, *vid.* RUIZ ARRANZ, A. I., “La doctrina del fin de protección del contrato como vía de delimitación del daño indemnizable en derecho alemán y español. Un análisis comparado”, *RJUAM*, 34, 2 (2016), 409-440.

¹⁷ OVIEDO ALBÁN, J. “Mitigación de los daños en la compraventa internacional. A propósito de Casación de la Corte Suprema de Justicia de Colombia de 16 de diciembre de 2010”, *IUSTA*, 36 (2012), 49-60.

Finalmente, considero que sería deseable adoptar *métodos de cuantificación del daño*, que facilitarían su prueba, sobre todo cuando se trate de obligaciones de género; así, por ejemplo, regular la regla del mercado y la regla de la operación de reemplazo (art. 75 y 76 CISG). Ello además fomentaría, por un lado, la desjudicialización de la pretensión de cumplimiento y, por el otro, la mitigación del daño, con un comportamiento colaborativo del acreedor frente al incumplimiento, mediante la celebración de operaciones de reemplazo¹⁸.

VII. CONCLUSIONES

El PRCC nos trae novedosas regulaciones en torno al nuevo sistema de responsabilidad contractual en el Derecho colombiano. Sin embargo, como ha quedado de manifiesto, muchas de sus reglas no guardan una coherencia sistemática, entre la idea de satisfacción del interés contractual como garantía de resultado, la vinculación contractual frente a los postulados de la buena fe y el cumplimiento conforme, con la disciplina general del incumplimiento contractual y su sistema de remedios, que, en definitiva, deben aproximarse al interés de satisfacción del acreedor y garantía de resultado del contrato, conforme a los postulados de la buena fe.

Por otro lado, conviene resaltar que el PRCC podría apuntar a promover la desjudicialización de la aplicación de las reglas del contrato, evitando litigios judiciales, que pueden socavar el interés contractual de las partes.

¹⁸ VARGAS BRAND, I., *Interés en el cumplimiento del contrato y operación de reemplazo (La influencia del modelo angloamericano)*, Tesis doctoral, Universidad Autónoma de Madrid (España), 2019, *passim*.

15. LA INEJECUCIÓN DEL CONTRATO EN EL PROYECTO DE CÓDIGO CIVIL PRESENTADO POR LA UNIVERSIDAD NACIONAL ANÁLISIS A PARTIR DE LOS DISTINTOS SUPUESTOS DE HECHO QUE COMPONEN LA INEJECUCIÓN Y LA INDEBIDA DEFINICIÓN DEL INCUMPLIMIENTO

CARLOS ALBERTO CHINCHILLA IMBETT*

I. Reflexiones preliminares

El Código Civil es la fuente normativa más importante del derecho privado, también considerado como “la constitución de las relaciones entre los privados”¹. El contenido del cuerpo normativo depende de innumerables fuentes, las cuales deben ser leídas en atención al tiempo y al espacio, a la prospectiva cultural y a la sociedad que pretende regular. Debe responder a los desafíos, a las transformaciones y a los cambios de las relaciones sociales y económicas.

El Código Civil, como instrumento por excelencia del derecho privado, al regular sus aspectos más importantes, constituye la imagen de la sociedad que disciplina². Ello implica que una intervención legislativa orientada a modificar tal derecho, a través de su código, exige comprender la sociedad colombiana en su contexto actual, que ambiciona garantizar los derechos de los que son titulares las personas desde una visión que trasciende lo privado, con una lógica de equidad, buena fe, dignidad, solidaridad. Además, deben considerarse las necesidades del mercado, de conformidad con las exigencias y finalidades de los derechos fundamentales, en últimas, en consonancia con los valores constitucionales. La construcción de institutos cuya finalidad práctica es la competitividad en una sociedad globalizada debe atender a la tutela de la persona y al buen funcionamiento de las relaciones negociales. La protección de la libertad contractual debe ir acompañada de los principios constitucionales; y no puede perderse de vista la función social y ecológica de la propiedad y la trascendencia que ella tiene en el entendimiento de otras categorías del derecho civil, como en materia de responsabilidad y contratos³.

La intervención legislativa no debe tener como base un discurso descriptivo, sino más bien uno que atienda a los problemas de manera integral, con la finalidad erigirse en instrumento de unidad y transformación, que sirva de solución a las dificultades y entienda las dinámicas que tienen los particulares en sus relaciones privadas⁴. Esta labor requiere del jurista, quien -utilizando la ilustración del profesor Guido Alpa- necesita, por una parte, un telescopio, que le permita individualizar las finalidades generales, la estructura en su conjunto, los principios generales que orientan la sistemática del Código; por otra, un microscopio, para entender la dinámica del caso concreto y descifrar sus reglas; y por

* Profesor del Departamento de Derecho Civil de la Universidad Externado de Colombia. Doctor en Derecho Civil de la Universidad de Génova, Magíster en Sistema Jurídico Romanístico, Unificación del Derecho y Derecho de la Integración de la Universidad de Roma “Tor Vergata”. Abogado de la Universidad Externado de Colombia. Contacto: carlos.chinchilla@uexternado.edu.co

¹ CHINCHILLA IMBETT, C. A., FORTICH, S., RODRÍGUEZ OLMOS, J.; RUEDA, N., “La reforma del Código Civil colombiano: Quo vadis?”, en: <https://observatoriocodigocivil.uexternado.edu.co/2020/09/15/la-reforma-del-codigo-civil-colombiano-quo-vadis>. (fecha de consulta 15 de septiembre de 2020).

² ALPA, G., *Cos'è il diritto privato*, Bari, Laterza, 2015, p. 2.

³ CHINCHILLA IMBETT, C. A., “Presentación”, en CHINCHILLA IMBETT, C.A.; NAVIA ARROYO, F. *La vigencia del código civil de Andrés Bello. Análisis y prospectivas en la sociedad contemporánea*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2019, p. 11-16.

⁴ ESBORRAZ, D. F., “El código civil de Andrés Bello como punto de partida para la armonización/unificación del derecho de las obligaciones en América Latina”, en CHINCHILLA IMBETT; NAVIA ARROYO, *La vigencia del código civil de Andrés Bello* (...) cit., p. 41 y ss.

último, un caleidoscopio, porque el derecho civil requiere de la sensibilidad, de la variedad y de la interdisciplinariedad para el análisis de los supuestos de hecho de que se ocupa. El jurista debe servirse de todos esos instrumentos, porque el derecho civil es al mismo tiempo un derecho sabio, técnico, jurisprudencial, variado, apasionante, complejo y fascinante⁵.

El incumplimiento del contrato constituye un ejemplo estupendo como categoría para cuyo análisis el jurista necesita de telescopio, microscopio y caleidoscopio. En el presente comentario solo se pretende analizar el concepto de inejecución adoptado en el proyecto de código civil presentado por la Universidad Nacional y la importancia de considerar aquellos elementos que permitan una definición que responda a nuestra tradición civil.

I. El artículo 565 del Proyecto confunde la categoría inejecución con incumplimiento, lo cual no permite evidenciar los múltiples supuestos que contiene la inejecución del contrato

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 artículo 565 del proyecto de código civil presentado por la Universidad Nacional consagra, según su rúbrica, la inejecución y la 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 e impone la carga de probar el incumplimiento al acreedor; y, finalmente, se establece la figura del “incumplimiento previsible” o “incumplimiento anticipado”.

El artículo define la inejecución a partir de las tipologías que están previstas para el incumplimiento en los artículos 1613 y 1614 del Código Civil colombiano. En ese sentido, el artículo se equivoca al equiparar la inejecución con el incumplimiento y desconocer así los matices que comprende la inejecución como una categoría más amplia. Además, la norma en comento incluye aspectos que no deberían hacer parte de una definición, como lo es una regla general de la carga de la prueba del incumplimiento, pues 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.

En particular, la inejecución del contrato es un supuesto de hecho al que el contrato se enfrenta luego de su celebración, pues su acaecimiento representa que el programa contractual que las partes han diseñado o no se realizó, o está bajo amenaza de no realizarse definitivamente. Por ello, es importante revisar la figura de la inejecución del contrato como una macro categoría que comprenda los distintos supuestos de hecho de la no realización del contrato, pues cada supuesto se configura de manera distinta y de conformidad debería tener una respuesta por parte del ordenamiento, en atención a las particularidades de la inejecución y de la sustancial tutela de las partes contratantes.

En ese orden de ideas, frente a la inejecución del contrato, el operador jurídico tiene una pregunta por realizarse: el porqué de la inejecución. El cuestionamiento es importante en cuanto la inejecución del contrato y la insatisfacción del acreedor no pueden ser considerados como un sinónimo de incumplimiento⁶. Existen muchos matices en materia de inejecución que surgen por la respuesta a la cuestión planteada: si la inejecución se debe a un hecho o culpa imputable al deudor, en cuanto no existe una causal de exoneración de su comportamiento o una causa justificativa de la falta de inejecución,

⁵ ALPA, *Cos'è il diritto privato*, cit., p. 4.

⁶ HINESTROSA, F., *Tratado de las obligaciones. Concepto, estructura, vicisitudes*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007, p. 241.

entonces, nos encontraríamos en el supuesto de un verdadero incumplimiento, cuya problemática se resuelve en el ámbito de la responsabilidad civil. En cambio, si la inejecución del contrato no le es imputable al deudor, pues intervino una causa extraña, es decir, un hecho que imposibilitó la ejecución de la prestación por parte del deudor, entonces, nos encontraríamos en una imposibilidad sobrevenida, la cual produce la extinción de la prestación y la consecuente liberación del deudor, y los problemas sobre este tipo de inejecución se realizan en el campo de la teoría de los riesgos y no en el escenario de la responsabilidad civil⁷. Finalmente, existe un conjunto de supuestos de hecho intermedios entre el verdadero incumplimiento y la imposibilidad sobrevenida, como son aquellos de la excesiva onerosidad sobrevenida y la inexigibilidad de la prestación por situaciones no patrimoniales sobrevinientes del deudor.

Estas distinciones permiten reconocer nuestra tradición civil y las vicisitudes en materia de inejecución que han surgido por la fuerte influencia de los valores constitucionales en las relaciones entre los privados. Por una parte, nuestra tradición jurídica distingue entre *impossibilis* y *difficultas*: *Impossibilis* como aquellos eventos sobrevenidos sobre la prestación en términos de impedimento total, objetivo, liberatorio y causa de extinción de la obligación⁸; en cambio, *difficultas* como aquellas circunstancias generadoras de la inejecución que son eventos imputables al deudor o que se encuentran dentro de la órbita de situaciones que le podrían ser impuestas debido a las circunstancias⁹.

Por otra parte, es ampliamente reconocida jurisprudencial y doctrinalmente la excesiva onerosidad, en virtud de la cual, surgen eventos no imputables constitutivos de una mayúscula onerosidad, de situaciones relevantes para los efectos del cumplimiento, pero que no dan lugar a la imposibilidad, en las que tiene plena operatividad la cláusula de *rebus sic stantibus*¹⁰. Igualmente, no dejan de presentarse algunos casos, por lo general, no regulados en nuestro ordenamiento, en los que la inejecución del contrato se presenta debido a circunstancias sobrevenidas extremas, que jamás podrían considerarse como una *alea* propia del contrato, pero que se encuentran estrechamente ligadas a la persona del deudor¹¹, como ha sucedido en la experiencia colombiana cuando se declaran inexigibles las prestaciones del deudor que se encuentra en situaciones particularmente difíciles, como la dificultad de cumplimiento a la que se ven enfrentados deudores con gravísimas enfermedades como el Sida (T-170 de 2005) o padres de familia que se encuentran en dificultad de pagar las mensualidades del servicio educativo de sus hijos a causa de una grave enfermedad o pérdida de trabajo (T-459 de 2009). Son todos supuestos de hecho de inejecución del contrato, cuyo reconocimiento permite la concreción de los valores constitucionales¹², los cuales imponen amparar la situación de la parte que tiene una dificultad para cumplir su obligación, originada en hechos gravísimos que no le son imputables ni está obligada a soportar, aunque tales circunstancias se encuentren estrechamente ligadas a la persona del deudor¹³.

De hecho, el artículo 501 del proyecto es un claro ejemplo de la falta de distinción de las consecuencias que deben otorgársele a cada tipo de inejecución. Prevé que, en los

⁷ BESONE, M., *Adempimento e rischio contrattuale*, Milán, Giuffrè, 1979.

⁸ CHAMIÉ GANDUR, J. F., *La adaptación del contrato por eventos sobrevenidos*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2013, pp. 107-109.

⁹ HINESTROSA, *Tratado de las obligaciones*, cit., n. 153.

¹⁰ CHAMIÉ GANDUR, *La adaptación del contrato por eventos sobrevenidos*, cit. p. 109.

¹¹ CLARIZA, O., *Sopravvenienze non patrimoniali e inesigibilità nelle obbligazioni*, Nápoles, Esi, 2012, p. 90 y ss.

¹² MORALES HUERTAS, M., “Constitución y límites a la autonomía privada”, en NEME VILLARREAL, M. L. (ed.) *Autonomía Privada. Perspectivas del derecho contemporáneo*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2018, p. 195 y ss.

¹³ NEME VILLARREAL, M. L.; CHINCHILLA IMBETT, C. A., “El cumplimiento del contrato de arrendamiento en tiempos de pandemia”, en FERNÁNDEZ MUÑOZ, M.L.; GUAL ACOSTA, J.M. (dirs.), *Desafíos del derecho en época de pandemia COVID-19*, Bogotá, Ibañez, 2020.

contratos con ejecución periódica o de tracto sucesivo, cuando se presentan hechos que hagan notoriamente difícil la ejecución o la hagan imposible, el afectado podrá suspender el contrato. La citada propuesta de artículo desconoce que imposibilidad y dificultad son dos figuras que tienen regulación y efectos específicos: mientras que en el primero hay efecto liberatorio, en el segundo, en cambio, debe analizarse la afectación de esa dificultad en el vínculo sinalagmático en atención al hecho generador de la dificultad con relación al ámbito que debe soportar el deudor; en algunos casos será un incumplimiento, en otros, será una excesiva onerosidad sobrevenida, frente a los que el ordenamiento ha otorgado remedios distintos para atender la sustancial tutela del vínculo.

La inexecución del contrato no es un supuesto de hecho generalizado; requiere de la comprensión de la filigrana de la operación económica del contrato, la posición de las partes contratantes, los riesgos del contrato, el correcto funcionamiento del contrato en protección de los derechos fundamentales, en fin, de las exigencias de los principios generales del derecho que orientan la relación negocial, como lo son la buena fe, la solidaridad, la igualdad y la dignidad humana. En ese sentido, la definición de la inexecución del contrato no es un asunto menor y su intervención legislativa debe aprovecharse como una oportunidad para regular un supuesto de hecho que tiene distintos matices y cada uno de ellos tiene una disciplina particular y determinante en la tutela de los intereses de las partes.

II. La forma como está definida la inexecución en el artículo 565 del proyecto permite deducir que se adopta un modelo de incumplimiento objetivo, el cual es contrario a la tradición de nuestro ordenamiento jurídico

Si la intención del proyecto es definir el incumplimiento, la definición que se propone termina estableciendo un modelo de incumplimiento objetivo que es ajeno a nuestra tradición civil.

En la doctrina ha tomado fuerza la idea de que la noción de incumplimiento es neutra, amplia y objetiva, en la cual no hay valoración de la conducta del deudor, por lo que la imputabilidad es solo un requisito para determinar el remedio de la indemnización, pero no para definir el incumplimiento. Así, los efectos del incumplimiento dependen directamente del impacto que produzca sobre el interés del acreedor, lo cual conlleva concebir un sistema unitario de remedios que son otorgados al acreedor, dirigidos a satisfacer dicho interés¹⁴. En cambio, el modelo subjetivo de incumplimiento aparece íntimamente relacionado con la culpa, lo cual hace que no exista una construcción unitaria del sistema de remedios frente al incumplimiento, sino que el concepto subjetivo de incumplimiento se combina con la teoría de riesgos. La adopción de este modelo presupone dogmáticamente la existencia de una categoría general de inexecución que agrupa el concepto de incumplimiento, y, en ese sentido, se habla de inexecución cuando no se ha cumplido el programa contractual, y tal inexecución puede presentarse de diferentes maneras: incumplimiento, imposibilidad, inexigibilidad, excesiva onerosidad.

Intentar adoptar un modelo objetivo de incumplimiento, como presupone el proyecto de código, significa olvidar la distinción entre las categorías “responsabilidad” y “riesgo”, cuya validez se erige en indispensable para obtener la justicia contractual que implica la atemperación de las consecuencias de la ‘inexecución no culpable’ del contrato. En efecto, cuando al deudor no le es imputable la imposibilidad sobrevenida, la situación no puede ser resuelta dentro del ámbito de la responsabilidad y surge necesariamente el

¹⁴ Ver para todos: VIDAL OLIVARES, A., “El incumplimiento resolutorio en el Código civil. Condiciones de procedencia de la resolución por incumplimiento”, en WILSON PIZARRO, C. (Coord.) *Estudios de derecho civil IV. Jornadas nacionales de derecho civil*, 2008, Santiago de Chile, Legal Publishing, 2009, p. 347.

problema de la repartición de los riesgos, esto es, la necesidad de determinar sobre cuál de las partes debería gravar la pérdida económica derivada de tal imposibilidad¹⁵.

Además, adoptar el modelo objetivo y neutro termina por desconocer la centralidad del comportamiento exigible al deudor como el límite al poder del acreedor para cobrar su crédito en atención al vínculo obligacional. Es decir, no se puede ampliar el concepto de incumplimiento a los eventos en los que no se extiende el vínculo del deudor, pues en últimas rompería con el carácter sinalagmático de la relación y el equilibrio ínsito exigible en las relaciones entre privados.

Por todo lo anterior, si bien una definición de incumplimiento no es tarea fácil, su empresa requiere tener presente que el incumplimiento presupone la comprensión del tipo de obligación y sus particularidades, el rol integrador e interpretador de la buena fe, los intereses de ambas partes y no solo los del acreedor, la naturaleza de la relación comercial o civil que involucra a las mismas, la causa del negocio, entre otros aspectos que permitan resolver equitativamente las complejidades presentes en las relaciones contractuales.

Debe ser un modelo que reconozca que el incumplimiento es uno de los matices de la inexecución del contrato y que incluye elementos tanto subjetivos como objetivos para que responda a una concepción que no desconozca la complejidad y la riqueza de matices que se presentan. Así, la noción de incumplimiento debe articularse sobre dos ejes que no pueden ser considerados excluyentes: uno, que exige como presupuesto ético la desviación en la conducta del deudor, y el otro, que requiere analizar el interés del acreedor o el resultado querido plasmado en el contenido del contrato, lo cual puede evidenciarse sin la consideración de la conducta del deudor en el establecimiento de dicho resultado. Ahora, en materia de responsabilidad, el primer eje constituye el *derecho común*, mientras el segundo, se configura apenas como la excepción aplicable a aquellos supuestos en los que por algún motivo el legislador, la jurisprudencia, o incluso las partes han querido hacer más gravosa la responsabilidad para el deudor¹⁶.

III. De la definición del incumplimiento dependerá la tutela del vínculo contractual

Los redactores deberán comprender la razón de ser de las definiciones dentro de un código civil, entender su utilidad y los efectos que se pueden generar en toda la sistemática. De ahí la ilustración del derecho comparado, de los trabajos de los académicos que han desarrollado las categorías del derecho civil, como lo son el incumplimiento y los remedios contractuales, las problemáticas que ha tenido que abordar la jurisprudencia y las vicisitudes que se presentan en la práctica.

Si la elección es definir el incumplimiento, entonces se deberán tener en cuenta los criterios que hemos expuesto: comprender la categoría de la inexecución del contrato como el género, junto con sus especies: imposibilidad, incumplimiento, excesiva onerosidad, inexigibilidad; e identificar la disciplina jurídica correspondiente a cada especie en consideración a las particularidades que la tradición jurídica ha construido.

Sobre la definición del incumplimiento en particular, se debe tener presente que es una tarea de suma importancia, pues de ella depende la operatividad de los remedios que ofrece el ordenamiento jurídico a la parte afectada por el incumplimiento¹⁷ y, por lo tanto, la efectividad de las tutelas frente a contratos que no cumplen con la finalidad de satisfacer

¹⁵ NEME VILLARREAL M. L.; CHINCHILLA IMBETT, C. A., “El incumplimiento en la reforma del código civil francés: no constituye un modelo a seguir que permita la cabal funcionalidad del incumplimiento en el sistema jurídico colombiano”, en: FORTICH, S. –RIÑO SAAD, A., *La reforma de los contratos y de las obligaciones en Francia: ¿fuente de inspiración para una futura reforma en derecho colombiano?*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2020 (en publicación) p. 248 y ss.

¹⁶ *Ibíd.*, p. 260.

¹⁷ Sobre el particular: BARROS BOURIE, E., “Finalidad y alcance de las acciones y los remedios contractuales”, en *Estudios de derecho civil III*, Santiago, Thomson Reuters, 2008, p 403.

los intereses de las partes; tutelas que variarán entre la liberación del vínculo contractual o la revaloración de los efectos del contrato¹⁸, en atención a la forma como se presenta el mal funcionamiento del programa contractual. Nuestra tradición ha diseñado un importante andamiaje en el que cada instituto tiene su lugar debido a su funcionalidad y espacio para operar, cuyo desconocimiento significa olvidar, en cierta medida, lo que somos.

Bibliografía

ALPA, Guido. *Cos'è il diritto privato*, Bari, Laterza, 2015.

BARROS BOURIE, Enrique. “Finalidad y alcance de las acciones y los remedios contractuales”, en *Estudios de derecho civil III*, Santiago, Thomson Reuters, 2008.

BESONE, Mario, *Adempimento e rischio contrattuale*, Milán, Giuffrè, 1979.

CHAMIÉ GANDUR, José Félix. *La adaptación del contrato por eventos sobrevenidos*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2013.

CHINCHILLA IMBETT, Carlos; FORTICH, Silvana; RODRÍGUEZ OLMOS, Javier; RUEDA, Natalia. “La reforma del Código Civil colombiano: Quo vadis?”, en: <https://observatoriocodigocivil.uexternado.edu.co>.

CLARIZA, Oriana. *Sopravvenienze non patrimoniali e inesigibilità nelle obbligazioni*, Nápoles, Esi, 2012.

ESBORRAZ, David Fabio. “El código civil de Andrés Bello como punto de partida para la armonización/unificación del derecho de las obligaciones en América Latina”, en CHINCHILLA IMBETT, C.A.; NAVIA ARROYO, F. (eds.), *La vigencia del código civil de Andrés Bello. Análisis y prospectivas en la sociedad contemporánea*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2019.

HINESTROSA, Fernando. “Tutela del acreedor frente al deudor incumplido”, en *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, 31 (2016), 5-21.

HINESTROSA, Fernando. *Tratado de las obligaciones. Concepto, estructura, vicisitudes*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007.

MORALES HUERTAS, Margarita. “Constitución y límites a la autonomía privada”, en NEME VILLARREAL, M.L. *Autonomía Privada. Perspectivas del derecho contemporáneo*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2018.

NEME VILLARREAL, Martha Lucía; CHINCHILLA IMBETT, Carlos Alberto. “El incumplimiento en la reforma del código civil francés: no constituye un modelo a seguir que permita la cabal funcionalidad del incumplimiento en el sistema jurídico colombiano”, en FORTICH, S.; RIAÑO SAAD, A. (eds.), *La reforma de los contratos y de las obligaciones en Francia: ¿fuente de inspiración para una futura reforma en derecho colombiano?*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2020 (en publicación).

NEME VILLARREAL, Martha Lucía; CHINCHILLA IMBETT, Carlos Alberto. “El cumplimiento del contrato de arrendamiento en tiempos de pandemia”, en FERNÁNDEZ MUÑOZ, M.L.; GUAL ACOSTA, J.M. (dirs.), *Desafíos del derecho en época de pandemia COVID-19*, Bogotá, Editorial Ibañez, 2020.

VIDAL OLIVARES, Álvaro. “El incumplimiento resolutorio en el Código civil. Condiciones de procedencia de la resolución por incumplimiento”, en WILSON PIZARRO, C. (Coord.), *Estudios de derecho civil IV. Jornadas nacionales de derecho civil, 2008*, Santiago de Chile, Legal Publishing, 2009.

¹⁸ HINESTROSA, F., “Tutela del acreedor frente al deudor incumplido”, en *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, 31 (2016), 5-21.

16. UNILATERALISMO E INCUMPLIMIENTO: ALGUNAS OBSERVACIONES CRÍTICAS SOBRE EL MODELO DE RESOLUCIÓN UNILATERAL DEL PROYECTO DE CÓDIGO CIVIL PRESENTADO POR LA UNIVERSIDAD NACIONAL

MARGARITA MORALES H.*

De los aspectos más novedosos de la propuesta puesta a consideración a la comunidad jurídica nacional es la incorporación, en el sistema de mecanismos de tutela frente al incumplimiento, de la resolución unilateral. Luego de enfrentar por tanto tiempo reticencias, por el temor (no forzosamente injustificado) de la fragilidad que puede traer este mecanismo a la fuerza obligatoria del contrato, se reconoce esta figura en el proyecto, no solamente al admitir abiertamente la posibilidad de pactar en un contrato cláusulas resolutorias, en ejercicio de la autonomía negocial, sino también al introducir la facultad de dar por terminado unilateralmente un contrato cuando no haya cláusula resolutoria dentro del mismo, esto es, la resolución por notificación, que es un mecanismo de tutela reconocido cada vez de manera más amplia.

Esta progresiva generalización se debe principalmente a la necesidad de dotar al contrato de herramientas que permitan su eficacia económica. En efecto, la posibilidad de dar por terminado un contrato unilateralmente permite al acreedor, víctima del incumplimiento, actuar con prontitud para evitar que las consecuencias nocivas del incumplimiento sean mayores, lo que evita también la situación de incertidumbre que la espera de una decisión judicial puede acarrear. Este pragmatismo encontró su origen en el derecho anglosajón para ir ganando progresivamente terreno en los ordenamientos de tradición romano-germánica, dentro de los cuales se destaca el derecho francés por la manera particular cómo la admitió.

En efecto, el derecho francés es reconocido porque la resolución judicial era un pilar de su tradición jurídica. Para garantizar la protección del contrato y del deudor, se le otorgó al juez y solamente a él, el poder para terminar un contrato cuando un incumplimiento grave se había configurado. A pesar de ello, avanzaron hacia el unilateralismo, resolviendo la tensión existente entre fuerza obligatoria del contrato y eficiencia económica.

Lo primero que hay que decir al respecto es que el derecho francés no llegó a este reconocimiento en 2016. Con la reforma, se positivizó una jurisprudencia que desde 1998 había reconocido la facultad para el contratante cumplido de dar por terminado el contrato bajo su propia responsabilidad (*à ses risques et périls*), frente a un incumplimiento de especial gravedad, sin necesidad de acudir ante el juez. A partir de ese momento, convivieron en el derecho francés la resolución judicial, la resolución unilateral reconocida por la jurisprudencia, y la resolución convencional, la cual era admitida sin ambages desde finales del siglo XIX, aunque durante el siglo XX se vio sometida a un control muy estricto por parte de la corte de casación hasta tal punto que su pacto no era muy usual en los albores de la reforma.

Esta convivencia, sin embargo, no fue pacífica. La regla jurisprudencial, tal y como fue formulada por la Corte, generó muchas incertidumbres en cuanto al funcionamiento de esta nueva prerrogativa, toda vez que era incierto en qué casos se estaba haciendo un uso correcto de ella y cuándo se estaba haciendo de manera abusiva. Esta situación fue tenida

* Docente-investigadora de Derecho Civil de la Universidad Externado de Colombia. Abogada externadista, especialista en Derecho Contractual y Relaciones Jurídico-Negociales y en Contratación Estatal de la misma casa de estudios; titular del diploma superior de la *Université Paris 2 Panthéon-Assas* en Derecho Civil, con maestría en Contratos y Responsabilidad Profesional de la Universidad de Toulouse I y doctorado en Derecho de la *Université Paris 2 Panthéon-Assas*.

en cuenta por los encargados de la reforma, quienes siendo fieles a su tradición jurídica siguieron privilegiando el cumplimiento del contrato frente a los otros mecanismos, pero al mismo tiempo, estructuraron un sistema completo y complejo de resolución en donde pudieran convivir armónicamente la opción judicial, la unilateral de fuente legal y la unilateral de fuente convencional.

El punto clave para el éxito de su sistema, que no por bueno es perfecto, fue diferenciar cada uno de los mecanismos con disposiciones normativas propias, establecer claramente las condiciones de ejercicio de cada uno de los mecanismos y finalmente regular los efectos, que son comunes. Todo esto de manera armónica con la noción de incumplimiento característica de su sistema y buscando coherencia entre la nueva propuesta normativa en torno a los remedios.

En realidad, esa coherencia sistemática es vital, no solo porque sirve para proteger los valores inmersos en la filosofía propia del código (buena fe, protección de la autonomía, función económica y social del contrato), sino también para permitir que el ejercicio de una facultad unilateral, en lugar de ser problemático, sea una solución tanto eficiente como equilibrada.

Sin embargo, de la lectura del proyecto no es posible advertir esta situación. En adelante vamos a plantear algunos problemas que se advierten de la propuesta normativa, recalcando que son apenas unas reflexiones preliminares. El primer problema que se evidencia es la inadecuada articulación que se tiene entre las disposiciones que tienen que ver con la resolución unilateral y aquella que regula la noción de incumplimiento. Aunque este punto no es objeto de estas reflexiones, sí hay que advertir que la noción de incumplimiento consagrada en el artículo 565, al abarcar dentro de una misma categoría - el incumplimiento - el cumplimiento imperfecto o tardío (alejándose de esta manera de nuestra tradición, pero además del principio de conservación del contrato), está permitiendo que un acreedor termine unilateralmente un contrato cuando hay un cumplimiento no ajustado estrictamente a las disposiciones contractuales, sin que se dé la posibilidad de corregir el comportamiento. Y, por otra parte, está completamente desarticulado este concepto de incumplimiento con el presupuesto sobre el que hace reposar la resolución por notificación y la resolución judicial: el incumplimiento de una 'obligación esencial'.

Este aspecto es profundamente problemático porque, fuera de que trae - sin más - a nuestro ordenamiento, una noción que nos es ajena y que evoca más el incumplimiento esencial propio de ordenamientos de corte anglosajón y de herramientas de armonización, la utilidad de la división entre obligación esencial y obligación accesoria, parece ser bien cuestionable si no, al menos sobrevalorada. En efecto, no solamente la propuesta habla del incumplimiento de una obligación esencial (como si no fuera posible que un contrato tuviera más de una obligación de esa característica), sino que excluye del ámbito de la resolución el incumplimiento de obligaciones accesorias y de deberes (artículo 570), olvidando que el carácter esencial puede referirse a lo que hace típico legalmente a un contrato, esto es, lo necesario para determinar su existencia, pero que el carácter esencial de una obligación también surge por la importancia que las partes hayan querido darle en su disposición de intereses (los *accidentalia negotia*). Y esto último es definitivo en materia de incumplimiento, ya que es perfectamente posible que el incumplimiento de una mal llamada 'obligación accesoria' pueda dar al traste con el interés y la función que el contrato cumplía para el acreedor.

Aparte de esta desarticulación, el proyecto parece privilegiar el "remedio" de la resolución al hacerlo encabezar el listado del artículo 569 y tratarlo en primer lugar a continuación. Esta reflexión no es solo cosmética. Nuestra tradición jurídica y nuestra visión humanista de contrato exalta el cumplimiento y la satisfacción del interés de los contratantes. Poner en primer lugar la resolución no es solo contrario a esa idea, sino que

fragiliza todo el sistema. La resolución es la *última ratio* y como tal debe ser tratada tanto formal como sustancialmente.

Y en su regulación concreta, la propuesta es profundamente errática y antitécnica. En primer lugar, no regula individualmente cada hipótesis de resolución, de manera que es difícil saber cuáles son las condiciones de ejercicio de cada una y, en segundo lugar, de forma inexplicable, mezcla las hipótesis con los efectos de la resolución, que son comunes a esta *fattispecie* resolutoria.

El éxito del unilateralismo está en determinar claramente su funcionamiento. Y la clave está en ponderar eficiencia, buena fe y conservación del contrato. Fuera de la consideración sobre la naturaleza del incumplimiento, que se hizo líneas atrás, hay que establecer claramente el procedimiento para hacer efectiva la facultad, tanto la legalmente reconocida en la propuesta, como la de fuente contractual. Sin embargo, poco y nada se dice al respecto.

Rechazamos esta pobreza normativa porque parece desconocer las dificultades intrínsecas al unilateralismo. ¿Acaso la constitución en mora, en su aspecto sustancial (alejado de todo formalismo que enturbie su esencia) no tiene la función de compeler al deudor al cumplimiento? Sin embargo, ni del artículo que regula la mora (artículo 566), ni de los que “regulan” la resolución por notificación y la resolución convencional, se encuentra la exigencia de constituir en mora al deudor para activar el mecanismo.

Por otra parte, la coherencia de nuestro ordenamiento obliga a plantearse una pregunta fundamental: ¿Optamos por un sistema de simple notificación? o ¿Exigimos – en cambio – un sistema más acorde con la salvaguarda del contrato?

Para responder a esta pregunta hay que tener en consideración el rol del plazo suplementario en el derecho comparado (no en la propuesta, porque en ella inexplicablemente se elevó a la categoría de remedio, en el numeral 3 del artículo 569). Con la reforma de 2002 al BGB, el derecho alemán abrió las puertas al unilateralismo en la resolución del contrato, condicionando su ejercicio al otorgamiento de un plazo suplementario al deudor para el cumplimiento del contrato; una vez el plazo suplementario haya vencido sin que se haya efectuado cumplimiento alguno, el acreedor puede justificadamente dar por terminado el contrato. Aunque solo se exige en los casos en los que objetivamente aún es útil el cumplimiento, este modelo sirvió de inspiración a otros ordenamientos preocupados por la salvaguarda del contrato (encontramos ejemplo en los principios UNIDROIT – artículo 7.3.1 y en el derecho francés – artículo 1226 del *code*).

Las bondades de este mecanismo son indudables ya que no solo otorga una oportunidad al deudor incumplido para corregir su comportamiento, sino que confirma, en caso de su inacción, su desinterés en el contrato, haciendo sólida e incontestable la decisión unilateral y por ello mismo, nada obsta para que sea una condición de ejercicio, tanto para la resolución por notificación, como para la convencional.

Y en este punto es de vital importancia esta observación. Tal como está regulada la cláusula resolutoria en el artículo 574 de la propuesta, basta con especificar la obligación que se cobija por esta cláusula (vuelve en este aspecto a pecar el proyecto, porque la mayoría de los contratos cuentan con múltiples obligaciones) y que se comunique al deudor para que surta efectos. Aunque celebramos que no se hubiera atado la cláusula resolutoria a una determinada obligación, pudiendo las partes determinar libremente (aunque de forma expresa) las obligaciones cuyo incumplimiento llevará al fin del contrato, el reto está en evitar que cláusulas resolutorias que favorecen solamente a una parte, puedan ser consideradas como abusivas. Exigir que se otorgue al deudor un plazo razonable equilibraría su ejercicio, reforzando este aspecto una comunicación adecuada.

En este punto hay incoherencia entre la resolución por notificación y la resolución convencional. Mientras que en el primer caso se exige que se motive la decisión, en el segundo no se dice nada al respecto. La razón de esta diferenciación no se explica y si

analizamos este vacío desde la óptica del abuso, no se encuentra óbice para no incluir la motivación en la esfera de la cláusula resolutoria.

Para finalizar con este paneo, es imprescindible llamar la atención 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. El principio de buena fe exige un comportamiento diligente, acucioso, proactivo. En materia de terminación unilateral por incumplimiento, esto tiene mayor relevancia por sus consecuencias para el deudor. Aun cuando es por su comportamiento que la decisión se justifica, el hecho de no hacer uso del mecanismo rápidamente puede implicar que el deudor tenga que asumir mayores costos que los que normalmente le acarrearía el fin del contrato y que el acreedor se aproveche indebidamente de esa situación. Este aspecto fue tenido en cuenta por los Principios de Derecho Europeo de los Contratos (PDEC), en el artículo 9:303 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”*.

Consideramos que un artículo en ese sentido es necesario, no solamente por reafirmar el valor del ejercicio correcto y ponderado de la facultad unilateral, sino también para orientar al justiciable en ese sentido.

Tratándose de unilateralismo, la claridad y la coherencia normativas son fundamentales, especialmente por su función pedagógica. Tanto nuestro ordenamiento vigente como la práctica contractual son ajenos a la dinámica y a los retos que impone el unilateralismo, de ahí que sea imperiosa una estructura normativa que diferencie supuestos de hecho, que establezca claras condiciones de ejercicio y que no confunda este punto con los efectos generales a la resolución, siempre de la mano del principio de buena fe y de preservación del contrato. Por ahora la propuesta no cumple con esos objetivos y pasar por alto estos, más otros aspectos que seguramente resultarán de un estudio más profundo del tema, introduciría más incertidumbre que certezas. De la reflexión y el sano juicio depende el éxito de tan necesaria empresa.

17. EL SANEAMIENTO POR VICIOS OCULTOS EN LA COMPRAVENTA EN LA PROPUESTA DE CÓDIGO CIVIL DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL

JORGE OVIEDO ALBÁN*

I. Introducción

En varios foros de discusión de la propuesta de Código Civil presentada al país por la Universidad Nacional, organizados tanto por universidades, como por el Ministerio de Justicia y del Derecho, como también gremios de empresarios y asociaciones como el Colegio de Abogados Comercialistas y el Instituto Colombiano de Derecho Procesal he manifestado mis reparos a la misma. Básicamente he señalado que no son claros los motivos que han llevado a los autores a retomar los proyectos preparados en los años ochenta del siglo XX por Arturo Valencia Zea —que no tuvieron ninguna aceptación en su momento—, y tampoco ha estado precedida de una metodología (al menos no conocida) que hubiere indagado y discutido previamente con los diversos sectores de la sociedad, por los problemas y necesidades no resueltos por la legislación vigente o por la jurisprudencia, que ameriten una reforma integral de la codificación civil y de una parte de la mercantil.

Los temas objeto de reparo son muchos, razón por la cual antes que pretender abarcarlos todos, he querido escoger uno puntual que demuestra la inconsistencia metodológica de la propuesta, como también que varios de los asuntos no han sido debidamente reflexionados. En consecuencia, el tema objeto de análisis en este artículo es el relativo al de los vicios ocultos en la compraventa, con planteamientos que bien cabría extender al saneamiento por evicción. En efecto, la propuesta de Código Civil elaborada por un grupo de profesores de la Universidad Nacional mantiene en las reglas propuestas sobre contrato de compraventa, disposiciones que provienen tanto del Código Civil como del Código de Comercio vigentes. Además de ello, se intenta introducir unas normas sobre incumplimiento y remedios, al parecer traídas de instrumentos internacionales de contratación, como la Convención de Naciones Unidas sobre Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, que incorpora el incumplimiento defectuoso. Tales reglas son incompatibles, toda vez que como bien se ha dicho ya en la doctrina, el sistema unificado de supuestos y acciones por incumplimiento, supera los saneamientos —tanto por evicción como por vicios ocultos— de forma tal que antes que soluciones a problemas actuales, esta propuesta generaría inconvenientes.

II. La problemática de los vicios ocultos en la compraventa

En los Códigos, civiles y de comercio, adoptados en los dos últimos siglos en países de América y Europa, es frecuente encontrar regulada la institución de los saneamientos, particularmente en el contrato de compraventa¹. Así, en el Código Civil que fue preparado por Andrés Bello y adoptado por Chile, además de otros países latinoamericanos como Colombia, en el capítulo sobre compraventa se encuentra regulado el saneamiento por evicción y por vicios ocultos. Tales normas, que comprenden entre el artículo 1893 y 1927, se encuentran contenidas en el capítulo VII del título XXIII titulado “De la compraventa”.

* Director del Departamento de Derecho Privado, de la Empresa y de los Negocios y del programa de Doctorado en Derecho de la Universidad de La Sabana. Conjuez de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia y Árbitro. Presidente del Colegio de Abogados Comercialistas.

¹ Algunas de las ideas planteadas en este artículo han sido tratadas en anteriores escritos de mi autoría, como los siguientes: OVIEDO ALBÁN, J., *La garantía por vicios ocultos en la compraventa*, Universidad de La Sabana, Temis, Bogotá, 2015 e ID., “La falta de conformidad como alternativa a las problemáticas de los vicios ocultos y una propuesta para el Derecho colombiano”, en *Anuario de Derecho Privado* 1 (2019), Universidad de los Andes, 109-151.

A su turno, el Código de Comercio, que contiene una regulación paralela sobre la compraventa mercantil, regula también los saneamientos por vicios ocultos y por evicción, entre los artículos 934 a 941.

El saneamiento por evicción, como se expresa en el artículo 1893 del Código Civil, tiene por objeto amparar al comprador en el dominio y posesión pacífica de la cosa vendida, y el saneamiento por vicios ocultos, amparar al comprador en un dominio útil, de forma tal que si con posterioridad al contrato aparecieren vicios, que cuenten con los requisitos de ser graves, ocultos y anteriores a la celebración del contrato, el comprador podrá interponer la acción redhibitoria o la de rebaja de precio, según se establece en los artículos 1914 y 1917 del Código Civil y también en el 934 del Código de Comercio. Además, el comprador tiene derecho a ser indemnizado, en el caso en que el vendedor conociera o debiera haber conocido los vicios, y no los hubiere informado al comprador, según lo establece el artículo 1918 del Código Civil.

En cuanto a las acciones por vicios ocultos, en la doctrina moderna, estas han sido calificadas como inadecuadas e insuficientes para proteger al comprador, por varias razones: la primera, de orden histórico, pues se ha considerado que las acciones edilicias de origen romano surgidas para cierta clase de compraventas, particularmente las que versaban sobre esclavos y animales las cuales se celebraban de manera instantánea donde el comprador tenía posibilidades de acceder de forma directa a la cosa, no responden a las complejidades que pueden tener los objetos en la actualidad, unido ello a las dificultades para examinar el bien en ciertas compraventas². También se han destacado las limitaciones conceptuales y técnicas de las acciones redhibitoria y de rebaja de precio derivada de los vicios ocultos, pues no es claro si el supuesto de hecho de ellas abarca tan solo el defecto que compromete el uso normal (*peius*), o si también comprende la ausencia de ciertas cualidades que debería tener la cosa y por ello se extiende al uso pactado entre los contratantes (*aliud*). Por esto, y ante la incertidumbre generada por no saber en definitiva cuál es la noción que se decantará en la jurisprudencia, se ha sugerido que el concepto de falta de conformidad adoptado en el moderno derecho de contratos supera el de vicio y por eso ofrece un ámbito más amplio de protección al comprador, pues no toda satisfacción razonable esperada por éste cabe en el vicio redhibitorio, lo cual justifica su adopción³.

Así mismo, en el Derecho moderno, se ha meditado por la doctrina, pero también debatido en la jurisprudencia, si la presencia de vicios ocultos en la cosa objeto del contrato genera al mismo tiempo una situación de incumplimiento, que permita al comprador acudir a las reglas genéricas por inejecución o bien de error, por lo cual cabría pensar en la nulidad relativa del contrato y de esta forma pueda contar con otras acciones diferentes como la pretensión de cumplimiento, al entender que si el vendedor no entrega una cosa capaz de satisfacer los intereses contractuales del comprador incumple tal obligación, buscando el cumplimiento manifestado en la reparación del defecto o la sustitución de la cosa, como también la posibilidad de obtener una indemnización de los perjuicios derivados de tales defectos por fuera del escenario previsto por el legislador, según el cual al parecer el comprador sólo puede pedirla si el vendedor conocía o debía conocer los vicios (artículo 1918 CC).

Además, los términos de prescripción de las acciones son considerados demasiado cortos, razón que ha llevado a varios autores de diferentes países a plantear una posible revisión dogmática del tema desde las reglas de incumplimiento o de nulidad por error, y de

² Entre otros cfr. AGUAYO, J., *Las manifestaciones y garantías en el Derecho de contratos español*, Pamplona, Civitas – Thomson Reuters, 2011, p. 403, nt. 1089. ORTI VALLEJO, A., *Los defectos de la cosa en la compraventa civil y mercantil*, Granada, Comares, 2002, pp. 27 y 28. Véase sobre el tema con mayor amplitud en: OVIEDO ALBÁN, *La garantía por vicios ocultos en la compraventa*, cit. *passim*.

³ AGUAYO, *Las manifestaciones y garantías en el Derecho de contratos español*, cit., p. 403, nt. 1089.

esta forma ampliar el abanico de posibilidades de protección para el comprador, o bien sugiriendo la conveniencia de adoptar un sistema unificado de remedios⁴.

II. La solución de la falta de conformidad en la compraventa internacional y el sistema unificado de remedios por incumplimiento

Desde finales del siglo XX ciertas corrientes legislativas se orientan a asumir que la presencia de defectos ocultos en la cosa constituye una de las situaciones que constituyen incumplimiento de las obligaciones del vendedor y por ello tienden a proponer una reconstrucción unitaria de remedios sobre la base de la falta de conformidad, al entender el incumplimiento de una forma amplia como toda desviación del programa contractual que no se reduce al contenido prestacional manifestado en dar o hacer referido a la falta de entrega de la cosa y del precio, sino que abarca también el cumplimiento defectuoso o tardío, tal como aparece concebido en el artículo 7.1.1 de los Principios de UNIDROIT y en los PECL, artículo 1: 103 (4), que también la doctrina reconoce implícito en la Convención de sobre Compraventa Internacional de Mercaderías⁵.

Esta concepción de incumplimiento, por tanto, abarca no solamente la inejecución del contenido prestacional del contrato, sino también la insatisfacción de los intereses del acreedor por no verificarse cierto estado de cosas asumido por los contratantes y se caracteriza además por ser objetivo al prescindir del elemento culpa como criterio de imputación de la responsabilidad del deudor⁶. Cabe señalar, aunque resulte implícito en lo que se acaba de afirmar, que esta forma de asumir el incumplimiento presupone un concepto de contrato que no se limita al acuerdo generador de obligaciones (en sentido de prestaciones o deberes de conducta) sino también a ciertas representaciones de la realidad (hechos o circunstancias según las califica Morales Moreno) presupuestadas en el contrato, por medio de declaraciones sobre estas que constituyen lo que la doctrina denomina “manifestaciones” o “garantías” y que implica que el deudor tiene a su cargo la satisfacción de los intereses contractuales a favor del acreedor⁷.

También se destaca que en los instrumentos modernos de Derecho contractual, se asume un concepto de contrato de compraventa que encaja con el obligacional sin limitarse a él, puesto que comprende las manifestaciones sobre la conformidad del bien y atribuyen al vendedor la responsabilidad contractual en caso de no satisfacción del interés del comprador referido a la obtención de la utilidad de aquél. Es así que en la Convención sobre Compraventa Internacional de Mercaderías, a pesar de no encontrarse una definición

⁴ Son numerosos los estudios en este sentido. Pueden verse entre otros: MANTILLA ESPINOSA, F.; TERNERA BARRIOS, F., “Las acciones del comprador insatisfecho en el Derecho colombiano: un problema de incertidumbre jurídica”, en MANTILLA ESPINOSA, F.; PIZARRO WILSON, C. (coords.), *Estudios de Derecho Privado en homenaje al profesor Christian Larroumet*, Santiago, Universidad Diego Portales, Fundación Fueyo, Universidad del Rosario, 2008, p. 300. MORALES MORENO, A. M., *La modernización del Derecho de obligaciones*, Cizur Menor, Thomson Civitas, 2006, pp. 97-101. Una amplia referencia a la doctrina europea y americana que se ha referido a estos aspectos también puede verse en: OVIEDO ALBÁN, *La garantía por vicios ocultos en la compraventa*, cit., pp. 6-10. Cabe señalar que la jurisprudencia colombiana ha realizado un intento difuso y discutible de calificar la gravedad del defecto constitutivo de vicio, además de, a partir de allí, delimitar el campo de las acciones edilicias de las de incumplimiento. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, M.P. E. VILLAMIL PORTILLA, 14 de enero de 2005, exp. 7524. Un comentario crítico a este fallo y otros de la Corte Suprema de Justicia puede verse en: OVIEDO ALBÁN, “La falta de conformidad...”, cit., pp. 125-129.

⁵ VAQUER ALOY, A., “Marco general del nuevo Derecho de contratos”, en BOSCH CAPDEVILA, E. (dir.), *Nuevas perspectivas del Derecho contractual*, Barcelona, Bosch, 2012, pp. 54 y 55. Cfr. Artículo 7.1.1. Principios de UNIDROIT. Artículo 1:103 (4) PECL.

⁶ MORALES MORENO, A. M., *Incumplimiento del contrato y lucro cesante*, Pamplona, Civitas, Thomson Reuters, 2010, p. 30.

⁷ MORALES MORENO, *Incumplimiento (...)*, cit., p. 30; AGUAYO, *Las manifestaciones y garantías (...)*, cit., pp. 410 y 411.

expresa de compraventa, en la doctrina se ha concluido que a partir de los artículos 30 y 53 se puede establecer que a efectos de dicho instrumento, compraventa es el contrato mediante el cual el vendedor se obliga a transferir el dominio de un bien, entregarlo materialmente y entregar cualesquiera documentos relacionados, a cambio de un precio, al que se obliga el comprador⁸.

La Convención sobre Compraventa Internacional de Mercaderías, sin hacer alusión a un concepto propio de incumplimiento, tanto en el artículo 25 que recoge el concepto de incumplimiento esencial, como en las normas específicas que abarcan los remedios por incumplimiento, permite entrever que los supuestos que lo constituyen son tanto la inejecución de las obligaciones, como la falta de entrega de parte del vendedor (artículo 45 y siguientes) o de pago del precio de parte del comprador (artículo 61 y siguientes), el cumplimiento tardío y defectuoso, manifestado en las reglas sobre falta de conformidad jurídica o material establecidas en los artículos 35 y siguientes. A partir de los supuestos descritos, consagra un sistema articulado y unitario de remedios manifestado en un plazo suplementario para cumplir (artículos 47 y 63); ejecución forzosa de la prestación o sustitución en caso de incumplimiento esencial (artículos 46 y 62); rebaja de precio en caso de falta de conformidad (artículo 50); resolución del contrato en caso de incumplimiento esencial (artículo 25) e indemnización de perjuicios, independientemente de acudir a cualquiera de los remedios mencionados (artículos 45, 1, b y 61, 1, b). Cabe agregar que a partir de este sistema los instrumentos que integran el moderno derecho de contratos han adoptado una noción unificada de incumplimiento y así mismo un sistema articulado de remedios que prescinde de la culpa como requisito de su procedencia⁹.

En efecto, esto es lo que sucede en los Principios de UNIDROIT (arts. 7.1.1; 7.3.1; 7.2.1; 7.2.2, 7.1.3, 7.4.1), los PECL (art. 1.301 (4); art. 8.106; art. 9.101; art. 9.102; art. 9.201; art. 9.301; art. 9.401, art. 9.501) y el DCFR (I. 1: 108, III. 3:103 (1); III. 3:301; III. 3:302; III. 3:401; III. 3:502; III. 3:601; III. 3:701). Igualmente, en España el concepto de incumplimiento del artículo 1188 y los remedios del artículo 1190 de la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos de 2009 se inspira en el modelo descrito (arts. 1188; 1190)¹⁰. Además, es el modelo que siguen los Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos (arts. 86 a 109) y la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a una normativa común de compraventa europea (CESL) (arts. 99 a 105 y 106 a 122). En estos instrumentos los defectos que comprometan la utilidad de la cosa objeto del contrato encuadran dentro del contenido obligacional de este.

En este mismo sentido se encuentra también la Directiva 1999/44 sobre venta de bienes de consumo, que introduce en el artículo 2º la falta de conformidad y concede en el artículo 3º al comprador como mecanismos de subsanación de la misma la reparación, sustitución, rebaja de precio o resolución del contrato, salvo para este último evento cuando la falta de conformidad fuere de escasa importancia. El proceso de transposición de esta Directiva a las legislaciones nacionales ha llevado bien a la modificación del régimen general contenido en los Códigos Civiles, como en los casos de Alemania, Austria y Holanda; a la introducción de normas especiales aplicables a los consumidores dentro de los Códigos Civiles, como sucedió en Italia y Bélgica o a la adopción de leyes especiales para las ventas de consumo, como en los casos español y portugués¹¹. Así por ejemplo, a partir de las dificultades de tipo teórico y práctico como las mencionadas en los párrafos precedentes, en Alemania se introdujo una modificación completa del régimen de acciones edilicias en la compraventa, mediante la Ley de Modernización del Derecho de obligaciones

⁸ Puede verse entre otros: SCHWENZER, I.; HACHEM, P., “Article 1”, en SCHWENZER, I. (ed.), *SCHLECHTRIEM & SCHWENZER Commentary on the UN Convention on the international sale of goods (CISG)*, 4ed., Oxford, Oxford University Press, 2016, p. 32.

⁹ Cfr. MORALES MORENO, *La modernización* (...), cit., pp. 29-33.

¹⁰ Comisión General de Codificación, *Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos*, Boletín de Información, Gobierno de España – Ministerio de Justicia, Madrid, 2009, p. 32.

¹¹ Una descripción general del proceso de transposición de la Directiva 1999/44/CE puede verse en MORALES MORENO, *La modernización* (...), cit., pp. 103-109.

de 2002 que reformó el Código Civil, de clara inspiración en la falta de conformidad de la Convención sobre Compraventa Internacional de Mercaderías, que parte de la obligación para el vendedor de entregar la cosa al comprador libre de vicios materiales y jurídicos¹².

III. Los vicios ocultos en la propuesta de Código Civil

Ahora bien, dando una mirada a la Propuesta de la Universidad Nacional se encuentra con sorpresa que se mantienen las reglas tanto del Código Civil como del Código de Comercio sobre vicios ocultos, y al tiempo se intenta introducir un régimen de remedios unificado, que como lo he advertido, son incompatibles.

En el modelo de remedios por incumplimiento ubicado en el título III “Responsabilidad por inejecución y ejecución tardía”, que aunque no lo anuncie en el título, basta observar el proyectado artículo 565 para darse cuenta que también incorpora el cumplimiento defectuoso, y así también establece un catálogo de remedios para el acreedor en caso de incumplimiento en el artículo 569. No obstante, se mantienen las reglas de saneamiento por vicios ocultos y evicción, que es lo que incorporan por ejemplo en reglas contenidas entre los artículos 737 a 748 y 753 a 763 respectivamente, más reglas sobre diversas situaciones constitutivas de incumplimiento en los diversos contratos en particular.

Ahora, cuando me refiero a la manera errónea como se emplean en la propuesta ciertos conceptos traídos instrumentos internacionales, concretamente aludo a lo que se proyecta en el artículo 571 de la propuesta cuando desarrollando el remedio de la “resolución” se refiere a que este cabe cuando el deudor no cumple una “obligación esencial”. Esto, como lo he dicho en diversos foros, lleva a que el intérprete se pregunte si los redactores de la propuesta intentaron referirse fue a “incumplimiento esencial” como el que es de tal magnitud que activa el remedio resolutorio. Si eso es así, cabría señalar que no es lo mismo incumplir “obligaciones esenciales” – que no es el concepto ni el lenguaje que adopten los modelos internacionales ni los que en ellos se han basado –, sino el que está ya definido en el artículo 25 de la Convención sobre Compraventa Internacional, conforme al cual “El incumplimiento del contrato por una de las partes será esencial cuando cause a la otra parte un perjuicio tal que la prive sustancialmente de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato”¹³.

Para efectos de la total claridad de lo señalado, en la siguiente tabla se incluyen las reglas de los Códigos civil y de comercio vigentes, con el fin de demostrar que la propuesta de Código deja el asunto en el mismo estado en que se encuentra en la legislación vigente, con algunos pequeños cambios que también destacaré, añadiendo el problema ya señalado y es que en el hipotético caso en que tal propuesta siguiera su curso y llegare a ser ley, el comprador insatisfecho ante la presencia de vicios ocultos en la compraventa deberá intentar solucionar el complejo concurso de acciones: entre las generales sobre incumplimiento defectuoso y las de compraventa sobre vicios ocultos, ante lo cual si un juez se decantare por preferir la aplicación de la ley especial, debería hacerlo a favor de estas últimas siguiendo lo que señala el proyectado artículo 12, según el cual “Entre varias normas de un mismo cuerpo de leyes prevalecen las especiales sobre las generales (...)”, con lo cual quedaría más que demostrado lo que aquí se señala: no se habría dado ningún

¹² Cfr. ZIMMERMANN, R., *The New German Law of Obligations*, Oxford, Oxford University Press, 2005, pp. 95 y ss.

¹³ Vale la pena señalar que la gravedad del incumplimiento como requisito para activar la acción resolutoria del contrato, no es un concepto ajeno a la jurisprudencia colombiana, la que desde tiempo atrás lo ha admitido. Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 11 de septiembre de 1984, M.P. H. MURCIA BALLÉN, G.J., t. CLXXVI, no. 2415, pp. 237 – 248. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 18 de diciembre de 2009, M.P. A. SOLARTE RODRÍGUEZ, exp. 41001-3103-004-1996-09616-01.

paso en el derecho colombiano y si se habría generado inútilmente un traumático proceso de cambio de legislación.

VICIOS OCULTOS EN LA COMPRAVENTA

Código Civil	Código de Comercio	Propuesta de Código UN
Art. 1914 Se llama acción redhibitoria la que tiene el comprador para que se rescinda la venta o se rebaje proporcionalmente el precio por los vicios ocultos de la cosa vendida, raíz o mueble, llamados redhibitorios.	Art. 934. Si la cosa vendida presenta, con posterioridad a su entrega vicios o defectos ocultos cuya causa sea anterior al contrato, ignorados sin culpa por el comprador, que hagan la cosa impropia <i>para su natural destinación o para el fin previsto en el contrato</i> , el comprador tendrá derecho a pedir la resolución del mismo o la rebaja del precio a justa tasación. Si el comprador opta por la resolución, deberá restituir la cosa al vendedor. (...)	Art. 737. Se llama acción redhibitoria la que tiene el comprador para que se extinga la venta, y estimatoria para que se rebaje proporcionalmente el precio, por los vicios ocultos de la cosa vendida, llamados redhibitorios. Lo anterior sin perjuicio de las reglas de protección al consumidor.
Art. 1915. Son vicios redhibitorios los que reúnen las calidades siguientes: 1.) Haber existido al tiempo de la venta. 2.) Ser tales, que por ellos la cosa vendida <i>no sirva para su uso natural</i> , o sólo sirva imperfectamente, de manera que sea de presumir que conociéndolos el comprador no la hubiera comprado o la hubiera comprado a mucho menos precio. 3.) No haberlos manifestado el vendedor, y ser tales que el comprador haya podido ignorarlos sin negligencia grave de su parte, o tales que el comprador no haya podido fácilmente conocerlos en razón de su profesión u oficio.		Art. 738. Son vicios redhibitorios los que reúnen las calidades siguientes: 1. Haber existido al tiempo de la entrega de la cosa o tener una causa anterior al contrato. 2. Ser tales, que por ellos la cosa <i>vendida no sirva para uso natural o para el fin previsto en el contrato</i> , o solo sirva imperfectamente, de manera que sea de presumir que conociéndolos el comprador no la hubiera comprado o la hubiera comprado por menos precio. 3. No haberlos manifestado el vendedor, y ser tales que el comprador haya podido ignorarlos sin culpa de su parte.
Art. 1916. Si se ha estipulado que el vendedor	Art. 936. Será absolutamente nula toda estipulación que	Art. 739. Si se ha estipulado que el vendedor

no estuviere obligado al saneamiento por los vicios ocultos de la cosa, estará sin embargo obligado a sanear aquéllos de que tuvo conocimiento y de que no dio noticia al comprador.

Art. 1917. Los vicios redhibitorios dan derecho al comprador para exigir o la rescisión de la venta, o la rebaja del precio, según mejor le pareciere.

Art. 1918. Si el vendedor conocía los vicios y no los declaró, o si los vicios eran tales que el vendedor haya debido conocerlos por razón de su profesión u oficio, será obligado no sólo a la restitución o a la rebaja del precio, sino a la indemnización de perjuicios; pero si el vendedor no conocía los vicios, ni eran tales que por su profesión u oficio debiera conocerlos, sólo será obligado a la restitución o la rebaja del precio.

Art. 1919. Si la cosa viciosa ha perecido después de perfeccionado el contrato de venta, no por eso perderá el comprador el derecho que hubiere tenido a la rebaja del precio, aunque la cosa haya perecido en su poder y por su culpa.
Pero si ha perecido por un efecto del vicio inherente a ella, se seguirán las reglas del artículo precedente

Art. 1920. Las partes pueden por el contrato

excluya o limite la garantía por vicios ocultos, cuando el vendedor los haya llamado de mala fe al comprador.

Art. 934 (...) En uno u otro caso habrá lugar a indemnización de perjuicios por parte del vendedor, si éste conocía o debía conocer al tiempo del contrato el vicio o el defecto de la cosa vendida.

Art. 937. Si la cosa perece a consecuencia del vicio, no por ello dejará de tener derecho el comprador a la resolución del contrato. Más si perece por fuerza mayor o caso fortuito, por culpa del comprador o porque éste enajene o transforme dicha cosa, sólo habrá lugar a la rebaja del precio a justa tasación.

no estuviere obligado al saneamiento por los vicios ocultos de la cosa, estará sin embargo obligado a sanear aquellos de que tuvo conocimiento y de que no dio noticia al comprador.

Art. 740. Los vicios redhibitorios dan derecho al comprador para exigir la redhibición de la venta o la rebaja del precio, según mejor le pareciere.

Art. 741. Si el vendedor conocía los vicios y no los declaró, o si los vicios eran tales que el vendedor ha debido conocerlos por razón de su profesión u oficio, será obligado no solo a la restitución o la rebaja del precio sino a la indemnización de perjuicios.

Art. 742. Si la cosa viciosa ha perecido después de la entrega, a consecuencia de los vicios, el comprador tiene derecho a la redhibición del contrato. Si ha perecido por fuerza mayor o por culpa del comprador, o si éste la ha enajenado o transformado, solo puede pedir la reducción del precio.

Art. 743. Las partes pueden por el contrato hacer

hacer redhibitorios los vicios que naturalmente no lo son.

Art. 1921. Vendiéndose dos o más cosas juntamente, sea que se haya ajustado un precio por el conjunto o por cada una de ellas, sólo habrá lugar a la acción redhibitoria por la cosa viciosa y no por el conjunto; a menos que aparezca que no se habría comprado el conjunto sin esa cosa; como cuando se compra un tiro, yunta o pareja de animales, o un juego de muebles.

Art. 1922. La acción redhibitoria no tiene lugar en las ventas forzadas hechas por autoridad de la justicia. Pero si el vendedor, no pudiendo o no debiendo ignorar los vicios de la cosa vendida, no los hubiere declarado a petición del comprador, habrá lugar a la acción redhibitoria y a la indemnización de perjuicios.

Art. 1923. La acción redhibitoria durará seis meses respecto de las cosas muebles y un año respecto de los bienes raíces, en todos los casos en que las leyes especiales o las estipulaciones de los contratantes no hubieren ampliado o restringido este plazo. El tiempo se contará desde la entrega real.

Art. 1924. Habiendo prescrito la acción redhibitoria, tendrá todavía

redhibitorios los vicios que naturalmente no lo son.

Art. 744. Vendiéndose dos o más cosas conjuntamente, sea que se haya ajustado un precio por el conjunto o por cada una de ellas, solo habrá lugar a la acción redhibitoria por la cosa viciosa y no por el conjunto, a menos que aparezca que no se habría comprado el conjunto sin esa cosa.

Art. 745. La acción redhibitoria no tiene lugar en los remates forzados.

Art. 938. La acción prevista en los artículos 934 y 937 prescribirá en seis meses, contados a partir de la entrega.

Art. 746. La acción redhibitoria y la rebaja del precio, caduca en seis meses contados a partir de la entrega de la cosa.

derecho el comprador para pedir la rebaja del precio y la indemnización de perjuicios, según las reglas precedentes.

Art. 1925 Si los vicios ocultos no son de la importancia que se expresa en el número 2o. del artículo 1915, no tendrá derecho el comprador para la rescisión de la venta, sino sólo para la rebaja del precio.

Art. 1926. La acción para pedir rebaja del precio, sea en el caso del artículo 1915 o en el artículo 1925, prescribe en un año para los bienes muebles y en diez y ocho meses para los bienes raíces.

Art. 1927, Si la compra se ha hecho para remitir la cosa a lugar distante, la acción de rebaja del precio prescribirá en un año contado desde la entrega al consignatario, con más el término de emplazamiento que corresponda a la distancia.

Pero será necesario que el comprador, en el tiempo intermedio entre la venta y la remesa, haya podido ignorar el vicio de la cosa, sin negligencia de su parte.

Art. 932. Si el vendedor garantiza por tiempo determinado el buen funcionamiento de la cosa vendida, el comprador deberá reclamar al vendedor por cualquier defecto de funcionamiento que se

Art. 747. Si el vendedor garantiza por tiempo determinado el buen funcionamiento de la cosa vendida, quedará obligado a hacer las correcciones o reparaciones necesarias, incluyendo el suministro de

presente durante el término de la garantía, dentro de los treinta días siguientes a aquel en que lo haya descubierto, so pena de caducidad.

El vendedor deberá indemnizar los perjuicios causados por cualquier defecto de funcionamiento que sea reclamado oportunamente por el comprador.

La garantía sin determinación de plazo expirará al término de dos años, contados a partir de la fecha del contrato.

Art. 933. Se presumen vendidas con garantía las cosas que se acostumbra vender de este modo.

Art. 931. Salvo prueba en contrario, se presumirá que el comprador quiere adquirir la cosa sana, completa y libre de gravámenes, desmembraciones y limitaciones del dominio.

Si el comprador, dentro de los cuatro días siguientes a la entrega o dentro del plazo estipulado en el contrato, alega que la cosa presenta defectos de calidad o cantidad, la controversia se someterá a la decisión de peritos; éstos dictaminarán sobre si los defectos de la cosa afectan notablemente su calidad o la hacen desmerecer en forma tal que no sea de recibo o lo sea a un precio inferior. En este caso, el comprador tendrá derecho a la devolución del precio que haya pagado y el vendedor se hará de nuevo cargo de la cosa, sin perjuicio de la indemnización a que esté obligado por el incumplimiento. El juez, por procedimiento verbal proveerá sobre estos extremos.

repuestos, mano de obra y gastos de transporte, en caso de que durante el tiempo de garantía se presenten defectos o vicios que impidan el buen uso o empleo de la cosa; si lo anterior no fuere posible deberá cambiar la cosa por otra equivalente o de mejor calidad que pueda prestar un buen funcionamiento.

La garantía, sin determinación de plazo, expirará al vencimiento de un año contados a partir de la entrega de la cosa.

Se presumen vendidas con garantía las cosas que se acostumbran a vender de este modo.

Art. 748. Sin perjuicio de las demás acciones, si el comprador, dentro de los cuatro días siguientes a la entrega o dentro del plazo estipulado, comunica al vendedor que la cosa presenta defectos de calidad o cantidad, la controversia se someterá a la decisión de perito. Si éste dictaminare que existe el defecto, el comprador podrá desistir del contrato o pedir rebaja del precio, teniendo en cuenta el precio señalado por el experto.

Pero si el comprador lo quiere,
podrá perseverar en el contrato
al precio fijado por los peritos.

Como podrá advertirse de una simple lectura comparativa entre las normas existentes y las propuestas, además de encontrarse que prácticamente se reproduce el régimen vigente, como se advirtió, cabe hacer los siguientes comentarios sobre algunos detalles que se encuentran en las reglas propuestas, en el caso en que se llegare a argumentar que allí recaen las novedades que justifican el cambio de sistema legal:

- En el artículo 738 de la propuesta se indica que el vicio de la cosa debe ser tal que por causa suya la cosa no sirva para su *uso natural o para el fin previsto en el contrato*.

Si bien el numeral 2º del artículo 1915 del Código Civil vigente tan sólo se refiere al uso natural de la cosa, como el que puede ser afectado por el vicio y el 934 del Código de Comercio señala que el uso comprometido puede ser también el pactado, cabe recordar que ya tanto la doctrina como la jurisprudencia han acogido del denominado concepto “funcional” de forma tal que se ha entendido que el vicio que tiene la calificación de redhibitorio es el que afecta el uso normal o el pactado¹⁴.

- En el artículo 746 de la propuesta se reduce a seis meses, para todo tipo de bienes, el tiempo en que el comprador podrá interponer la acción redhibitoria o la de rebaja de precio, siguiendo para ello lo que ya establece el artículo 938 del Código de Comercio vigente. Independientemente del uso de la palabra “caduca” en vez de “prescripción” que utiliza en los artículos 1924 a 1926 del Código Civil vigente, es claro que se trata de un término de caducidad por las razones ya expresadas en trabajo anterior en el que señalé: “Cabe aceptar que este plazo no es de prescripción sino de caducidad. Las razones para sostenerlo son básicamente estas: a) la acción se extingue por el tiempo sin que sea necesario que sea alegada por el demandado, a diferencia de la prescripción que debe ser propuesta como excepción, y b) como las partes pueden ampliar o restringir el plazo, no puede ser entendida como prescripción, pues esta no permite que los contratantes la modifiquen”¹⁵. Ahora, tal como también ocurre en el régimen vigente, la propuesta no establece el término de prescripción (o caducidad) al que se somete la acción de indemnización de perjuicios consagrada en el artículo 1918 del Código Civil vigente y en el 741 de aquella y de ser así, cabría aplicar los términos generales de prescripción, como ya lo ha acogido la doctrina y jurisprudencia vigente en Colombia¹⁶.

- La propuesta omite el contenido del artículo 1925 del Código Civil vigente según el cual si los vicios no tuvieran la gravedad establecida en el numeral 2º del artículo 1915, el comprador de todas maneras tiene derecho a la rebaja de precio. Si se quisiera mantener el sistema de vicios ocultos, no se entiende el porqué omitir esta norma, la cual puede verse como un medio de tutela equitativo para el comprador que, sin tener posibilidad de interponer la acción redhibitoria, sí al menos podría exigir una rebaja de precio como modo de compensar el tener que asumir que la cosa no se cuenta con la calidad plena esperada.

- El artículo 747 reproduce la norma sobre garantía de buen funcionamiento del artículo 932 del Código de Comercio vigente. Ahora, si bien es cierto el artículo 932 no establece a que tiene derecho el comprador en virtud de la misma, pues pareciere que es

¹⁴ Sobre este aspecto y con referencia a la doctrina y jurisprudencia aludida: Cfr. OVIEDO ALBÁN, *La garantía por vicios ocultos* (...), cit., pp. 70-79.

¹⁵ Cfr. con citas de doctrina y jurisprudencia: OVIEDO ALBÁN, *La garantía por vicios ocultos* (...), cit., p. 256.

¹⁶ Cfr. OVIEDO ALBÁN, *La garantía por vicios ocultos* (...), cit., p. 285.

una acción indemnizatoria, ya la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, desde tiempo atrás ha aclarado el contenido de la misma al establecer que la misma incluye el derecho a la reparación del bien¹⁷.

IV. Conclusión

Como lo he advertido, frente a los vicios ocultos en la compraventa, la propuesta de Código Civil de la Universidad Nacional no da ningún paso adelante, sino que más bien, puede considerarse como un retroceso o al menos un estancamiento en su regulación. Lo anterior, porque al contrario de la que se puede calificar como tendencia internacional generalizada la consistente en incluir en los instrumentos modernos de contratación un sistema unificado de supuestos de incumplimiento al que corresponden también un catálogo de medios de tutela o acciones unificado, al modo de la Convención sobre Compraventa Internacional de mercaderías, la propuesta no solamente introduce – con errores – reglas que al parecer provienen de tales instrumentos, sino que mantiene las reglas sobre saneamientos, los cuales como hasta la saciedad se ha demostrado en el derecho contemporáneo, sin incompatibles, además que el régimen de saneamiento es calificado como insuficiente para resolver los problemas de los compradores en los contratos de compraventa en los tiempos actuales.

A modo de reflexión final, cabría esperar que los redactores de la propuesta caigan en cuenta que no es cuestión de modificar uno que otro artículo de la misma, sino que debiera partirse por indagar: ¿Cuáles son los problemas jurídicos que se pretende resolver? ¿De qué manera cabe hacerlo? ¿Cuáles son aquellos problemas que la legislación actual no resuelve? ¿Cuáles son los modelos de derecho extranjero o los instrumentos internacionales hacia los cuales conviene mirar? Una reflexión pausada, sobre estos y otros aspectos que han sido objeto de cuestionamiento, serviría para que caigan en cuenta que se trata de una propuesta inoportuna.

Bibliografía

- AGUAYO, Juan. *Las manifestaciones y garantías en el Derecho de contratos español*, Civitas, Thomson Reuters, Pamplona, 2011.
- Comisión General de Codificación, *Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos*, Boletín de Información, Gobierno de España – Ministerio de Justicia, Madrid, 2009.
- MANTILLA ESPINOSA, Fabricio; TERNERA BARRIOS, Francisco. “Las acciones del comprador insatisfecho en el Derecho colombiano: un problema de incertidumbre jurídica”, en MANTILLA ESPINOSA, Fabricio; PIZARRO WILSON, Carlos (coords.), *Estudios de Derecho Privado en homenaje al profesor Christian Larroumet*, Santiago de Chile, Universidad Diego Portales, Fundación Fueyo, Universidad del Rosario, 2008, pp. 299-326.
- MORALES MORENO, Antonio Manuel. *La modernización del Derecho de obligaciones*, Cizur Menor, Thomson Civitas, 2006.
- MORALES MORENO, Antonio Manuel. *Incumplimiento del contrato y lucro cesante*, Pamplona, Civitas, Thomson Reuters, 2010.
- ORTI VALLEJO, Antonio. *Los defectos de la cosa en la compraventa civil y mercantil*, Granada, Comares, 2002.

¹⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 11 de septiembre de 1991, M.P. A. OSPINA BOTERO, “G. J.”, t. CCXIII, núm. 2451, p. 120. Con referencia a esto: Cfr. OVIEDO ALBÁN, *La garantía por vicios ocultos* (...), cit., pp. 308-313.

OVEDO ALBÁN, Jorge. *La garantía por vicios ocultos en la compraventa*, Bogotá, Universidad de La Sabana, Temis, 2015.

OVEDO ALBÁN, Jorge. “La falta de conformidad como alternativa a las problemáticas de los vicios ocultos y una propuesta para el Derecho colombiano”, en *Anuario de Derecho Privado* 1 (2019), Universidad de los Andes, 109-151.

SCHWENZER, Ingeborg; HACHEM, Pascal. “Article 1”, en SCHWENZER, Ingeborg (ed.), *SCHLECHTRIEM & SCHWENZER Commentary on the UN Convention on the international sale of goods (CISG)*, 4 ed., Oxford, Oxford University Press, 2016, pp. 27-46.

VAQUER ALOY, Antoni. “Marco general del nuevo Derecho de contratos”, en BOSCH CAPDEVILA, Esteve (dir.), *Nuevas perspectivas del Derecho contractual*, Barcelona, Bosch, 2012, pp. 31 a 70.

ZIMMERMANN, Reinhard. *The New German Law of Obligations*, Oxford, Oxford University Press, 2005.

Sentencias citadas

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 11 de septiembre de 1984, M.P. HUMBERTO MURCIA BALLÉN, G.J., t. CLXXVI, no. 2415, pp. 237 – 248.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 11 de septiembre de 1991, M.P. ALBERTO OSPINA BOTERO, “G. J.”, t. CCXIII, núm. 2451, pág. 120.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, M.P. EDGARDO VILLAMIL PORTILLA, 14 de enero de 2005, exp. 7524.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 18 de diciembre de 2009, M.P. ARTURO SOLARTE RODRÍGUEZ, exp. 41001-3103-004-1996-09616-01.

18. CUESTIONES GENERALES SOBRE EL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL EN LA PROPUESTA DE CÓDIGO CIVIL

MAXIMILIANO A. ARAMBURO CALLE*

La propuesta de Código Civil que se ha presentado por la Universidad Nacional introduciría en materia de responsabilidad civil varios cambios con respecto al modelo del Código vigente, que no ha sido modificado por el legislador en este punto desde el siglo XIX, aunque sí ha sido amplísimamente desarrollado por la jurisprudencia, lo cual explica la extensión de manuales y tratados alrededor de apenas veinte artículos. Que ese modelo, un subsistema dentro del Código, no haya sido tocado por legislador alguno hasta hoy, no indica que no deba serlo: al contrario, en múltiples ocasiones muchos hemos abogado por una actualización del ahora también llamado derecho de daños, para ponerlo a tono con algunas tendencias modernas, sin abjurar de sus orígenes¹.

Muchos son los cambios en la sociedad y en los modos de vida que en otras latitudes han implicado cambios normativos, de tal manera que no se puede pensar con ingenuidad que nuestro articulado resiste enhiesto el paso de los años. El maquinismo, sin ir más lejos, ya hacía reclamar en el derecho francés, hacia finales del siglo XIX, normas que Bello tampoco previó. A esta situación hizo frente, entre nosotros, la rompedora y antiformalista jurisprudencia de la llamada Corte de Oro. La construcción, por ejemplo, hoy se desarrolla de una manera mucho más compleja (en sujetos, técnicas, velocidades), si se le compara con lo que Bello tenía en mente al prever, por ejemplo, la responsabilidad por ruina de edificaciones. Este es, pues, un sector de nuestro ordenamiento tan dinámico y rico en decisiones judiciales que, en el fondo, es transversal a todo el derecho privado (y, con generosidad, también al público) y solo por eso merecía mejor suerte en una propuesta como la que se comenta.

Abordaremos en este texto varias cuestiones que, en un examen preliminar, llaman la atención y que nos llevan a concluir que, en caso de adoptarse, una modificación como la propuesta al derecho vigente sería, como el mitológico centauro, dos seres en uno: se trataría al mismo tiempo de una oportunidad perdida para modernizar “en serio” la responsabilidad civil, y de la introducción de un cuerpo de normas que, más que solucionar algunos problemas actuales, crearía otros más.

I. Sobre la denominación

Lo primero que debe decirse de la disciplina que se prevé en la propuesta de Código Civil elaborada por la Universidad Nacional es que en materia de responsabilidad civil hay algunos rasgos que son extraños a nuestra tradición en la materia.

A este respecto, una primera curiosidad —a lo mejor sin consecuencias, pero no lo sabremos porque no hay trabajos preparatorios— es que el proyecto emplea la voz “responsabilidad extracontractual” únicamente en el art. 28, solo para efectos de resolver los conflictos de la ley en el espacio, pues en el resto del proyecto, se rehúye la denominación y se la reemplaza por “responsabilidad por hechos ilícitos”. Aunque es dudoso que por razones de técnica legislativa sea el Código Civil el llamado a resolver en la actualidad cuestiones de derecho internacional privado (recuérdese que un proyecto muy

* Presidente del Instituto Colombiano de Responsabilidad Civil y del Estado y profesor de la Universidad Pontificia Bolivariana. Doctor en Derecho por la Universidad de Alicante.

¹ ARAMBURO, M. “Modernizar la responsabilidad extracontractual. Un mapa de problemas”, en Castro de Cifuentes, M. (coord.), *Modernización de las obligaciones y los contratos. Seis estudios*, Bogotá, Temis, Uniandes, 2015, pp. 153 y ss.

interesante en preparación es el código de derecho internacional privado, como apunta el profesor Jorge Oviedo Albán en otro aparte de este mismo documento), esa disposición incluye una norma general en virtud de la cual, en caso de dudas acerca del lugar donde se ha realizado el hecho (que es el criterio de aplicación de la ley), se aplicará la ley del domicilio del autor del hecho.

Sobre la aparente incorporación de la categoría de “autor” volveré enseguida, pero interesa resaltar aquí la cuestión general de la denominación. Tampoco el Código Civil vigente emplea voces como “responsabilidad extracontractual”, ni “derecho de daños”, sino “responsabilidad común por los delitos y las culpas”², y ello no ha impedido el uso del binomio contractual-extracontractual, de manera generalizada, por doctrina y jurisprudencia, salvo notorias excepciones, como la doctrina que a partir de la autorizada voz del francés Philippe Le Tourneau rechaza la noción misma de responsabilidad contractual, o la jurisprudencia recentísima que admite una tercera forma de responsabilidad civil que no sería ni contractual ni extracontractual.

¿Tiene algún efecto, entonces, que la propuesta de Código prefiera “responsabilidad por hechos ilícitos”? La discusión en la dogmática no es menor, aunque pudiera parecer apenas filológica. Si lo que se considera “ilícito” —y, por lo tanto, genera responsabilidad— es el “hecho”, de la materia en cuestión podrían quedar excluidas, bajo una lectura literal, las responsabilidades objetivas o sin culpa, que generalmente se refieren a hechos lícitos desplegados por un agente a quien, sin juicio de reproche a su comportamiento, se le atribuye la obligación de reparar. Si, por el contrario, lo que se califica como ilícito es la causación de un daño, entonces quedarían comprendidas todas las formas de responsabilidad, con culpa o sin ella.

Desconozco cuál sea el origen de la denominación elegida por los redactores del proyecto, pero no habría que considerar la hipótesis de que provenga del derecho anglosajón y que “hechos ilícitos” sea una tropicalización de *torts*. Pero a renglón seguido la especie debe descartarse, pues si así fuese sería de esperar que el sistema diferenciara claramente los *torts* del *breach of contract*, o del *unjust enrichment*... y claramente no es así: no solo la armazón normativa de los “hechos ilícitos” no se asemeja a lo que podríamos denominar la semitipicidad de los *torts*, sino que el tratamiento uniforme de los daños con lo previsto para la responsabilidad contractual (denominación también repelida por el proyecto), parece permitir que racionalmente se descarte la inspiración anglosajona en este punto pese a que, se insiste, los trabajos preparatorios no han salido a la luz. Descartado quedaría también el origen de la denominación en otra de las fuentes que los redactores del proyecto han invocado como inspiración para este proyecto, como es el Código Civil y Comercial de la Nación, de Argentina, pues no solo ese cuerpo normativo expresamente adopta la denominación “responsabilidad extracontractual”, sino que —además— el tratamiento sistemático es completamente diferente al propuesto por la Universidad Nacional.

Oscuras son entonces, por ahora, las razones para cambiar una expresión poco usada (“responsabilidad común por los delitos y las culpas”) por una diferente de la que se encuentra acuñada tanto en el habla cotidiana como en la doctrina y la jurisprudencia.

II. El concepto de autor en la responsabilidad civil

Una segunda cuestión es que en la propuesta también aparece un concepto ajeno a nuestra tradición jurídica, que aparece tímidamente en algunas disposiciones, y de él no se

² Ya Fernando Vélez, al reproducir las palabras de Vera en relación con el código chileno, criticaba la denominación “por los delitos y las culpas” empleada el Código Civil (VÉLEZ, F., *Estudio sobre el derecho civil colombiano*, t. IX, 2 ed., París, París-América, 1926, p. 3), pero prácticamente no se encuentra en su obra la expresión “responsabilidad extracontractual”.

desprenden consecuencias normativas. Esto por una parte introduce “ruido” en el sistema, y por la otra genera dudas de cuál es la estructura a la que apunta la categoría que aparece y desaparece de él. Me refiero al concepto de “autor” del hecho, en lugar de “responsable”, en los términos del ya mencionado art. 28 de la propuesta de código.

La dogmática civil, incluso en los proyectos modernos —por ejemplo, los PETL— evita hablar de autor, pues la categoría que resulta relevante suele ser la de imputación: el responsable es aquél a quien se pueda imputar el daño, que puede (o no) coincidir con el “autor” del mismo. En otras palabras, mientras la noción de “autor” parece aludir a un concepto material —que no obstante podría definirse por la doctrina, si tuviera algún efecto en el sistema—, la de imputación al responsable es una categoría jurídica. Ya he escrito en otra parte³ que, a diferencia de la responsabilidad civil, el derecho penal ha construido una categoría dogmática de autor, que permite diferenciar a quien “domina el hecho” de quien es apenas un partícipe en él, fundamento a partir del cual se diferencian las consecuencias punitivas para unos y otros. En ese sentido, la participación es accesoria con respecto a la autoría, y —en principio— no puede haber partícipe sin autor, pero sí viceversa. En el derecho de la responsabilidad civil actual, por el contrario, se suele poner el énfasis en quién sufre el daño y no en el comportamiento del autor, o en su reproche, pues la pregunta relevante en este sector del ordenamiento consiste en indagar a quién puede atribuírsele la obligación de reparar los efectos de un daño, incluso si ese responsable es diferente de quien materialmente lo causó.

La tímida aparición del autor en el art. 28 citado genera algunos problemas sistemáticos. La propuesta de código contempla en su art. 535 una regla de solidaridad entre quien causa el daño y quien “inicia” o “ayuda” a otra persona a causarlo. En el código de Bello, una regla similar obliga a indemnizar el daño a quien obtenga provecho de él, regla que, pese a su escaso empleo (difícilmente se encuentran sentencias que la apliquen), tiene dos límites muy importantes. En virtud del primero de los límites, en el código actual la solidaridad prevista en el segundo inciso del art. 2344 opera únicamente para casos de daños causados dolosamente. Por su parte, en la norma que prevé la propuesta de código en el artículo citado, no se establece distinción alguna: la solidaridad operará tanto para daños dolosos como culposos o imprudentes.

El segundo es que en nuestro decimonónico código la responsabilidad solidaria (con el autor) se limita al beneficio que el tercero reporta del daño causado, mientras que en el texto propuesto la responsabilidad sería solidaria para quien (i) “inicia” o (ii) “ayuda a causar” el daño y (iii) para quien se aproveche de este, a sabiendas. Mientras el tercer caso se refiere a una conducta dolosa posterior al hecho dañoso (lo cual genera dudas: se responde por un hecho posterior al que causa el daño), en los dos primeros casos se trata de conductas accesorias cuyo alcance dará lugar a muchas dudas, tales como qué alcance debe darse a “iniciar”, o qué tipo de ayuda compromete la responsabilidad.

Esto permite preguntarse si el sistema propuesto de responsabilidad civil extracontractual se inclinará hacia las categorías de la dogmática penal, a la luz de la inclusión de conductas accesorias como “iniciar” o “ayudar a causar” entre las generadoras de responsabilidad. Si esto es así, el concepto de autor que apareció en el art. 28, volvería a aparecer implícitamente en la disciplina de la responsabilidad por hechos ilícitos, y sería posible diferenciar entre autores y partícipes. Sin embargo, sería una aparición como la del gato de Cheshire, del gran Lewis Carroll, pues una vez aparece, desaparece dejando únicamente su sonrisa (que lentamente también se desvanece): en efecto, la principal consecuencia de esta distinción —que es el tratamiento diferenciado de las dos categorías, como consecuencia del principio de accesoriedad— desaparecería justo en la norma que

³ ARAMBURO CALLE, M., “El (fantasmagórico) concepto de autoría en la responsabilidad civil”, en *Ámbito Jurídico*, No. 459, p. 13.

permite hacerla (el art. 535 del proyecto), ya que el efecto para unos y otros será el mismo: responsabilidad solidaria.

Una conclusión preliminar de esta cuestión, entonces, es que hay ruido en el sistema: el autor que aparece y desaparece, no solo no se asemeja verdaderamente al modelo del sistema penal, sino que además tampoco parece tener un papel relevante en las normas de la disciplina.

III. La arquitectura del sistema de responsabilidad extracontractual

Una segunda consideración de orden sistemático, más breve en su descripción a los efectos de este texto, es que las normas sobre responsabilidad extracontractual hacen parte del libro de las obligaciones y se encuentran desarrolladas en un título sobre las fuentes de las mismas, entre los contratos y el enriquecimiento sin causa.

Se trata, como en el código vigente, de veinte artículos, lo que podría inducir a pensar que se ha mantenido la extensión y complejidad del sistema actual, ya que se desarrolla en igual cantidad de disposiciones normativas. Esa afirmación, con todo, sería errada. Por una parte, porque si bien se mantienen algunas normas de las que podría decirse que su “letra y espíritu” no corresponden a los tiempos actuales, no todas las normas coinciden con las existentes.

Entre las normas que inexplicablemente se incorporan en un proyecto “de avanzada”, estarían a título de ejemplo el artículo que 545, que sigue hablando, como en el siglo XIX, de la responsabilidad de los directores de escuelas o talleres, en lugar de la responsabilidad de la persona jurídica correspondiente (con lo que, de paso, se ignora la jurisprudencia que desde los años sesenta del siglo pasado había aclarado de manera suficiente el punto); o el art. 551, que divide la indemnización por daños que causa una cosa que cae de un edificio, entre todos los “habitantes” de la misma zona de la construcción, figura que ignora que esa fue la solución apta para los tiempos de Bello, que no conoció la propiedad horizontal, la cual aporta soluciones más justas con la víctima y con aquellos demandados que no tienen nada que ver con el hecho.

Por otra parte, porque el catálogo de instituciones que se contemplan en esos veinte artículos tampoco coincide en su contenido con las hoy vigentes. Así, por ejemplo, se contemplan algunos enunciados⁴ cuya función interpretativa podría ser relevante, como la expresa consagración de la “guarda” en el numeral 4 (que comprende los artículos 550 a 552). Aunque esa expresión no aparece en el código vigente, esa ausencia nunca obstó para que doctrina y jurisprudencia desarrollaran, inspirados en el derecho francés, la figura del guardián de la actividad peligrosa. Aquí, la novedad sistemática es que la “guarda” se predicará de las cosas inanimadas, pero no de las actividades peligrosas: las cosas inanimadas se “guardan”, pero las actividades peligrosas se ejercen. En estas, eso sí, se incorpora una definición de lo que se considera actividad peligrosa (art. 553) y se propone una redacción que superaría la vieja discusión alrededor del actual art. 2356, pues parece decantarse la propuesta por la consideración de que se trata de una responsabilidad sin culpa.

En un conocido artículo sobre el programa modernizador de la responsabilidad civil, el profesor catalán Miquel Martín-Casals abogaba por un esquema de parte general y

⁴ Desde el punto de vista de la técnica legislativa, es bien dudosa la función que cumplen los enunciados que acompañan algunos numerales en los que se subdividen los capítulos. La propuesta, así, se divide en libros, títulos, capítulos, numerales —que son la innovación en la nomenclatura— y artículos. Mientras los artículos carecen de un título, como en el código de Bello, los numerales, con los enunciados que los acompañan, parecen cumplir una función de agrupación de instituciones.

parte especial, quizás a partir del derecho alemán⁵. El sistema previsto por la propuesta de código parece desechar también esa vía legislativa, al consagrar una regla general de responsabilidad en el art. 533, cuya redacción podría mejorar notablemente. Esta regla sienta como base general de la responsabilidad la culpa (en sentido amplio: dolo o culpa) pero añade una norma que parece de responsabilidad *sin* culpa (“Se es responsable no solo por su acto”), y luego la reiteración de la responsabilidad subjetiva (“sino también por su negligencia o su descuido”). Así enunciada, la regla —a la que sigue de manera innecesaria la enumeración no taxativa de los artículos que consagran reglas de responsabilidad específica— es confusa. Primero, porque parece partir de la excepción, para luego consagrar la regla general. Segundo, porque no parece que tenga mucho sentido hacer una enumeración extensa de hipótesis, que no es exhaustiva, pues no se ha optado por el esquema de tipificar en una parte especial todas las hipótesis de responsabilidad.

El esquema, entonces, parece mantener la idea de una regla general de responsabilidad por culpa y un listado de responsabilidades especiales que, sin embargo, no está completo. Podría decirse, incluso, que con el articulado propuesto se pierde una oportunidad de oro para regular de manera sistemática y ordenada la materia, al menos por la vía de la recopilación ordenada —que es uno de los reclamos que para sus redactores justifican la promoción de la propuesta— de normas que disciplinan responsabilidades verdaderamente especiales, como la responsabilidad por daño ambiental, las diferentes responsabilidades profesionales, la responsabilidad por daños en la llamada “era tecnológica”, las responsabilidades por infracción a derechos de propiedad industrial e intelectual, las responsabilidades por violación de los cada vez más abundantes reglamentos en la era de la regulación, o incluso la responsabilidad por productos defectuosos.

Así mismo, por supuesto, hay normas dispersas por fuera de lo que podríamos llamar el esquema central. Un par de ejemplos: en primer lugar, llama la atención que en el Libro Primero, el título segundo haga la distinción entre derechos patrimoniales y extrapatrimoniales, al hilo de la cual se prevé el art. 37, que la afectación de los segundos “podrá” dar lugar a indemnización, previsión que no se encuentra frente a los derechos patrimoniales. Dos alternativas son posibles: o bien la distinción implica que la afectación de derechos patrimoniales no es indemnizable, lo que sería absurdo y (casi) nadie sostendría, o bien los promotores de la propuesta consideran que la aclaración es necesaria por vía legislativa (en una norma que sería constitutiva según la tipología de los enunciados jurídicos moderna) como si en nuestro sistema tal cuestión estuviera en duda... y no parece estarlo, al menos desde que don León Villaveces ganó, en 1992, su famoso pleito contra el Municipio de Bogotá en 1922.

Semejante es el caso del segundo ejemplo, contenido en art. 48, que establece que son indemnizables los daños a los derechos de la personalidad (¿son diferentes de los derechos extrapatrimoniales?). Con tino se pregunta la profesora Catalina Salgado Ramírez, en uno de los textos incorporados en este mismo documento, si no basta para estos dos supuestos la cláusula general de responsabilidad del ya citado art. 533. Si de generar efectos simbólicos se trata, entonces disposiciones semejantes tendrían que establecerse para cualquier clasificación de los derechos que pudiéramos imaginar⁶.

⁵ MARTÍN-CASALS, M., “La ‘modernización’ del derecho de la responsabilidad extracontractual”, en *Cuestiones actuales en materia de responsabilidad civil. XV Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil. A Coruña, 8 y 9 de abril de 2011*, Murcia, APDC-Editum, 2011, pp. 11-113.

⁶ Un asunto anexo al aquí tratado tiene que ver con el alcance de la responsabilidad civil, en general. Si se indemniza la afectación a derechos o a intereses, es cuestión que resolvía el exmagistrado Hernando Tapias Rocha, en relación con el código vigente, por la vía de interpretar el art. 2342 (TAPIAS ROCHA, H., “La concepción del daño en el Código de Bello”, en Mantilla Espinoza, F.; Pizarro Wilson, C. (coords.), *Estudios de derecho privado en homenaje a Christian Larroumet*, Bogotá/Santiago, Universidad del Rosario, Universidad Diego Portales, 2008, pp. 199-212). Se trata de un problema asociado a la distinción entre daños y perjuicios, y a la posibilidad de poner en marcha mecanismos de responsabilidad civil para la indemnización por la mera

IV. El perjuicio como terreno común de las responsabilidades contractual y extracontractual

Más allá de las normas que regulan las hipótesis de responsabilidad, sobre algunas de las cuales se volverá, en materia de perjuicios se incorpora un título, el IV, que es común a la responsabilidad contractual (“por inejecución de obligaciones” en la denominación de la propuesta) y a la extracontractual (o “por hechos ilícitos”). Esta incorporación del título común, que no comentaré, también es ajena a nuestra tradición, pero no por ello criticable en sí misma.

Que este título sea común implica que la opción de los redactores no corresponde, como se anunció, a la idea anglosajona de separar tajantemente entre *tort law* y *breach of contract*. Pero al mismo tiempo permite preguntarse si esas disposiciones se aplicarían de manera directa o por analogía —lo que podría tener efectos en cuanto a la vía por la que se atacarían decisiones en casación— cuando se trate de hipótesis especiales de responsabilidad civil, que no sean ni lo uno ni lo otro, como las responsabilidades especiales que pareció identificar la Corte Suprema de Justicia en jurisprudencia reciente (sentencia SC780 de marzo 10 de 2020).

Por supuesto, esta propuesta de regulación común de los daños indemnizables en cada tipo de responsabilidad parece dejar de lado, quizás deliberadamente, otros esfuerzos legislativos que, siguiendo el criterio de identificar los perjuicios a partir del tipo de daño inferido, han pretendido regular cuestiones puntuales. Tal es el caso del proyecto de indemnización de daños a la persona, que ya había comenzado su andadura legislativa al divulgarse la propuesta de la Universidad Nacional y que podría quedarse sin sustento en caso de que ésta fuera presentada al Congreso.

Esto quiere decir que en materia extracontractual no se definen los daños indemnizables, cuestión que queda deferida en ese título común a ambos tipos de responsabilidad. Allí se elige, por ejemplo, la solución de considerar la pérdida de oportunidad como un daño patrimonial, que no se define (como sí se definen el daño emergente y el lucro cesante) y que abrirá no pocas polémicas, teniendo en cuenta los vaivenes de la jurisprudencia sobre este punto. Aquí se introducen, también, normas de reparación en equidad, cuando la cuantía del daño resulte “demasiado difícil” o “costosa judicialmente”, tema sobre el que se volverá brevemente al final de este texto.

Las reglas sobre cuantificación del lucro cesante (art. 591 y 592) no consultan los avances jurisprudenciales, donde los debates no son pocos y bien valdría la pena una expresa legislación. Así mismo, se establecen reglas que limitan el daño moral, al que no obstante tampoco se le define: se pone un tope legal de doscientos salarios mínimos, sin especificar si se seguirá dejando al arbitrio judicial. En uno y otro caso, se ignoran, de nuevo, los esfuerzos legislativos para regular el daño a la persona. Pero lo que parece más cuestionable, se establecen normas que permiten determinar la cuantía de la indemnización en función de la gravedad de la culpa, y no de la magnitud del daño, lo que abre la puerta a que se considere la función punitiva de la responsabilidad civil.

V. El alcance de la regla general de responsabilidad

Las hipótesis reguladas entre los artículos 534 a 555 merecen varias observaciones, pero destacaré solo algunas, a manera de ejemplo, con los efectos limitados de este comentario:

afectación de derechos (*damages without loss*, en la terminología de un conocido artículo que, en el derecho inglés, planteó la cuestión). Este problema no lo resuelve la propuesta comentada.

La responsabilidad por abuso del derecho, prevista en el art. 534, ha sido tradicionalmente una regla de un ilícito atípico. Aunque en tanto ilícito atípico no era estrictamente necesario regularlo, es saludable su consagración expresa, pero tiene un añadido de los límites de la buena fe que generará confusión y litigiosidad. Con todo, ya la doctrina y la jurisprudencia han encontrado hipótesis de abuso del derecho como hipótesis de responsabilidad contractual, con lo cual limitarla al ámbito extracontractual —es decir: de los “hechos ilícitos”— podría generar alguna perplejidad innecesaria.

Se consagra, como ya se advirtió, una regla de solidaridad entre quien causa el daño y quien “inicia” o “ayuda” a otra persona a causarlo, en el art. 535. En el Código vigente, una regla similar tiene varios límites que en el proyecto desaparecen. El primero, es que en el código actual esa regla prevista en el art. 2343 solo opera para casos de daños causados dolosamente. El segundo, es que la responsabilidad se limita hasta el beneficio que el tercero reporta del daño causado. En el texto propuesto, en cambio, se amplía esta responsabilidad de manera difícil de controlar: ¿qué es iniciar o ayudar a causar? ¿Se exige dolo de causar daño en esas conductas accesorias? Esta regla, entonces, implica incorporar a la responsabilidad civil una categoría similar a la participación penal, pero sin gozar de los límites que tiene en aquel sector del ordenamiento.

En el artículo 536 se resuelve el problema de la sobredeterminación causal de la misma manera que lo resuelven los PETL. Sin embargo, no se sigue la técnica de los PETL (o de proyectos similares) cuyas normas sobre causalidad y fundamentación explican soluciones como esta, ni se incorporan las normas que en ese tipo de proyectos complementan las soluciones a la sobredeterminación e infradeterminación causal. Sí se incluye una regla de solidaridad para los casos en que no se pueda identificar al responsable en un grupo determinado de personas, pero se la limita, de manera incomprensible, al ámbito hospitalario (lo que puede abrir la puerta, innecesariamente, a que en otros ámbitos o bien se aplique por analogía, o bien se descarte con una interpretación restrictiva, lo que debería dejarse solucionado desde la legislación).

Por otra parte, la regla de “reparto” de la indemnización entre responsables solidarios prevista en el art. 537 es la culpa (“en proporción a la culpa de cada cual”), lo que supone que se confunden las nociones de culpa y causalidad. El problema fundamental aquí, con todo, es que no se establece regla de reparto cuando no hay culpa, de suerte que todos los casos en los que no sea posible establecer la “proporción”, se reparten “por partes iguales”, generando notorias inequidades.

Es curioso, además, que se fije la llamada capacidad aquiliana en los 12 años, aumentándola en dos años frente a la regla prevista en el art. 2346 del Código actual. Añade una causal de incapacidad aquiliana derivada de la incapacidad de querer o comprender asociada a la causación del daño, que había desaparecido en la ley 1996 de 2020 para quienes antes se consideraban incapaces respecto de la condición mental. Si esta norma se aprobase, sería de tal apertura que cobijaría supuestos diferentes de la discapacidad mental (por ejemplo, estar bajo efectos de ciertas sustancias). Curiosamente, la incapacidad aquiliana tal como queda prevista en la propuesta de código, no elimina completamente la responsabilidad, pues ésta subsiste por vía de equidad, cuando el juez encuentra supuestos en los que por la esa incapacidad o por insolvencia del tercero civilmente responsable, la víctima no obtendría reparación, con lo cual en la práctica se elimina el único efecto de la incapacidad aquiliana, que es la ausencia de responsabilidad, y se elimina no por un factor asociado al agente o al hecho dañoso, sino por una condición de la víctima que, al menos en principio, nada tiene que ver con aquél.

La contribución de la víctima al resultado se incorpora como causal para reducir la indemnización (art. 539). Sin embargo, sería deseable que se mejorara la redacción para aclarar que se debe tratar de contribución estrictamente causal.

Además, el artículo en cuestión incluye una consecuencia de infringir el deber de mitigar el propio daño. Esta norma es novedosa, importante y saludable. Pero por razones de técnica legislativa, el deber debería estar consagrado de manera independiente y previa a la norma que regula los efectos de su incumplimiento (y no hay norma que consagre tal deber). Es posible considerar que ese deber está posteriormente (art. 543) pero no es tan claro si ese deber está consagrado para el causante del daño o para quien lo sufre.

Es saludable, además, que se incorporen de manera expresa las causales de justificación a la responsabilidad civil (arts. 540 a 542). Pero es curioso que se ubique estas normas dentro de lo que se denomina “hechos ilícitos”, cuando el presupuesto de las causales de justificación es que hacen que la causación de daños sea, justamente, lícita. Más curioso aún que pese a considerarlas causales excluyentes de responsabilidad (que en rigor, deberían excluir la imputación) den lugar a una condena en equidad. Es especialmente preocupante que uno de los criterios para conceder esa indemnización en equidad sea la capacidad económica de las partes, pues entonces la medida de la indemnización no será el daño efectivamente causado. Esto rompe de manera directa el llamado principio de reparación integral, que han reconocido de tiempo atrás doctrina y jurisprudencia.

Por su parte, el art. 543 parece contemplar, como se advirtió, un deber de evitar y disminuir el propio daño. Esta norma incorpora una regla económica de culpa semejante a la conocida fórmula de Hand, pero su redacción da lugar a algunas inquietudes: si contempla un deber para el causante del daño de incorporar medidas para evitar un daño, disminuirlo o no agravarlo, entonces no tiene sentido que la indemnización se reduzca en caso de que tales medidas no se adopten (pues en cualquier caso, no adoptarlas sería una culpa adicional del causante, posterior al daño, y se premiaría al causante por no adoptarlas). Si por el contrario contempla un deber para quien sufre el daño, que debe consistir en mitigarlo, entonces debería decirse expresamente (“El que sufre un daño tiene el deber de disminuirlo y no agravarlo...”), para que tenga sentido la reducción de la indemnización en caso de no adoptarse las medidas de mitigación. En cualquier caso, el recurso a la equidad para disminuir la indemnización deja abierta la puerta a la arbitrariedad judicial, lo que parece contradictorio con la promesa de desjudicialización que sus redactores asocian a la propuesta de nueva codificación.

El mismo art. 543 parece incluir, además, una norma procesal (semejante a una medida cautelar innominada), que permite una acción en responsabilidad civil para la evitación del daño. Su consagración permite imaginar otras hipótesis semejantes que los promotores de la propuesta no han contemplado, como podrían ser, por ejemplo, reglas de responsabilidad por abuso del derecho de litigar.

Las reglas de responsabilidad por el hecho ajeno parecen reproducir las vigentes, pero es necesario tener algunos cuidados:

- i. La regla del art. 544 no limita la responsabilidad de los padres a los hijos *menores* (como el art. 2348 actual). Mantiene la distinción entre dos hipótesis de responsabilidad (una con culpa presunta y otra con culpa probada).
- ii. La regla del art. 545, ya citada, reitera la anacrónica norma del art. 2347 actual, que atribuye responsabilidad al *director* de colegios (escuelas, talleres, etc.), en vez de atribuirlo a la persona jurídica correspondiente, como corresponde a la educación en el siglo XXI.
- iii. Introduce dos reglas responsabilidad típicamente contractual (delegación típicamente contractual) pese a ser el capítulo que aparentemente corresponde a los hechos ilícitos (extracontractuales).

VI. El recurso a la equidad

Una observación final, al margen de otras posibles, tiene que ver con las diferentes hipótesis en las que la propuesta de Código se decanta por una indemnización en equidad, en al menos ciertos casos en los que el propio articulado llevaría a concluir que no hay responsabilidad. Son los casos, por ejemplo, en los que el incapaz no es responsable, pero la situación económica de la víctima permite al juez condenar en equidad (art. 538); los casos en que se reconoce una causal de justificación, pero la gravedad del daño, sin considerar la conducta del agente, permite al juez concederle una indemnización en equidad (art. 542); y los casos en los que se reduce en equidad la indemnización, cuando no se adopten medidas de disminución y mitigación del daño (art. 543).

Ese múltiple recurso a la equidad, por una parte, es inconsistente con la promesa de desjudicialización y es inconsistente con la idea de un código de reglas claras que permita posibilidades de defensa a los demandados, de tal suerte que los litigios se resuelvan en un terreno común para los litigantes: una defensa planteada en ciertos términos, que sea inútil porque, aun en caso de triunfar, permite al juez una condena en equidad con independencia de los factores que determinan la responsabilidad, puede obedecer a un paradigma de protección de víctimas, pero a costa de vigencia de las propias reglas que disciplinan la institución que se aplica y de la confianza legítima de las partes en su aplicación. Si la cuerda de la reparación en equidad se estira mucho, en desmedro de otras herramientas más precisas (como las propias de la reparación de daños a la persona o aun del seguro, que nunca podrá prever ese tipo de reparaciones, de tal manera que su costo se haga previsible), el péndulo del derecho de daños, que hoy está del lado de las víctimas, podría volverse contra ellas.

19. EL DERECHO COMERCIAL EN EL PROYECTO DE CÓDIGO CIVIL

YIRA LÓPEZ CASTRO*

La breve nota que acompaña el proyecto de Código Civil propuesto por la Universidad Nacional de Colombia señala que la propuesta se inspira en el “propósito de contar con un ordenamiento privado coherente y actual”. Teniendo como base esas finalidades que busca alcanzar el proyecto, este texto menciona algunas cuestiones que podrían ser revisadas para lograr i) la coherencia y ii) la actualidad del derecho privado.

De esa forma, este texto, dividido en dos partes que corresponden a esos dos propósitos, tiene un objetivo en extremo modesto, pues menciona de manera somera esos objetivos frente a las reglas que modifican al derecho comercial, en especial a partir del impacto que el libro IV del proyecto denominado “De los contratos” parece generar en asuntos como los actos de comercio, los comerciantes y algunos tipos de contratos mercantiles.

El libro IV denominado “de los contratos” incluye 38 títulos que se refieren a diversos tipos contractuales. La reforma al régimen de contratos tipo que propone el proyecto se realiza mediante diferentes vías:

- i) La unificación de las reglas para contratos que en la actualidad tienen una dicotomía en los códigos de derecho privado. Ello ocurre con la propuesta para unificar la regulación en materia de contratos de compraventa, permuta, mutuo, mandato y anticresis.
- ii) El traslado de los contratos mercantiles que en la actualidad se encuentran ubicados en los libros segundo, tercero y cuarto del Código de Comercio y que con el proyecto pasarían al libro IV del Código Civil. Ello ocurre con los contratos de suministro, fiducia, hospedaje, transporte, preposición, comisión, agencia, corretaje, consignación, cuenta corriente, sociedad de hecho (la cual parece estar incluida dentro de la expresión “contratos asociativos - título XXIV), cuentas en participación, contratos bancarios (depósito bancario, cuenta corriente bancaria, apertura de crédito, crédito documentario, cajillas de seguridad), contrato de seguro, edición. Algunas reglas de estos contratos no solo pasan de un lugar a otro en la regulación, sino que además se modifican.
- iii) La ubicación en un mismo lugar de reglas generales y la referencia a algunas reglas que se encuentran en la actualidad en normas especiales. Tal es el caso de la regulación en materia de arrendamiento que incluye algunas reglas especiales en materia de arrendamiento de vivienda urbana y arrendamiento de local comercial.
- iv) La tipificación de algunos contratos como, por ejemplo, el consorcio, la agrupación de interés económico, la concesión que incluye la concesión de espacios y la concesión hotelera, la distribución y la franquicia.
- v) En el listado de contratos también aparecen contratos cuya regulación se encuentra en el Código Civil como, por ejemplo, la transacción, el comodato, el contrato de

* Directora de la Especialización en Derecho Comercial de la Universidad del Rosario.

obra, la fianza y el régimen de donaciones (que pasa acertadamente del libro tercero sobre bienes al libro sobre contratos).

- vi) La propuesta codifica regímenes que ya se habían unificado mediante leyes especiales como es el caso del régimen de garantía mobiliaria (Ley 1676 de 2013).

Así, en este contexto, este texto pretende evidenciar cómo estas distintas vías adoptadas en el Libro IV del proyecto de Código Civil realizan importantes cambios a asuntos centrales del derecho comercial. No solo se trata de la unificación de contratos mediante la extracción de los que se encuentran ubicados en el libro IV del Código de Comercio; además, el proyecto tipifica contratos mercantiles que hasta ahora se han dejado a la autonomía de los comerciantes y también termina por afectar asuntos centrales del régimen de fuentes del derecho comercial, la forma de integración del derecho comercial, los actos de comercio, el derecho de sociedades y el régimen de bienes mercantiles.

La ausencia de un texto explicativo sobre el proyecto de Código Civil impide conocer cuál es el alcance y cuáles las consecuencias que los redactores previeron sobre lo que significaría para el derecho comercial extraer el libro cuarto y algunos contratos del libro segundo y tercero del Código de Comercio. Con el texto actual no resulta sencillo identificar cuál es la articulación entre lo que quedaría vigente del Código de Comercio y las normas propuestas, por lo que valdría la pena que los impulsores del proyecto hicieran explícitas algunas derogatorias y se articularan las reglas propuestas con aquello que quedaría en el Código de Comercio. Así, teniendo como única fuente el articulado propuesto, las siguientes líneas llaman la atención sobre algunas cuestiones relacionadas con el derecho comercial sobre las que resulta importante reflexionar en esta etapa inicial del proyecto para lograr (I) la coherencia y (II) la actualización del derecho comercial.

I. Coherencia entre los asuntos que permanecen en el Código de Comercio

A continuación, se plantean algunas inquietudes centrales que deja esta versión del proyecto sobre lo que queda del derecho comercial con las modificaciones que propone el proyecto de Código Civil (1.1) y las materias mercantiles que resultarían impactadas con la propuesta y frente a las cuales el proyecto guarda reserva (1.2).

1.1. ¿Qué queda del derecho comercial con el proyecto de Código Civil?

Eliminar la dicotomía de la regulación sobre contratos típicos es una tarea pendiente y por ello encuentro loable la propuesta de unificación. En todo caso, la eliminación de la categoría “contratos mercantiles” plantea interrogantes centrales sobre los actos de comercio, una institución que, aunque en la actualidad parece haber perdido utilidad, intenta explicar el contenido material del derecho comercial. Así, del proyecto no resulta claro si desaparecen las categorías “actos, operaciones y empresas mercantiles” del artículo 20 del Código de Comercio, los “actos de comercio conexos” (artículo 21), los “actos de comercio mixtos” (artículo 22) y los “actos no mercantiles” (artículo 23).

Si lo que busca la propuesta es que desaparezca la teoría del acto de comercio, con lo cual se avanzaría en un debate importante sobre esta institución anacrónica, quedaría por establecer si se modifica la definición de “comerciantes” como aquellos que “profesionalmente se ocupan en alguna de las actividades que la ley considera mercantiles” (artículo 10 del Código de Comercio). Ello significaría también revisar el denominado “estatuto de los comerciantes”, un asunto que en la actualidad es necesario fijar en el debate para identificar, por ejemplo, si aún resulta conveniente mantener instituciones como el registro mercantil.

El proyecto genera incertidumbre sobre el ámbito de aplicación del derecho comercial y sobre sus fuentes. Así, es necesario que en desarrollo de las discusiones que vendrán en las siguientes fases del proyecto se aclare el régimen de fuentes y de integración del derecho comercial, pues no puede extraerse el libro IV del Código de Comercio sin aclarar cómo afecta esto a su título preliminar y a los demás libros del Código de Comercio, ni como se reemplazarían los vasos comunicantes que en la actualidad existen entre el Código de Comercio y el Civil. Por ejemplo, el proyecto debe ser capaz de explicar cuál es la consecuencia de eliminar el artículo 822 del Código de Comercio para las operaciones contractuales en el derecho societario y los negocios jurídicos sobre bienes mercantiles. Y también si se aplican las normas del Código Civil a las materias mercantiles que permanezcan en el Código de Comercio acudiendo a la jerarquía de las normas civiles propuesta por el artículo 2º del Código de Comercio.

1.2. Es necesario aclarar las derogatorias

El artículo 2065 del proyecto enlista las derogatorias y no menciona dentro de las materias derogadas a los actos de comercio que podrían resultar inaplicables con la inexistencia de la distinción entre negocios mercantiles y civiles; ni tampoco alude al libro segundo que resultaría modificado por las normas que se proponen sobre el contrato de cuentas en participación y las asociaciones. Tampoco se mencionan dentro de las normas derogadas las de arrendamiento de local comercial que se encuentran en el libro de bienes mercantiles del Código de Comercio.

El artículo 2067 señala que el Código de Comercio quedaría conformado por los libros actuales exceptuando el libro IV. Esa afirmación resulta confusa por lo indicado en el punto anterior: el articulado del proyecto no solo se refiere a los contratos mercantiles del actual libro IV del Código de Comercio; se incluyen normas sobre asociaciones, cuentas en participación y arrendamiento de local comercial. Adicionalmente, el proyecto señala que continua vigente el libro I del Código de Comercio; sin embargo, instituciones como actos de comercio y comerciante se desarticulan pues la determinación de algunos actos de comercio no tendría sentido frente a la unificación de contratos.

Así, el proyecto tendría que romper el hermetismo frente a asuntos como la eventual desarticulación de las categorías actos de comercio y comerciante y aclarar los vasos comunicantes entre el régimen de obligaciones y contratos y el derecho societario y la regulación sobre los bienes mercantiles.

II. Algunas cuestiones sobre la actualización que pretende el proyecto

Otro propósito que se deja planteado en la nota con la que se presenta el proyecto es la necesidad de actualizar el derecho privado. En materia mercantil hay algunas materias que deben ser reformadas y que no se encuentran en el proyecto (2.1). Por el contrario, otras propuestas como la tipificación de contratos merecen ser revisadas con atención, pues en un derecho que tiene como base la protección a la libertad de contratación, cualquier intromisión legislativa debe estar fundamentada adecuadamente dado que ello tendrá impacto en la vida económica del país (2.2).

2.1. Las materias que merecen ser modernizadas y que el proyecto no incluye

En relación con los contratos mercantiles, el proyecto mantiene algunas reglas sobre el arrendamiento de local comercial que hoy resultan anacrónicas como la renovación automática, el desahucio y el derecho de preferencia. El proyecto no se refiere al derecho al

subarriendo ni a la cesión del contrato de arrendamiento como consecuencia de la enajenación. Tampoco aclara la naturaleza imperativa o supletiva de los derechos del arrendatario, lo que genera confusión.

En el mismo sentido, algunas reglas del contrato de agencia que en el proyecto del Código Civil permanecen intactas deberían ser revisadas. Ello ocurre con las reglas sobre la exclusividad, la indemnización equitativa, las causales de terminación unilateral y la aplicación de la ley nacional incluso si el contrato de agencia es internacional.

Adicionalmente, el proyecto debería dejar clara la eliminación de la artificiosa figura del acto de comercio y las implicaciones sobre el estatuto especial de los comerciantes. Asuntos que, como se mencionó líneas atrás, es necesario revisar.

2.2. Las limitaciones a la libertad de contratación mediante la tipificación de contratos mercantiles

Es indispensable que el proyecto explique cuáles son las razones para introducir reglas sobre los contratos que en la actualidad son atípicos y también si resulta conveniente codificarlos. Aunque este texto no se ocupa de analizar cuestiones fundamentales como el método de codificación escogido por la propuesta, es necesario que frente a cada una de las materias que se incluyen en el extenso proyecto se demuestre por qué resultaría más conveniente crear normas que afectan la autonomía de la voluntad y si resultaría o no conveniente expedir leyes especiales para contratos tipo. Tales preguntas no son sencillas y por ello es útil que se establezca un diálogo con otras propuestas como la que sobre franquicia adelanta desde hace varios años la subcomisión de prácticas mercantiles de la Cámara de Comercio Internacional (comité Colombia). Esta comisión ha servido de foro para que expertos en este contrato se refieran a asuntos que podrían escapar a los ojos de los más estudiosos. Así, por ejemplo, el proyecto para tipificar mediante una ley especial al contrato de franquicia surgió con el objetivo de aclarar asuntos sobre la etapa precontractual del contrato, la propiedad intelectual objeto de la franquicia y el régimen tributario del contrato.

Si lo que se pretende con el proyecto es la modernización del derecho de los contratos, esta propuesta no puede olvidar que uno de los problemas en la contratación mercantil, dada su vocación internacional, es la existencia de diferentes regímenes jurídicos, por lo que es necesario que el país se sintonice con los instrumentos internacionales sobre contratos mercantiles. Por ello, es importante que en la discusión sobre la modificación al derecho comercial tengan asiento grupos de expertos que conocen los documentos que proponen instituciones como la Cámara de Comercio Internacional.

De otra parte, hay materias que no deberían aparecer en el libro de contratos, ya que se encuentran reguladas en normas especiales recién expedidas, como ocurre, por ejemplo, con las normas sobre arbitraje, amigable composición y garantías mobiliarias.

Para finalizar, es necesario insistir en la necesidad de que se establezcan canales formales de discusión con expertos en asuntos mercantiles, pues como quedó mencionado en este breve texto, el derecho comercial resulta centralmente modificado con el proyecto.

20. ALGUNOS TEMAS PARA CAMBIAR EN LA REGULACIÓN DEL SEGURO QUE CONTEMPLA EL PROYECTO DE CÓDIGO CIVIL DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA, PRIMERA VERSIÓN

FERNANDO PALACIOS SÁNCHEZ*

I. Introducción

La actividad aseguradora en el país ha transcurrido sin mayores problemas desde la vigencia del actual Código de Comercio. Durante casi media centuria, algunas normas actualizaron el Título V del libro IV de dicho Código, que tiene por objeto regular el Contrato de Seguro, tales como la ley 45 de 1990 y la 389 de 1997. De igual manera, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia desentrañó el sentido de algunas de sus normas y la de la Corte Constitucional ha introducido conceptos basados en los principios y valores de la Constitución; podría decirse que salvo la necesidad reformar tres o cuatro artículos para que recogieran esta jurisprudencia, no se requeriría de tantas modificaciones como las que plantea la reforma que comentamos. El presente escrito se refiere a varios artículos modificados en el proyecto que los coautores deberían repensar antes de llegar a la segunda versión.

II. Definición y eliminación de las características

El legislador del año 71 en materia de seguros no consideró que tuviera que definirse el contrato de seguro, por ser tema complejo que debía quedar en manos de la doctrina, por lo que en el artículo 1036 tan solo se señalan sus características: consensual (inicialmente era solemne), bilateral, oneroso, aleatorio y de ejecución sucesiva.

El proyecto en su artículo 1407 elimina las características del contrato de seguro e introduce una definición de contrato de seguro en los siguientes términos:

Por el contrato de seguro una parte, asegurador, se obliga a pagar una indemnización, un capital, una renta o, en general, una determinada prestación convenida a un asegurado, o a un beneficiario, si ocurre un riesgo a la persona o a los bienes, a cambio de una prima a cargo de la otra parte, el tomador.

Esta definición es tomada de la obra del profesor Valencia Zea (Derecho Civil, T. IV, 4ª ed., Temis, p. 287), quien la trae de Castán. Al explicarla, dice Valencia Zea que todo seguro está destinado a cubrir un riesgo por cualquier acontecimiento fortuito (ibíd.). Sin embargo, debemos separarnos de este criterio, pues, no todos los riesgos son fortuitos, como los huracanes o los terremotos, pues existen otros, generados por la conducta humana, que son objeto de amparo a través de los seguros de responsabilidad civil contractual y extracontractual. Estos seguros se oponen a lo fortuito, dado que no cubren eventos imprevisibles e irresistibles, sino eventos que son producto de una conducta culposa del asegurado; de manera que la definición no cubre todo lo definido al dejar por fuera los seguros de responsabilidad civil.

De otra parte, tampoco resulta conveniente eliminar las características del contrato de seguro. En recientes legislaciones, como la peruana o la chilena, se dice que el seguro es consensual. En el proyecto se elimina el art. 1036 que modificó el seguro de solemne a consensual, dejándolo como un seguro escrito (la póliza), que debe entregarse al tomador,

* Profesor fundador de la especialización en Seguros y Seguridad Social de la Universidad de La Sabana. Asesor de procesos académicos y profesor de la misma Universidad.

conceptos mucho más cercanos a un seguro solemne que a uno consensual, que nace a la vida jurídica con el simple acuerdo de voluntades. Seguramente, sin proponérselo, los autores dejan la duda de si sigue siendo consensual, que es como debe ser.

III. El seguro sobre la vida de niños y niñas

Es posible para el tomador contratar un seguro sobre la vida de otra persona, cuya muerte o incapacidad pueden aparejarle un perjuicio económico. En estos casos se requiere el consentimiento por escrito del asegurado. Si muere el asegurado, es quien tomó el seguro sobre la vida de otro quien recibirá el valor del seguro. Es el caso del experto que se trae de otro país para el montaje de una fábrica de telas, pues su muerte puede ocasionar perjuicio económico al tomador: valor de los pasajes, de los honorarios, de su estadía, etcétera. Para cubrir la eventual pérdida, el artículo 1137 del Código de Comercio vigente dispone que se podrá tomar el seguro sobre la vida

de aquellas (personas) cuya muerte o incapacidad pueden aparejarle un perjuicio económico, (al tomador) aunque éste no sea susceptible de una evaluación cierta. En los seguros individuales sobre la vida de un tercero, se requiere el consentimiento escrito del asegurado (...) los menores adultos darán su consentimiento personalmente y no por conducto de sus representantes legales (...) en caso de suscripción sobre la vida de un incapaz absoluto, el contrato no producirá efecto alguno.

El evento descrito no debe confundirse con la designación de beneficiario. (J. Efrén Ossa. *Teoría General del Seguro, El contrato*, Temis. p. 85).

El proyecto no hace cambios a tan delicada regulación y transcribe el art. 1137 actual en su 1512. Sin embargo, quince artículos después, incorpora una disposición que deja perplejo al intérprete. Se trata del 1527: “[n]o se podrá contratar un seguro para caso de muerte de niños o niñas, a menos que ella pueda aparejarle un perjuicio patrimonial al tomador.”

¿Qué argumentos pueden existir para que unos artículos adelante se permita contratar seguros sobre la vida de niños y niñas, cuando en el 1512 del proyecto se exige que, si es sobre menores adultos, se requiere que el consentimiento del menor adulto y no de sus representantes? ¿Cuándo, si llega a suscribirse el seguro sobre incapaces absolutos, se declara nulo el seguro?

Todo esto es más confuso al no existir exposición de motivos, pero el país debe estar atento a que este artículo no sea aprobado. Con el actual artículo 1137 del Código de Comercio, las bandas criminales han aprovechado para tomar seguros sobre otras personas y luego causarles la muerte, como lo han dado a conocer los medios. ¿Qué tal ahora, abriendo esta posibilidad a tomar seguros sobre la vida de niños y de niñas?

IV. La repetida utilización de la palabra “razonablemente”

“Razonablemente” es la palabra que más se repite en los artículos del proyecto que modificarían el Título V del libro IV del Código de Comercio vigente. Es así como el art. 1429 dice que la reticencia o la inexactitud sobre hechos o circunstancias que, conocidos por el asegurador, “razonablemente” lo hubieren retraído de celebrar el contrato (...) producen la nulidad del contrato. Si bien puede entenderse que es protectora del asegurado, la verdad es que sin ella se ha desarrollado el seguro sin problemas en esta media centuria, así como durante la vigencia del Código de Comercio de 1887; ahora, será fuente de conflictos, pues lo que es razonable para unos, no lo es para otros.

V. El aseguramiento del suicidio

Si bien se requería regulación por vía legal sobre la posibilidad de asegurar el suicidio, dado que la segunda comisión que revisó lo que es hoy el Título V eliminó de manera antitécnica el artículo que posibilitaba su aseguramiento después de dos años de expedida la póliza, ahora el proyecto, de acuerdo con los artículos 1426 y 1539, lo permite. Sin embargo, en todas las legislaciones el amparo opera después de uno o dos años de haber entrado en vigencia la póliza, con el fin de no incentivar conductas suicidas. El proyecto, en el artículo 1539, señala que el suicidio se entenderá cubierto luego de que transcurra un año desde la celebración del contrato, pero agrega que este término podrá ser disminuido por acuerdo entre las partes, e incluso, suprimido, pero no aumentado.

Esta supresión no es conveniente, pues podría propiciar conductas suicidas en personas con enfermedades terminales o que busquen un seguro para resolver sus problemas económicos, o con personalidad que tiende al suicidio, muchas veces por factores hereditarios.

VI. La falta de exposición de motivos

El problema que se genera al intérprete, por la falta de exposición de motivos en el proyecto sobre el Código más importante para la vida de los colombianos, es transversal en todas las modificaciones propuestas. Por supuesto, igualmente ocurre en lo que se refiere al punto de seguros, que es el que ha sido objeto de estos comentarios. Seguramente así lo dirán otros comentaristas en relación con el proyecto en general. Por ejemplo, el art. 1146 del proyecto dice que: “[c]uando el tomador, asegurado o beneficiario alleguen toda la documentación requerida para que válidamente pueda realizarse la transferencia del salvamento al asegurador, éste no podrá negarse, de manera injustificada, al reconocimiento de la prestación a su cargo”. La exposición de motivos debe sustentar la razón y alcance de este artículo.

21. COMENTARIOS AL PROYECTO DE SUSTITUCIÓN DE LOS CÓDIGOS CIVIL Y DE COMERCIO DESDE LA PERSPECTIVA DEL SISTEMA CONCURSAL DE COLOMBIA

NICOLÁS POLANÍA TELLO*

I. Contexto

Niall Ferguson (*The Great Degeneration*, 2013) resumió los resultados de varias investigaciones relativas a la incidencia de los dos sistemas jurídicos dominantes en Occidente -el anglosajón o consuetudinario, y el continental europeo o legislado- en las economías de los países en los que operan, y en todos se concluyó que el *common law* es más conveniente en términos económicos, porque ofrece mayor protección a los inversionistas y a los acreedores, de manera que incentiva el acceso al crédito, la creación de empresas, la innovación y, en últimas, el crecimiento y el bienestar social.

Las conclusiones generales indican, según los estudios citados por Ferguson¹, que en los países regidos por el derecho consuetudinario, entre otras cosas, (i) tienen mayores protecciones a los inversionistas y mejor acceso de las empresas a financiación; (ii) es más fácil la entrada de nuevas empresas al mercado; (iii) tienen tribunales más eficientes; (iv) regulan menos sus mercados laborales; (v) exigen una mayor divulgación obligatoria de datos; y (vi) tienen procedimientos de insolvencia más eficientes.

Esta última variable, la de los procedimientos de insolvencia, es de particular trascendencia en la medida en que un adecuado régimen concursal permite determinar, *ex ante*, la suerte que correrán las inversiones y los créditos colocados en el torrente empresarial, disminuyendo de esta manera el riesgo asociado a la actividad de financiación y, por ende, sus costos, de manera que un sistema poco eficiente desestimulará el crédito mientras que uno eficiente lo incentivará. De otro lado, *ex post*, una regulación eficiente de la insolvencia empresarial disminuirá los costos directos e indirectos asociados a la insolvencia del deudor, permitirá un mayor índice de recuperación de las inversiones y facilitará la reubicación de los activos del deudor fallido en contextos que permitan mayores rendimientos.

El régimen de insolvencia colombiano, que con sus sumas y sus restas es reconocido como referente en la región —no en vano los últimos años se ha ubicado entre los 35 mejores de los 190 que estudia el Banco Mundial en su informe anual “*Doing Business*”—, es el resultado de una lenta evolución de normas, instituciones y jurisprudencia que viene, con un claro enfoque liquidatorio, desde los albores mismos de la República con las Ordenanzas de Bilbao, cuyo Capítulo XVII trataba “*De los atrasos, fallidos, quebrados, o alzados; sus clases, y modo de proceder en sus quiebras*”, hasta los decretos legislativos expedidos con ocasión de la pandemia en 2020, y que desarrollan los escenarios recuperatorio y liquidatorio en atención a las mejores prácticas internacionales², como recepción del trabajo constante que adelanta desde hace más de veinte años la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), que ha inspirado en parte la Ley 1116 de 2006, la Ley 1676 de 2013 y los citados decretos legislativos extraordinarios (560 y 772 de 2020).

* Socio del área de Reestructuración e Insolvencia en DLA Piper Martínez Beltrán y director del Capítulo de Insolvencia del Centro de Estudios de Derecho Procesal – CEDEP.

¹ Entre otros, LA PORTA, R., ET. AL., “*The Economic Consequences of Legal Origins*”, en *Journal of Economic Literature*, Harvard University (2008); e IID., “*Legal Determinants of External Finance*”, *The Journal of Finance* (1997).

² En particular en lo referente al establecimiento de procedimientos parcialmente desjudicializados (Decreto 560 de 2020), y propios para micro y pequeñas empresas (Decreto 772 de 2020).

A partir de la vigencia del Código Civil de Bello, en virtud de la Ley 57 de 1887, las reglas concursales vigentes desde antes de la Independencia se articularon con lo que constituye la estructura básica de todo proceso de insolvencia: la prelación de créditos, prevista en el Título XL del Libro Cuarto, entre los artículos 2488 y 2511 del estatuto sustancial.

Si bien esta regulación tiene un enfoque originariamente orientado a la liquidación del patrimonio del deudor - persona natural, lo cierto es que la prelación de créditos permite determinar, tanto en liquidación como en recuperación, a quiénes se les debe y en qué orden se deben atender las deudas, en lo que constituye una alineación forzosa de los intereses de los acreedores afectados por la insolvencia del deudor. Esta es una de las más importantes gestiones que debe desarrollar el administrador concursal, se trate de un sujeto externo al deudor o él mismo, como deudor en posesión.

II. Prelación de créditos del Código Civil

Sea que se busque reorganizar una empresa o liquidarla para reubicar sus activos en contextos más favorables, la determinación del orden en que se harán los pagos es un elemento de la esencia del proceso concursal. El presupuesto fáctico relevante de un concurso de acreedores es la imposibilidad material del deudor para atender la totalidad de su pasivo en la forma en que fueron definidos los vencimientos de las distintas deudas, de manera que de alguna forma y en atención a ciertos criterios se debe organizar a los sujetos que deben ser satisfechos.

En la autorizada posición de Hinestrosa,

(...) de no haber dinero suficiente para cubrir completos todos los créditos, vendrán la presión de los distintos acreedores y el conflicto entre ellos. Cada cual aspira a ser satisfecho totalmente y antes que los demás. Elemental es la regla de la proporcionalidad; sin embargo, de muy atrás fueron surgiendo razones y argumentos en favor de gradaciones, y como era de esperar, el empeño de tantos de colocarse en un escalón de ventaja: los *privilegia exigendi*. Se habla entonces de acreedores y créditos privilegiados (nomina privilegiaria), de prelaciones, de acreedores privilegiados que comparten a prorrata su posición y de otros que en el mismo grado van en orden sucesivo y, en fin, de acreedores rasos (*nomina chirografaria*) a quienes va el remanente que se distribuyen entre sí a escote. O sea que al rompe se presenta la contraposición entre la igualdad (proporcionalidad) o *pars condicio*, y la prelación, el privilegio y el apremio de justificar la ruptura de aquel principio, ora invocando la calidad personal del acreedor, ora, y esto es lo más frecuente, la naturaleza del crédito o, más bien, su origen (causa), que en los tiempos que corren encuentra respaldo en la exigencia de “igualdad sustancial”, por encima de la formal (...) que se traduce en puja por ingresar el respectivo crédito en la lista preferencial, manifiesta en las sucesivas leyes al respecto³.

Como recuerda Cuberos⁴, en ausencia de un sistema de ordenación para la atención de las deudas, particularmente en liquidación, el pago podría materializarse de forma relativamente arbitraria y caprichosa, a través de fórmulas como (i) que todos los acreedores asuman la insuficiencia de activos y se les reduzca igual porcentaje en sus pagos; o (ii) que se paguen primero las deudas más antiguas hasta donde alcancen los activos; o (iii) que se definan los pagos según el éxito de las ejecuciones individuales; o (iv) que el deudor decida, según sus propios criterios y afectos, a quiénes les paga primero. Según este autor

³ HINESTROSA FORERO, F., *Tratado de las Obligaciones*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007.

⁴ CUBEROS GÓMEZ, G., “Mecanismos de alivio financiero y reactivación empresarial”, en Rivera Andrade, D. (coord.), *Insolvencia empresarial: nuevos instrumentos para la crisis*, Bogotá, Tirant lo Blanch, 2020.

las alternativas de pago pueden ir hasta el infinito, pues pueden establecerse con cualquier clase de parámetros, como los enunciados a vía de ejemplo, todos los cuales pecan, por una u otra razón, pero siempre, por carecer de una justificación valedera, especialmente desde la perspectiva de la equidad⁵.

El establecimiento de reglas claras de clasificación permitirá, *ex ante*, que los acreedores ajusten, en la medida de sus posibilidades, las condiciones de sus créditos frente al deudor, y *ex post*, que se atiendan las deudas reconocidas y se tomen las decisiones concursales de forma ordenada y predecible⁶. Es esta la función económica de un sistema de prelación de créditos.

En caso de inexistencia de reglas concursales que incorporen un subsistema de prelación de créditos, la satisfacción de las deudas de múltiples acreedores frente a un deudor singular quedaría en una suerte de estado de naturaleza en el que prima el acreedor más fuerte (mejor informado, mejor garantizado, con mejores abogados), en desmedro de la continuidad del deudor, a pesar de que sea empresarialmente viable. Esta situación es indeseable en la medida en que destruye valor para el deudor y para los demás acreedores, con el fin de favorecer la posición de uno o unos pocos acreedores, usualmente profesionales⁷.

El Código Civil, en las normas citadas, dispone una serie de parámetros que constituyen el sistema de prelación de créditos vigente, entendido como “una institución civil de carácter sustancial que determina el orden en el cual han de ser pagadas las obligaciones dinerarias del deudor a cada uno de sus acreedores, cuando estos reclaman el respectivo pago en un mismo proceso. De este modo, el acreedor goza del privilegio de obtener el pago de su crédito con preferencia sobre otros acreedores”⁸.

La prelación de créditos del Código Civil ha sido paulatinamente integrada con otros referentes, legales y jurisprudenciales, que han asignado privilegios a ciertos créditos en razón a su origen o a la calificación de los acreedores, como ocurrió con las deudas a favor de los niños por alimentos (Corte Constitucional, Sentencia C-092 de 2002), las derivadas del contrato de promesa de compraventa de vivienda (Ley 66 de 1968), y los créditos garantizados (Ley 1676 de 2013).

Este sistema se configura en virtud de la interacción entre créditos con preferencia especial o general (créditos privilegiados) y créditos sin preferencia (quirografarios u ordinarios), a los que se suman los créditos subordinados (postergados), y en conjunto constituye un todo que funciona de forma armónica, sin perjuicio de las discusiones que se suscitan en el foro concursal de tiempo en tiempo, y últimamente en particular frente al engranaje de los créditos garantizados en virtud de lo previsto en la Ley 1676 de 2013.

En el derecho comparado es reconocible una tipología de créditos similar, que diferencia entre (i) créditos garantizados, (ii) créditos privilegiados o preferenciales, (iii) créditos ordinarios, y (iv) créditos subordinados, e interactúan de forma similar a lo previsto en el sistema colombiano⁹. En todo caso, esta estructura es fundamental para edificar a partir de ella tanto los procesos concursales liquidatorios como los de naturaleza recuperatoria, porque en ambos casos se verifica, en principio, la situación de hecho básica de incapacidad material de pago simultáneo en los términos en que las relaciones de crédito nacieron a la vida jurídica.

⁵ *Ibíd.*, p. 39

⁶ GURREA-MARTÍNEZ, A.; GOLDEMBERG, J. L., *El reconocimiento y clasificación de los créditos en los procedimientos concursales*. Disponible en: <https://www.derechoyfinanzas.org/el-reconocimiento-y-clasificacion-de-creditos-en-los-procedimientos-concursales/>.

⁷ Vid. SQUIRE, R., *Corporate Bankruptcy and Financial Reorganization*, Wolters Kluwer, Alphen aan den Rijn, Países Bajos, 2016.

⁸ Corte Constitucional, Sentencia C-089 de 2018. En el mismo sentido, sentencias C-092 de 2002 y C-664 de 2006. Este entendimiento corresponde también al de la Corte Suprema de Justicia, en sentencias STC9388-2016 de 8 de julio de 2016; STC2598-2015 de 10 de marzo de 2015 y STC9907-2015 de 30 de julio de 2015.

⁹ GURREA-MARTÍNEZ; GOLDEMBERG, *El reconocimiento y clasificación de los créditos (...)*, cit., s. p.

En el caso de la reorganización, en efecto, no le es posible al deudor atender al mismo tiempo todas sus deudas conforme sus reglas internas de exigibilidad, y por eso es necesario fijar un orden de pago sucesivo, cuya fuente es la caja que genere la empresa en marcha. Tratándose de la liquidación judicial, salvo el poco frecuente caso en que la masa sea superavitaria, la prelación de pagos asigna el orden descendente en que deben ser atendidas las deudas hasta el agotamiento de los activos.

III. Proyecto de sustitución del Código Civil

De acuerdo con el Proyecto publicado en el sitio web de la Universidad Nacional¹⁰, que busca sustituir los códigos Civil y de Comercio por uno solo denominado “Código Civil”, el sistema de prelación de créditos como lo conocemos desaparece, pero desaparece además de mala manera, sin método, sin sucedáneo adecuado, sin reparar en las consecuencias. En efecto, el Proyecto dispone lo siguiente, en los artículos 650 y 651, únicos que vale la pena mencionar y desglosar, porque entrambos constituyen el sistema propuesto de ordenación de deudas para el pago en caso de concurrencia de acreedores.

a. Artículo 650 del Proyecto:

CAPÍTULO III

Pagos simultáneos de diferentes créditos

Artículo 650. Cuando sobre un mismo bien o una misma masa de bienes del deudor, pretendan hacerse efectivos varios créditos y el valor de éstos fuere superior al del bien o masa de bienes, se aplicarán las reglas siguientes:

1. Si ninguno de los créditos fuere privilegiado, se rebajarán a prorrata;
2. Si concurrieren créditos privilegiados y créditos no privilegiados, se pagarán preferencialmente los primeros, y el remanente se dividirá a prorrata entre los segundos.

En primer lugar, el inciso inicial se refiere a cuando se pretenda hacer “*efectivos varios créditos*”, sin que se tenga claro el contenido y el alcance de la expresión “*hacer efectivo*” un crédito, pero se asume que los redactores se refieren a cuando se pretenda el pago de varios créditos. De otro lado, da a entender la redacción que esta norma opera respecto de procesos universales de naturaleza liquidatoria, únicos en los que es procedente hablar de masa de activos o masa de bienes como fuente de pago, porque en los procesos de recuperación la fuente de pago son los ingresos corrientes que genera la empresa en marcha, su caja. Esta aproximación no es consecuente con los regímenes de insolvencia corporativa, de persona natural comerciante ni de persona natural no comerciante, que constituyen la inmensa mayoría de los concursos que hoy se tramitan en Colombia.

Además, pareciera que solo se refiere a liquidaciones deficitarias en las que el valor de los pasivos es superior al de los activos, de manera que en caso de eventuales concursos liquidatorios superavitarios, se infiere, los pagos serían simultáneos, no sucesivos, y no existirían causas de privilegio. Por lo demás, la estructura ciertamente simple que recogen esta norma y la siguiente, que se analiza enseguida, parece inspirada en la que se adopta en el Código de Comercio para el crédito naval (arts. 1555 a 1569 C. de Co.), que en todo caso es más elaborada, en términos de organización y de lenguaje.

¹⁰ Disponible en el siguiente enlace, http://derecho.bogota.unal.edu.co/fileadmin/Codigo_Civil/Proyecto_Codigo_Civil_de_Colombia_Primer_Version_Digital.pdf.

Finalmente, la norma transcrita del Proyecto alude a la existencia de privilegios y parece distinguir entonces dos clases de créditos, (i) los privilegiados y (ii) los no privilegiados, indicando que los segundos quedan subordinados a los primeros y, en caso de que solo haya créditos sin privilegio, “*se rebajarán a prorrata*”. ¿Qué quiere decir que se rebajarán los créditos?, ¿este particular giro implica que habrá condonaciones o remisiones forzosas y proporcionales de las deudas?¹¹ Por el contexto, pareciera que los redactores quisieron decir que en caso de que todos los créditos sean no privilegiados, los pagos se harán a prorrata, es decir, en proporción al importe de las deudas respecto del total del pasivo.

b. Artículo 651 del Proyecto:

Los privilegios son causas de preferencia inherentes a los créditos y pasan con éstos a las personas que los adquieren por cesión, subrogación o de otra manera. Sin perjuicio de normas especiales, gozan de privilegio los siguientes créditos, en el orden en que se lista a continuación:

1. Los créditos por alimentos en favor de niños, niñas y adolescentes;

Actualmente conforman el primer orden de la primera clase de créditos, en virtud de lo resuelto por la Corte Constitucional en Sentencia C-092 de 2002. Inicialmente el legislador previó que conformaran el quinto orden de la primera clase (Código del Menor, art. 134), pero en este fallo la Corte Constitucional declaró inexecutable dicha ordenación y dispuso su prelación en el primer orden.

2. Los créditos alimenticios ordenados por el juez en favor de personas con discapacidad y adultos mayores;

Esta clase de crédito es nueva, y parece una extensión razonable de lo resuelto por la Corte Constitucional en el fallo aludido. Con todo, es necesario decir que estos referentes, los contenidos en los numerales 1 y 2, tienen una incidencia marginal en lo que se refiere a insolvencia empresarial corporativa, y su eficacia se restringe a los concursos de personas naturales, comerciantes y no comerciantes, quienes tienen la aptitud para ser titulares pasivos de este tipo de deudas.

3. Los salarios y las prestaciones sociales provenientes del contrato de trabajo;

Los créditos laborales constituyen el cuarto orden dentro de la primera clase actual (art. 2495 C.C.), de la forma en que fue subrogada esta norma por la Ley 165 de 1941. La asignación de privilegio a esta clase de créditos no necesita justificación y es pacífica en el derecho comparado, aunque en algunas jurisdicciones están subordinados a los acreedores garantizados.

4. Los créditos pertenecientes al fisco o al erario público (sic) nacionales, departamentales, distritales y municipales;

¹¹ La única acepción plausible del verbo “rebajar” indica la acción de “disminuir el precio de algo”, Cfr. <https://dle.rae.es/rebajar>.

En este numeral, además del pleonismo, se introduce una modificación tan trascendental como inconveniente y poco técnica. Las deudas frente al fisco están ubicadas hoy en el sexto y último orden de la primera clase, y se limitan a los importes que se deban por concepto de impuestos.

En realidad, el fisco puede ser titular de deudas a su favor de distintas fuentes: por impuestos, por sanciones y por retenciones obligatorias. A la primera clase pertenecen, como se ve, solo las deudas por impuestos. Las que derivan de sanciones, carecen de privilegio y se ubican en la quinta clase, mientras que las deudas por retenciones no hacen parte del pasivo reorganizable del sujeto, sino que constituyen una excepción parcial al principio de adscripción de los créditos según su fecha de origen o causación, y deben ser atendidas antes de la audiencia de confirmación del acuerdo, las que sean anteriores al inicio del proceso, y como un gasto de administración las posteriores, en atención a lo previsto en el artículo 32 de la Ley 1429 de 2010.

En consecuencia, el Proyecto decide acabar con estas distinciones y llevar al cuarto lugar en orden descendente todo tipo de deuda con el fisco, lo que en el contexto real puede suponer la imposibilidad de recuperación de las empresas colombianas, en especial si se considera, de un lado, la abrumadora carga fiscal y el prohibitivo régimen sancionatorio a los que están sometidas las empresas formales, y de otro que los siguientes créditos en atenderse son los de los acreedores garantizados, quienes tendrán pocos incentivos para apoyar una reorganización en la que van a quedar subordinados a la autoridad tributaria. La tendencia general, en el derecho comparado, es a eliminar los privilegios de los acreedores públicos e igualarlos a los demás concurrentes al concurso, de manera que, si esta disposición tuviera buen suceso, implicaría para Colombia un retroceso significativo en términos de idoneidad de su sistema de insolvencia¹².

5. Los garantizados con hipoteca, garantía mobiliaria, prenda o derecho de retención.

Este numeral es sumamente problemático y antitécnico. Por un lado, equipara garantía hipotecaria y garantía mobiliaria, lo que no es propiamente un exotismo si se considera que, en Estados Unidos, por ejemplo, integran ambas la categoría de “*créditos garantizados*”¹³, pero para ello se requiere una mayor factura regulatoria y una aproximación más técnica al concepto y desarrollo normativo de las garantías reales.

De otra parte, subordina la garantía mobiliaria a los cuatro tipos de crédito previos, con lo que la preferencia especial diseñada por la Ley 1676 de 2013, en los términos en que la alinderó la Corte Constitucional en la Sentencia C-145 de 2018, queda en nada, con los esperables impactos que esto tendría en el mercado de crédito en términos de acceso y costos del endeudamiento, en especial si se considera que el acreedor garantizado quedaría subordinado al fisco por todo concepto.

Finalmente, se refiere a la prenda, categoría negocial subsumida en el concepto mismo de garantía mobiliaria, lo mismo que el denominado derecho de retención, en virtud de la definición funcional de garantía mobiliaria prevista en el artículo 3 de la Ley 1676 de 2013. En suma, el Proyecto pareciera revivir a la prenda y al derecho de retención como formas de garantía sobre muebles, pero diferentes de la garantía mobiliaria. Una verdadera enormidad, si partimos del razonable principio hermenéutico del legislador no

¹² Ya hay un lamentable, aunque todavía no probado, retroceso en esta dirección, que consta en la reforma constitucional introducida por el Acto Legislativo 04 de 2019, en cuyo artículo 2, que reforma el artículo 268 de la Constitución Política, se indica que es función del Contralor General de la República “5. Establecer la responsabilidad que se derive de la gestión fiscal, imponer las sanciones pecuniarias que sean del caso, recaudar su monto y ejercer la jurisdicción coactiva, *para lo cual tendrá prelación*” (énfasis añadido).

¹³ U.S. *Uniform Commercial Code*, Article 9, disponible en <https://www.uniformlaws.org/acts/ucc>.

redundante, que supone para el intérprete asumir que el legislador no usa términos de forma inoficiosa, sino que cada uno de ellos tienen entidades conceptuales propias.

6. Las costas judiciales que se causen en el interés general de los acreedores;

7. Las expensas funerarias necesarias del deudor difunto y los gastos de la enfermedad de que haya fallecido. Si estas partidas fueron excesivas, el juez, atendiendo las circunstancias, podrá limitarlas;

Estas dos causas de privilegio corresponden a los órdenes segundo y tercero, respectivamente, de la primera clase de créditos prevista en el artículo 2495 del Código Civil, y que tienen escasa relevancia práctica. El numeral 6, que podría tener cierto arraigo actualmente, en realidad se ve subsumido por la regulación propia de las acciones reconstitutivas del patrimonio del deudor, contenida en los artículos 74 y siguientes de la Ley 1116 de 2006, en donde se establece a favor del acreedor que demanda exitosamente los actos dispositivos del deudor con miras a favorecer el concurso, una recompensa -ciertamente desproporcionada- del 40% del valor que se recupere, lo que torna irrelevante el privilegio sobre las costas. En cuanto al ordinal 7, la universalidad de la seguridad social en salud y la penetración social de las pólizas funerarias han hecho que esta clase de créditos, en el ya reducido universo de la insolvencia de personas naturales, no tenga mayor trascendencia.

8. Los de los hijos de familia por los bienes de su propiedad que administran sus padres sobre los bienes de éstos.

9. Los de las personas que están bajo curaduría, contra sus respectivos curadores. No tendrá privilegio el crédito derivado de actos fraudulentos.

Las causas de privilegio contenidas en los numerales 8 y 9, son nuevas; no figuran en la regulación actual de la prelación de créditos y, a decir verdad, tendrían escasa o nula incidencia práctica en el contexto del sistema de insolvencia empresarial. Con todo, constituyen un desarrollo de lo previsto en el párrafo del artículo 109 de la Ley 1306 de 2009, normativa que derogó el régimen de tutelas y curadurías que estaba previsto en el Código Civil, en los artículos 428 a 632.

La citada ley de 2009 contiene las reglas de protección de personas con discapacidad mental y de representación legal de incapaces emancipados, y en punto a la responsabilidad del guardador dispone que “La mora en la entrega de los demás bienes se indemnizará con una suma de dinero equivalente al DTF sobre el valor real de los bienes dejados de entregar oportunamente, por el tiempo en que duró dicha mora. Los créditos del pupilo gozarán del privilegio que señala la ley”, y que vendría a ser este que fijan los numerales 8 y 9 citados.

Hasta aquí los comentarios a la norma que establece una suerte de prelación de créditos privilegiados entre nueve causas de preferencia. Lo primero que se desprende de la lectura de esta norma proyectada es que desaparece, de un plumazo, la diferencia entre preferencia general y preferencia especial, sobre la que se estructuran los privilegios de que trata el sistema de prelación de créditos del Código Civil, especialmente en relación con lo previsto en la Ley 1676 de 2013. Esta norma, que lista los créditos privilegiados, fija nueve especies de créditos “sin perjuicio de normas especiales” que asignen privilegios particulares, fórmula esta que es tan problemática como facilista.

En primer lugar (i) desaparecen las clases de acreedores (a) garantizados -Ley 1676 de 2013-, (b) de primera, (c) de segunda, (d) de tercera, (e) de cuarta, y (f) de quinta, que permiten ordenar la sucesión de pagos, y asignan unas reglas específicas que subordinan las

preferencias especiales a la primera clase en caso de déficit (artículos 2498 y 2500 C.C.), sin perjuicio de lo dispuesto en el estatuto de garantías.

De otro lado (ii), las “*normas especiales*” que aluden a privilegios particulares están desperdigadas en diferentes estatutos, y en todos los casos obedecen a la regla de ordenación derivada de las clases de créditos como ocurre, por ejemplo, con los créditos a favor del promitente comprador de vivienda, que pertenecen a la segunda clase (Ley 66 de 1968, art. 10); los créditos a favor de proveedores estratégicos del empresario en crisis, que pertenecen a la cuarta clase (Ley 1116 de 2006, art. 124); o los créditos derivados de la prestación de servicios de salud, de segunda clase (Ley 1797 de 2016, art. 12), en este caso, para el evento del paraconcurso de entidades promotoras o prestadoras de servicios de salud.

Pero el problema es más grave, porque ni siquiera podrían funcionar bien las remisiones internas que establece el propio Proyecto, como cuando indica que “*en caso de liquidación obligatoria* [categoría que existía en el derogado Título II de la Ley 222 de 1995 (!)] *del asegurado, el crédito del damnificado gozará del orden de prelación asignado a los créditos de **primera clase**, a continuación de los del fisco*” (art. 1506 del Proyecto); o cuando establece que “[s]in perjuicio de las compensaciones a que haya lugar, los créditos del beneficiario contra el asegurador, en los seguros de vida tendrán el orden de preferencia asignado a los créditos de **primera clase**, a continuación de los del fisco, y los valores de cesión o de rescate se excluirán de la masa” (art. 1531 del Proyecto). ¿A cuál primera clase se refieren los redactores, si en el Proyecto ya no existe?

¿Qué pasa, en realidad, con el crédito a favor del transportador cuando se indica que “[p]asados treinta días desde aquel en el cual el remitente tenga noticia de la retención, el transportador tendrá derecho a solicitar el depósito y la venta en pública subasta por entidades autorizadas de las cosas transportadas, en la cantidad que considere suficiente para cubrir su crédito y hacerse pagar con el producto de la venta, con la preferencia correspondiente a los créditos de **segunda clase**, sin perjuicio de lo que pactaren las partes” (art. 1106 del Proyecto)? ¿A cuál segunda clase se refieren los redactores si en el Proyecto ya no existe?

En conclusión, la aprobación del Proyecto de sustitución de los códigos Civil y de Comercio, al menos en lo que se refiere a los procesos universales de insolvencia, implicaría la total desconfiguración del sistema, debido a la incoherencia interna y externa de la regulación propuesta. Hacia adentro, como lo demuestran las normas que se vienen de referir; y hacia afuera, porque todos los regímenes de insolvencia, recuperatoria y liquidatoria, que operan en Colombia, es decir, no solo la Ley 1116 de 2006 y el Código General del Proceso, sino las normas que regulan los llamados paraconcursos, como el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, están estructurados a partir de la prelación de créditos por clases del Código Civil, de manera que las reglas propuestas, en caso de entrar en vigor de la forma en que han sido proyectadas, generarán un monumental choque anafiláctico que paralizaría el funcionamiento del sistema de insolvencia en todas sus proyecciones.

La reacción fácil consistiría en decir que, entonces, se deben ajustar las inconsistencias internas y modificar todos los ordenamientos concursales vigentes para hacerlos compatibles con el código único, pero ¿es deseable?, y sobre todo ¿es útil?, ¿hay alguna razón -una sola- que permita predicar la conveniencia social de dar al traste con el modelo de prelación de créditos actual?, ¿hay acaso alguna razón de orden económico que no hayamos visto y que haga necesario arrasar con una institución, la prelación de créditos, que ha sido pacientemente decantada por más de 130 años y adaptada a las nuevas realidades que imponen las modernas relaciones de intercambio?

Estas preguntas, por supuesto, solo pueden ser atendidas y despejadas en una exposición de motivos o memoria explicativa del Proyecto que hoy no existen. ¿No habría sido mejor empezar por ahí, de forma que el articulado fuera el resultado de una profunda, sistemática e incluyente reflexión crítica y propositiva? Nunca lo sabremos, porque la

exposición de motivos que se logre pergeñar tendrá un marcado sesgo de confirmación, es decir, partirá de la necesidad de justificar el desafortunado articulado, no solo en materia concursal sino en casi todas las demás que hemos tenido ocasión de revisar.

Ahora bien, no es que las normas particulares del sistema de prelación de créditos que regula el Código Civil a partir del artículo 2488 no puedan ser mejoradas, actualizadas e incluso repensadas. Mucha agua ha corrido bajo el puente en 130 años, desde la misma aparición del concurso recuperatorio, que empezó a configurarse como mecanismo de protección al deudor en Estados Unidos a partir del *Bankruptcy Act* de 1898¹⁴, y entre nosotros con la vigencia del Código de Comercio de 1971, que reguló el concordato preventivo (arts. 1910 y ss.)¹⁵, hasta la importante alteración introducida por la Ley 1676 de 2013, que creó el tipo del acreedor garantizado como sujeto diferenciado e imposible de encasillar en ninguna de las clases del Código Civil, lo que supone, además, revisar la vigencia de los artículos 2498 y 2500, que relativizan los derechos de los acreedores con preferencia especial.

Sin embargo, es preferible que esta actualización se siga produciendo a través de intervenciones puntuales del legislador, ojalá precedidas de amplio discernimiento jurisprudencial, de forma que se mantenga, en lo posible, el necesario equilibrio entre la multiplicidad de intereses en conflicto que supone la situación de insolvencia del deudor, que configura el conocido problema de acción colectiva¹⁶ que se busca zanjar a través de reglas concursales eficientes. Es esperable que en los próximos meses se promueva un empeño regulatorio para convertir algunas de las novedades de los decretos de emergencia en legislación permanente, y hay varias que lo merecen. Que ojalá sea esa la oportunidad y no esta, para revisar la prelación legal de créditos y cuantos aspectos lo merezcan o requieran, como el régimen general de garantías reales, porque lo que se propone en el texto del proyecto no responde a criterios básicos de oportunidad, razonabilidad, técnica e impacto económico.

¹⁴ SKEEL, D. A. JR., “*The Genius of the 1898 Bankruptcy Act*” (1999), en *Faculty Scholarship at Penn Law*. 720. https://scholarship.law.upenn.edu/faculty_scholarship/720.

¹⁵ Esto, por cuanto el concordato del art. 34 del Decreto 750 de 1940 se previó con fines liquidatorios, sin perjuicio de la eventual rehabilitación del comerciante (art. 48) y, de otro lado, el concordato preventivo del breve Decreto 2264 de 1969 constituyó una prefiguración del Código de Comercio que entró en vigor en 1972.

¹⁶ Vid. POSNER E.A.; GLEN WEYL, E., “*A Solution to the Collective Action Problem in Corporate Reorganization*”, en *Coase-Sandor Institute for Law & Economics, University of Chicago Law School, Working Paper* 653 (2013).



**tirant
lo blanch**
GRUPO EDITORIAL