



Universidad del
Rosario

Facultad de
Jurisprudencia

**OBSERVACIONES AL
“PROYECTO DE CÓDIGO CIVIL DE
COLOMBIA: REFORMA DEL
CÓDIGO CIVIL Y SU UNIFICACIÓN
EN OBLIGACIONES Y CONTRATOS
CON EL CÓDIGO DE COMERCIO”**

Octubre de 2020

Profesores de la Facultad de Jurisprudencia de
la Universidad del Rosario

Autores

Antonio Agustín Aljure Salame
Juan Pablo Cárdenas Mejía
José Ricardo Buitrago Fernández
Clara Carolina Cardozo Roa
Laura Lusma Castro Ortiz
Juan Pablo Cubillos Meléndez
Cecilia Diez Vargas
Laura Victoria García Matamoros
Angélica María Gutiérrez Ramos
Gabriel Hernández Villarreal
Jaime Londoño Salazar
Yira López Castro
Fabricio Mantilla Espinosa
Karol Martínez Muñoz

Édgar Augusto Ramírez Baquero
Oscar Alejandro Maestre Piñeres
Juan Enrique Medina Pabón
Tatiana Oñate Acosta
Nicolás Pájaro Moreno
Erick Rincón Cárdenas
Sergio Rodríguez Azuero
Lina Patricia Rodríguez Rodríguez
Manuel Guillermo Rueda Serrano
Alfredo Sánchez Belalcázar
Francisco Ternera Barrios
Helí Abel Torrado Torrado
Carmen Lilia Uribe Moya
Mateo Vargas Pinzón

Compiladores

Yira López Castro
Tatiana Oñate Acosta
Nicolás Pájaro Moreno

Los autores de este documento son profesores de los programas de Especialización en derecho contractual, derecho comercial, derecho financiero, derecho empresarial y de los negocios, derecho de seguros, derecho de familia, derecho internacional, derecho procesal, Maestría en derecho con énfasis en derecho privado, Maestría en derecho internacional y del programa de pregrado de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario.

Contacto:

yira.lopez@urosario.edu.co; tatiana.onate@urosario.edu.co; nicolas.pajaro@urosario.edu.co

CONTENIDO

Presentación	6
<i>José Alberto Gaitán Martínez</i>	
<i>Laura Victoria García Matamoros</i>	

Introducción	8
<i>Tatiana Oñate Acosta</i>	
<i>Yira López Castro</i>	
<i>Nicolás Pájaro Moreno</i>	

I PARTE ASPECTOS GENERALES

¿Se justifica la sustitución del Código Civil?	10
<i>Juan Pablo Cárdenas Mejía</i>	

Comentarios al Libro I, Parte General, Título IV, De Los Negocios Jurídicos	17
<i>Édgar Augusto Ramírez Baquero</i>	

Derecho Internacional Privado: comentarios a los artículos 23 al 33	34
<i>Antonio Agustín Aljure Salame</i>	
<i>Laura Victoria García Matamoros</i>	
<i>Juan Pablo Cubillos Meléndez</i>	

Las fuentes del derecho y su interpretación	40
<i>Angélica María Gutiérrez Ramos</i>	

Comentarios Derecho y Tecnología	42
<i>Erick Rincón Cárdenas</i>	

Comentarios al proyecto de reforma al Código Civil desde una perspectiva procesal. Una especial referencia a las reglas de la comunidad y a su impacto en el proceso divisorio ...	47
<i>Gabriel Hernández Villareal</i>	
<i>Oscar Alejandro Maestre Piñeres</i>	

II PARTE BIENES

La propiedad, "a la penúltima moda".....54
Nicolás Pájaro Moreno

**El derecho de propiedad del proyecto de actualización del Código Civil a la luz de los
Acuerdos Internacionales de Inversión.....65**
Francisco Ternera Barrios
Tatiana Oñate Acosta

III PARTE OBLIGACIONES Y CONTRATOS

**Del contrato. A propósito del proyecto de reforma del Código Civil de la Universidad
Nacional.....70**
Fabrizio Mantilla Espinosa

Comentarios al Libro III, De Las Obligaciones.....74
Édgar Augusto Ramírez Baquero

El derecho comercial y el proyecto de Código Civil.....111
Yira López Castro

**Proyecto de integración de los códigos civil y comercial en materia de obligaciones y
contratos.....115**
Sergio Rodríguez Azuero
Alfredo Sánchez Belalcázar
Nicolás Pájaro Moreno

Comentarios preliminares al Título XXXIV - Seguro -.....117
Manuel Guillermo Rueda Serrano

**IV PARTE
FAMILIA Y SUCESIONES**

INTRODUCCIÓN. Síntesis de las conclusiones de los profesores en materia de familia y sucesiones	122
<i>Cecilia Diez Vargas</i>	
<i>Karol Martínez Muñoz</i>	
<i>Clara Carolina Cardozo Roa</i>	
El derecho de familia en el proyecto de código civil.....	127
<i>Cecilia Diez Vargas</i>	
<i>Karol Martínez Muñoz</i>	
Consideraciones frente al capítulo de adopciones del proyecto de ley del código civil ...	130
<i>Lina Patricia Rodríguez Rodríguez</i>	
Filiación y la unión marital de hecho. Comentarios a los artículos 1727 a 1805 del proyecto de Código Civil.....	141
<i>Juan Enrique Medina Pabón</i>	
<i>Helí Abel Torrado Torrado</i>	
<i>Jaime Londoño Salazar</i>	
Matrimonio y régimen de bienes. Observaciones a los artículos 1603 a 1718 del proyecto del código civil.....	199
<i>Laura Lusma Castro Ortiz</i>	
<i>Mateo Vargas Pinzón</i>	
<i>José Ricardo Buitrago Fernández</i>	
Parentesco, convivencia y crianza.....	214
<i>Carmen Lilia Uribe Moya</i>	
<i>Angélica María Gutiérrez Ramos</i>	
Guardas.....	223
<i>Juan Enrique Medina Pabón</i>	
Guardas y protección.....	229
<i>Lina Patricia Rodríguez Rodríguez</i>	
La sucesión en la propuesta de “Reforma del Código Civil y su unificación en obligaciones y contratos con el Código de Comercio”	239
<i>Clara Carolina Cardozo Roa</i>	

Presentación

La Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario, con el objetivo de contribuir a las discusiones sobre la construcción del derecho en nuestro país, pone a disposición del Ministerio de Justicia y del Derecho, de los redactores del proyecto, de las entidades públicas y privadas interesadas, de los jueces, abogados y de los ciudadanos, un trabajo que recopila las observaciones generales y los comentarios artículo por artículo realizados por los profesores de la Facultad al “proyecto de Código Civil de Colombia: reforma del Código Civil y su unificación en obligaciones y contratos con el Código de Comercio” propuesto por la Universidad Nacional de Colombia.

Los comentarios de los profesores reflejan algunas inquietudes sobre la constitucionalidad (i); la conveniencia (ii) y la capacidad para modernizar (iii), los cuales se suman a las falencias de redacción (iv) y a la falta de congruencia (v) del proyecto.

La siguiente es una apretada síntesis de las observaciones expuestas por los profesores agrupadas en las mencionadas categorías:

i. *Constitucionalidad:*

Los profesores resaltan como asuntos que podrían ser problemáticos desde la perspectiva de constitucionalidad son:

-El artículo 824, el cual iría en contravía de las reglas sobre intervención económica establecidas en el numeral 21 del Artículo 150 de la Constitución Política -CP - o la del artículo 455 que desconoce el marco constitucional del régimen cambiario (Ver pág. 11).

- En lo que concierne a los Libros V y VI, algunas disposiciones utilizan expresiones que ya han sido retiradas del ordenamiento jurídico por ser inexecutable, peyorativas o discriminatorias o que irían en contravía de la protección del vínculo familiar consagrado en el artículo 42 de la CP o del núcleo esencial del derecho al libre desarrollo de la personalidad que incluye la libre decisión de conformar familia y la libertad testamentaria (Ver pág. 122).

- La introducción del fenómeno de la reviviscencia de una ley como consecuencia de la declaratoria de inexecutable de una ley posterior que haya derogado a la anterior que en virtud de este fenómeno se reincorpora, sin establecer condicionamiento alguno para que opere dicho fenómeno, desconociendo así lo que ha señalado la Corte Constitucional en su jurisprudencia sobre el particular (artículo 13 del Proyecto). (Ver pág. 40).

ii. *Conveniencia:*

Al revisar el Proyecto desde la perspectiva de si es adecuado o útil, surgen varias inquietudes:

Las primeras de ellas giran en torno, por una parte, a los enormes poderes del juez para resolver conflictos a partir de criterios vagos e imprecisos, así como la capacidad que le confieren para fijar el alcance de los contratos, contra la expresa voluntad de los intervinientes, poniendo en riesgo la seguridad jurídica. Ejemplos de esto se encuentran en las reglas generales de interpretación (Ver pág. 40) en materia de contratos (Ver pág. 10) y en materia de propiedad (Ver págs. 54-69) y, por

la otra, a la incertidumbre que genera el ámbito de aplicación del derecho comercial y sobre sus fuentes (Ver págs. 111-114).

Las segundas advierten sobre la indefectible necesidad de hacer un análisis cuidadoso sobre las consecuencias que, a la luz de las obligaciones adquiridas por el Estado Colombiano en los Acuerdos Internacionales de Inversión ratificados por Colombia a la fecha, se derivarían de las modificaciones al régimen de propiedad vigente que proponen los artículos 268, 270, 271 y 272 del Proyecto (Ver págs. 65-69).

Las terceras atañen a aspectos de derecho internacional privado y si valdría la pena, como lo propone el Proyecto, abandonar el centenario criterio de la nacionalidad para determinar el estado civil y la capacidad para introducir el del domicilio u omitir la norma que remite a la ley lugar de otorgamiento en materia de instrumentos públicos que es de gran utilidad práctica (Ver págs. 34-39).

Otro grupo de inquietudes corresponde a temas de familia y sucesiones sobre los que nuestros profesores alertan sobre la manera como algunos de los artículos del Proyecto desconocen importantes avances normativos en la materia al contemplar aspectos que fueron derogados o regulados por otras normas, como el Código de la Infancia y la Adolescencia (Ver págs., 122, 127, 130) o la Ley 1306 de 2009 (Ver pág. 172), o que generan situaciones de desprotección económica para el cónyuge o la afectación para terceros (Ver pág. 123).

iii. Capacidad para modernizar:

En los que hemos llamado aspectos transversales, tales como los temas de derecho internacional privado y de tecnología, el Proyecto no refleja la realidad del siglo XXI.

Por una parte, en derecho internacional privado, las normas de aplicación de la ley en el espacio planteadas no atienden a las tendencias modernas en ninguna de las categorías jurídicas reguladas, no responden a criterios claros y no reflejan la complejidad de las relaciones jurídicas privadas internacionales actuales. A esto se suma que, en el punto específico de los contratos internacionales, el Proyecto no permite que haya un contrato internacional con los mismos criterios con los que, en una relación jurídica, se puede pactar arbitraje internacional y no autoriza la aplicación de Normas de derecho, en el sentido en que solo hace referencia a la ley extranjera, lo cual no se aviene con lo establecido en las Normas consagradas en el Estatuto Arbitral y en la ley aprobatoria de la Convención de Washington. (Ver pág. 34).

Por otra parte, en materia de tecnología, el artículo 90 del proyecto no reconoce los nuevos instrumentos del comercio electrónico y, en general, el proyecto no identifica la equivalencia funcional como principio cardinal en la interpretación jurídica de la validez jurídica y probatoria de la información electrónica, no clarifica el concepto de original, ni precisa las reglas de recepción en medios electrónicos. (Ver pág. 42)

Adicionalmente, el Proyecto establece normas que constituyen un retroceso frente al régimen del Código Civil y del Código de Comercio, no refleja las tendencias en la evolución del derecho colombiano por lo cual es regresivo y no toma en cuenta las tendencias del derecho contemporáneo en materia de obligaciones y contratos. En cuanto a lo primero, los artículos afectan la fuerza obligatoria del contrato y los principios generales que rigen el derecho de las obligaciones. En cuanto a lo segundo, la regresividad se observa en el manejo que les da el proyecto a las solemnidades. Así, aunque la tendencia en el derecho colombiano a partir de 1970 ha sido la de eliminar las formalidades de los actos jurídicos, incluso aquellas que cumplen con un propósito *ad*

probationem, el proyecto de código consagra para muchos contratos que los mismos deban celebrarse por escrito (Ver pág. 13).

El proyecto de Código no cumple con su propósito modernizador en materia de familia, en la medida en que presenta un retroceso en temas como la regulación de la adopción, la unión marital de hecho, los alimentos, la discapacidad y la filiación. Tampoco tiene en cuenta, en algunas materias, el avance jurisprudencial y lo dispuesto en normas especiales como la Ley 1996 de 2019 y el Código de la Infancia y la Adolescencia, entre otras. Además, el proyecto de código no regula algunos asuntos necesarios y de actualidad, tales como la familia uniparental, solidaria y ensamblada y deja grandes interrogantes respecto al contrato de madre subrogada y las familias de crianza. Finalmente, el uso del lenguaje en algunas ocasiones no es acorde con los desarrollos jurisprudenciales y legales. (Ver págs. 128, 142).

Por último, a juicio de nuestros profesores, el régimen contenido en el libro VI tampoco moderniza el régimen en materia sucesoral, particularmente en lo que tiene que ver con el régimen de indignidad en el que no se tienen en cuenta las modificaciones introducidas por la Ley 1893 de 2018, para la protección del adulto mayor (Ver págs. 239 y ss.).

iv. Fallencias de redacción:

Sobre este punto nuestros profesores evidencian que, una constante a lo largo de todo el Proyecto, es la falta de claridad, sencillez y precisión en su texto, lo cual abre la posibilidad de que se presenten múltiples interpretaciones sobre una misma disposición.

Algunos de estos problemas se evidencian en los artículos 2 y 6 del Proyecto, que tratan sobre el tema de fuentes (Ver págs.. 40-42), o en el libro V, en el cual se presentan errores de redacción en diferentes normas, por ejemplo, con los artículos 1789 y 1792 (unión marital de hecho), 1807 (adopción) y 1823 (familia de crianza) (Ver págs. 124 y 167). De la misma manera, frente a la familia de crianza el proyecto no deja claro los derechos y obligaciones que surgen en el marco de las “nuevas familias” contempladas en la norma. Tampoco lo son los requisitos para el reconocimiento del hijo de crianza y el régimen de investigación del estado civil, fundado en la posesión notoria. (Ver pág. 151).

Estas fallas también se pueden constatar en el libro VI, en varios de sus artículos así: En el artículo 1864, al establecer que se trata de un título universal el que existe sobre un conjunto de bienes, cuando este es un título singular, en la medida en que estos conjuntos pueden ser determinados bien por bien, como géneros o cuerpos ciertos. En el artículo 1868, se habla de violación sexual y este no es término apropiado para designar el acceso carnal violento. Tampoco respeta el lenguaje inclusivo por el que han propugnado la Corte Constitucional y la Ley 1996 de 2019. El artículo 1874 que califica al usufructo como derecho personal. El artículo 1882, habla de transferencia de gananciales, cuando se debe hablar de transmisión por ser por causa de muerte. El artículo 1915, que permite que una persona que detenta la sucesión sin título sea legitimado por activa en la acción de petición de herencia. En los artículos 1974, 1985, 1992 y 2002 se usa el término disposición sin clarificar si se trata de la asignación o la modalidad a que se someten las mencionadas asignaciones. (Ver págs. 239 y ss.).

Adicionalmente, las normas que regulan los derechos sucesorales de los compañeros permanentes son bastante confusas, se presenta un uso inapropiado del lenguaje para referirse a las personas en situación de discapacidad mental, visual y auditiva. Por último, se habla de testamento público, abierto o nuncupativo, cuando el artículo 1929 dice que los testamentos son públicos o cerrados y

se permite que se establezcan legados sobre expectativas, sin prever qué pasa si estas no se convierten en derechos (Ver págs. 239 y ss.).

v. Falta de congruencia:

Sobre este punto, nuestros profesores alertan que el Proyecto incluye una definición incorrecta del Negocio Jurídico (Ver págs. 17-33) y desnaturaliza su antonomasia como acuerdos de “buenas a buenas” o de “libre discusión”, al sustituirlo por normas sobre protectoras que, de alguna manera, tienden a reemplazar la capacidad negocial de los intervinientes (Ver págs. 70-74).

También indican que el Proyecto no permite identificar la articulación entre lo que quedaría vigente del Código de Comercio después de la aplicación de las distintas vías que el libro IV incluye para realizar importantes cambios a asuntos centrales del derecho comercial (Ver pág. 111).

Precisan la manera en la que el Proyecto incorpora, de manera antitécnica, el principio *lex rei sitae*, pues comienza hablando de derechos reales en lugar de comenzar por los bienes, de donde aquellos se derivan (Ver pág. 37).

Advierten sobre las contradicciones que se presentan entre algunos artículos del Proyecto. Así, solo para mencionar algunos, señalan como los artículos 1617 y 1669 consagran un término de caducidad diferente para las capitulaciones (Ver pág. 128); o como el artículo 98, se establece que el adolescente es incapaz relativo y en el inciso 3º del artículo 1849 se indica que sus actos son absolutamente nulos (Ver pág. 124).

Por las razones anteriormente expuestas, la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario invita respetuosamente a los impulsores del proyecto a tener en cuenta los comentarios que se remiten, así como los provenientes de los demás sectores de la academia y de la sociedad civil, y a que, previa construcción de una metodología de trabajo abierta a la sociedad, se defina si resulta o no adecuada, útil y pertinente una reforma a los códigos de derecho privado con las dimensiones que este proyecto pretende.

A los profesores, que entusiastas atendieron la invitación de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario y que emprendieron la gran tarea de analizar en un breve lapso la propuesta de la Universidad Nacional de Colombia, les agradecemos su enorme compromiso con la construcción de las reflexiones sobre el desarrollo del derecho privado en nuestro país.

José Alberto Gaitán Martínez

Decano

Facultad de Jurisprudencia

Laura Victoria García Matamoros

Vicedecana

Facultad de Jurisprudencia

Introducción

Este texto recoge las perspectivas de los profesores de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario sobre el “proyecto de Código Civil de Colombia: reforma del Código Civil y su unificación en obligaciones y contratos con el Código de Comercio”. Las reflexiones que se presentan en este documento son el resultado de varias sesiones de trabajo, en las que participaron 28 profesores expertos en cada una de las áreas que propone el proyecto. Algunos autores presentan reflexiones generales y otros se ocupan de hacer comentarios particulares al articulado del proyecto y de dar cuenta de propuestas del proyecto que podrían: i) ser inconvenientes; ii) tener falencias de redacción; iii) ser incongruentes; iv) tener una visión que no moderniza el derecho privado o (v) tener vicios de inconstitucionalidad.

El lector encontrará reflexiones sobre las materias que se proponen en el proyecto divididas en cuatro partes. En la primera parte se encuentran comentarios sobre asuntos generales; la segunda parte se ocupa de las normas sobre bienes; la tercera analiza los asuntos sobre obligaciones y contratos y la última parte recopila los comentarios sobre familia y sucesiones.

El documento comienza con las reflexiones realizadas por Juan Pablo Cárdenas Mejía, quien se pregunta si se justifica la sustitución del Código Civil y todas las reformas que resultan del proyecto. Posteriormente, Édgar Augusto Ramírez Baquero realiza un detallado estudio de los artículos sobre “Los Negocios Jurídicos” (Título IV, Libro I, Parte General). Antonio Agustín Aljure Salame, Laura Victoria García Matamoros y Juan Pablo Cubillos Meléndez analizan las normas del proyecto sobre derecho internacional privado y concluyen que las normas de aplicación de la ley en el espacio propuestas no atienden a las tendencias modernas en ninguna de las categorías jurídicas reguladas, no responden a criterios claros y no reflejan la complejidad de las relaciones jurídicas privadas internacionales actuales. Posteriormente, Angélica María Gutiérrez Ramos se refiere a los asuntos de las fuentes del derecho e interpretación. Erick Rincón Cárdenas presenta varias reflexiones y propuestas de redacción sobre los asuntos de derecho y tecnología que se encuentran a lo largo del proyecto. Esta parte finaliza con los comentarios de Gabriel Hernández Villareal y Oscar Alejandro Maestre Piñeres, quienes reseñan asuntos del proyecto que tendrán impacto en el derecho procesal.

La II parte del texto se dedica a los comentarios sobre el régimen de bienes. Nicolás Pájaro Moreno indaga sobre el fundamento ideológico de la regulación del proyecto de código civil en lo relacionado con la propiedad y su función social y analiza si ellos guardan correspondencia con el contexto constitucional planteado por la Carta de 1991. De otra parte, Francisco Ternera Barrios y Tatiana Oñate Acosta analizan la noción del derecho de propiedad propuesta en el proyecto a la luz de los Acuerdos Internacionales de Inversión.

La siguiente parte se ocupa de los asuntos sobre obligaciones y contratos y comienza con las reflexiones que realiza el profesor Fabricio Mantilla Espinosa sobre la noción de contrato, la cual refleja el cariz de nuestro sistema político y económico. Posteriormente, Édgar Augusto Ramírez Baquero realiza comentarios particulares sobre el libro III que se refiere a obligaciones. En este capítulo, los lectores podrán encontrar un análisis juicioso de cada uno de los artículos del régimen de las obligaciones en la propuesta de Código. En tercer lugar, los profesores Sergio Rodríguez

Azuero, Alfredo Sánchez Belalcázar y Nicolás Pájaro Moreno presentan sus conclusiones generales sobre la propuesta. Posteriormente, Yira López Castro se ocupa de analizar el impacto que el libro IV del proyecto denominado “De los contratos” parece generar en el derecho comercial en instituciones como los actos de comercio, los comerciantes y algunos tipos de contratos mercantiles. Esta parte termina con el estudio de las normas del contrato de seguro a cargo de Manuel Guillermo Rueda Serrano.

La última parte analiza de forma ordena y completa las normas sobre familia y sucesiones. En esta parte los profesores hacen comentarios a cada uno de los artículos propuestos y adicionalmente hacen propuestas de redacción. En el estudio de esta parte participaron los profesores Cecilia Diez Vargas, Juan Enrique Medina Pabón, Helí Abel Torrado Torrado, Jaime Londoño Salazar, Karol Martínez Muñoz, Lina Patricia Rodríguez Rodríguez, Laura Lusma Castro, Mateo Vargas, José Ricardo Buitrago F., Carmen Lilia Uribe Moya, Angélica María Gutiérrez Ramos y Clara Carolina Cardozo Roa.

Así las cosas, esperamos que los redactores de esta iniciativa, y los lectores en general, encuentren en este texto de creación colectiva una herramienta útil para las discusiones sobre la construcción del derecho privado en Colombia.

*Tatiana Oñate Acosta
Yira López Castro
Nicolás Pájaro Moreno*

I PARTE

ASPECTOS GENERALES

¿SE JUSTIFICA LA SUSTITUCIÓN DEL CÓDIGO CIVIL?

Juan Pablo Cárdenas Mejía

En relación con el proyecto de Código Civil propuesto por la Universidad Nacional, y sin desconocer el trabajo de quienes participaron en su elaboración, y en particular los profesores que la dirigieron, a quienes respeto, admiro y que entiendo han actuado movidos por el propósito de modernizar nuestro régimen legal, surgen varias inquietudes que se pueden organizar en varios ejes:

- ¿Se justifica sustituir el Código Civil Colombiano vigente con un Código Civil como el que se presenta?
- ¿Se justifican todas las reformas que resultan del proyecto?

En este punto existen varias ideas que deben tenerse en cuenta: el Código Civil consagra el derecho civil de la sociedad colombiana; las soluciones del derecho civil colombiano actual en materia de contratos y obligaciones son por regla general adecuadas para la situación actual del país; el proyecto de código propone modificar normas generando graves problemas y por el contrario no atiende diversas dificultades que existen, y el proyecto no sigue la tendencia de nuestro derecho civil ni las tendencias contemporáneas, y finalmente, sustituir el Código Civil en la forma como se propone puede implicar un costo muy grande en materia de seguridad jurídica.

1. La sustitución del Código Civil Colombiano por un nuevo Código Civil

1.1. El Código Civil consagra el derecho civil de la sociedad colombiana

Lo primero que debe observarse es que el Código Civil adoptado en 1873 para la Unión y en 1887 para toda la República, ha regido en Colombia por 147 años y durante todos estos años ha sido estudiado, analizado y aplicado, dando lugar a un régimen de derecho civil que forma parte integrante de la sociedad colombiana. El Código, complementado por el Código de Comercio, con toda la creación jurisprudencial y doctrinal en torno al mismo, es una parte fundamental de nuestra cultura jurídica, por ello su sustitución no es un asunto de menor entidad.

Desde esta perspectiva es necesario examinar si existe una razón que justifique derogar totalmente el Código Civil y parcialmente el Código de Comercio para sustituirlos por un Código como el que se propone.

1.2. No existen razones que justifiquen sustituir totalmente el Código Civil y derogar parcialmente el Código de Comercio

Entre las razones que se invocan para justificar la sustitución del Código Civil vigente, se señala que el mismo es un código desactualizado; que obedece al pensamiento filosófico del siglo XIX; que no responde a todas las necesidades del mundo actual, y que no refleja los principios constitucionales ni las tendencias jurídicas contemporáneas.

Desde esta perspectiva debe señalarse que sin duda existen campos en los que han existido profundas transformaciones frente a lo que era la regulación del Código Civil. Ello se observa, por ejemplo, en el derecho de las personas y de la familia. Esas materias han sido y pueden ser objeto de regulaciones que pueden complementar o modificar el Código Civil.

En otras áreas, por el contrario, como principio general, las reglas originales del Código Civil, con la interpretación que de ellas ha hecho la jurisprudencia, siguen siendo adecuadas para la época contemporánea y son armónicas con la Constitución Política. Es esto lo que ocurre con el régimen de los contratos y obligaciones.

En este punto ha de destacarse el esfuerzo de una jurisprudencia de muchos años que ha aplicado e interpretado los códigos civiles y de comercio para construir un régimen jurídico que ha permitido resolver los problemas de los contratos y las obligaciones. En este punto ha de resaltarse el papel que la jurisprudencia le ha dado a la buena fe y al principio del no abuso del derecho.

Lo anterior permite señalar que la filosofía que reflejan las normas del Código Civil y del Código de Comercio en esta materia, en la forma como las aplican nuestras cortes, reflejan los principios fundamentales que se derivan del régimen constitucional vigente. Es decir que en esta materia no puede decirse que los códigos mencionados estén desactualizados u obedecen a otros principios que los que resultan de las normas constitucionales

Lo anterior sin ello signifique desconocer que en esta materia también pueden existir algunos vacíos o dificultades que podrían ser objeto de una reforma puntual, incluso tomando en cuenta algunas de las ideas del proyecto, y que igualmente pueda contemplarse la unificación del régimen civil y mercantil, sin que al hacerlo sea necesario alterar principios básicos del régimen vigente.

2. ¿Se justifican o son adecuadas las reformas del proyecto de Código Civil?

El proyecto de código que se propone no se limita a modificar aquellos aspectos del Código vigente que pueden generar dudas fundadas, sino que reforma muchísimas normas del Código Civil y del Código de Comercio, en algunos casos, con normas de dudosa constitucionalidad, en otros con normas que no se ajustan a la evolución de nuestro derecho, sin incorporar las tendencias internacionales en donde es necesario, estableciendo en otros casos reglas que son equivocadas o incoherentes y eliminando reglas cuya conveniencia no era discutida.

Así, por ejemplo, la regulación del contrato de suministro del artículo 824 del proyecto es de dudosa constitucionalidad. En efecto, la norma actual (artículo 978 del Código de Comercio) establece que “Cuando la prestación que es objeto del suministro esté regulada por el Gobierno, el precio y las condiciones del contrato se sujetarán a los respectivos reglamentos”. Dicha norma parte de la base de que existe una norma que autoriza al Gobierno a regular los precios, es decir que existe una norma de intervención en la economía. La nueva disposición que se propone establece que “Cuando la prestación que es objeto del suministro revista interés general o se encuentre intervenida por autoridad competente, el precio y las condiciones del contrato se sujetarán a los

respectivos reglamentos”. De esta manera, la nueva norma prevé que las autoridades pueden intervenir en los contratos de suministro cuando estos se consideren de interés general.

Esta norma en el fondo es una disposición que habilita una intervención en la economía, sin que se cumpla lo dispuesto por el artículo 150, numeral 21, de la Constitución Política, de acuerdo con el cual le corresponde al Congreso expedir normas de intervención, caso en el cual se deben precisar los fines, alcances y límites a la libertad económica.

De igual manera, el artículo 445 del proyecto establece la posibilidad de pacto de una obligación en moneda extranjera y su pago en moneda legal colombiana, “sin perjuicio del régimen cambiario vigente”. Pero agrega la norma que “Sin embargo, el pago puede realizarse en otra moneda si la obligación proviene de un contrato internacional o de una sentencia extranjera reconocida”. Esta última regla, que no queda sujeta al régimen cambiario es de dudosa constitucionalidad, en la medida en que como lo ha dicho la Corte Constitucional (C-781 de 2001) en materia cambiaria lo que le corresponde al legislador es dictar una ley marco, que debe ser desarrollada por el Gobierno y por la Junta Directiva del Banco de la República en el marco de sus competencias.

Tal como está redactada esta norma, la misma puede aplicarse por encima del régimen cambiario, lo que sería inconstitucional.

Por otra parte, el proyecto establece normas que constituyen un retroceso frente al régimen del Código Civil y del Código de Comercio. Es el caso de las normas que afectan la fuerza obligatoria del contrato y los principios generales que rigen el derecho de las obligaciones, pues prevé que el “cumplimiento de la obligación podrá exigirse judicialmente siempre que sea posible y no excesivamente onerosa para el deudor, contraría la buena fe negocial o afecte la situación personal del deudor” (artículo 576) lo anterior implica que el deudor puede exonerarse de cumplir si el juez considera que su situación personal no se lo permite, afectando entonces el valor del contrato como regla y acto de previsión de las partes. Si bien públicamente los redactores han tratado de explicar el alcance de la norma señalando que ese no es su propósito y que se refiere a obligaciones que debe ejecutar personalmente el deudor, lo cierto es que el no haber adoptado el texto de las reglas que regulan tal situación en otros países, el texto conduce a una solución distinta, comprometiendo la fuerza obligatoria del contrato y el mismo como acto de previsión.

Así mismo el artículo 88 del proyecto permite que una parte pueda modificar un contrato celebrado cuando “dentro de un plazo razonable, con posterioridad al perfeccionamiento del contrato, fuese enviado un escrito que pretenda constituirse en confirmación de aquél y contuviere términos adicionales o diferentes, éstos pasarán a integrar el contrato a menos que lo alteren sustancialmente o que el destinatario, sin demora injustificada, objete la discrepancia”. Esta regla permite entonces a una parte producir modificaciones del contrato sin que exista realmente la voluntad de la otra de consentir en ellas. Esta regla es una mala adaptación de la regla que establece la Convención de Viena para los casos en los cuales la aceptación de una oferta “contenga elementos adicionales o diferentes que no alteren sustancialmente los de la oferta” la cual “constituirá aceptación a menos que el oferente, sin demora injustificada, objete verbalmente la discrepancia o envíe una comunicación en tal sentido”. Como se puede apreciar la regla de la Convención se aplica a la aceptación, y es lógico que se regule si la misma puede o no dar lugar a que se celebre el contrato, lo que no ocurre en el proyecto en que se parte de un contrato ya formado. A lo anterior se agrega que la Convención de Viena solo toma en cuenta las modificaciones que no alteren sustancialmente la oferta, en tanto que la propuesta no hace limitación alguna, por lo que puede referirse a los elementos esenciales. La regla propuesta permite comportamientos oportunistas de personas que celebran un contrato y quieren alterarlo, esperando que la otra parte no diga nada, cuando esta última puede partir que hay un contrato.

Por otra parte, el proyecto establece que el concepto de buenas costumbres se aprecia (artículo 134) teniendo “en cuenta el decoro de quienes piensan con equidad y justicia”, en lugar de seguir una línea jurisprudencia consolidada de la Corte Constitucional a partir de la sentencia C-224 de 1994, la cual ha señalado que la expresión buenas costumbres debe entenderse como moral social o moral pública. El criterio propuesto deja en manos de juez decidir que son buenas costumbres, sin suministrarle un criterio claro.

Así mismo, se modifican las normas sobre quien puede alegar la nulidad relativa, que en el Código Civil actual solo puede ser invocada por persona en cuyo favor la ha establecido la ley (artículo 1743), en tanto que en el nuevo proyecto se establece que la nulidad “relativa solo puede alegarse por las partes que celebraron el respectivo negocio jurídico” (artículo 139). El texto literal del texto propuesto permite entonces invocar la nulidad relativa por cualquier parte, incluyendo a aquel que la ha originado, lo que claramente es contrario al sentido de dicha nulidad que en muchos casos busca proteger a una parte.

El artículo 142 del proyecto establece que “No procederá la nulidad si antes de intentarse la acción o en el acto de contestarse la demanda, la otra parte ofrece cumplir o corregir su prestación subsanando el vicio”. Esta disposición hace depender del demandado la validez del contrato, cuando si la nulidad es relativa, quien debe tener derecho a exigir que se declare la nulidad o a sanearla es aquel en cuyo favor se establece. El artículo parece inspirado en el artículo 3.2.10 de los principios de Unidroit que establece cuándo se pierde el derecho a anular el contrato, pero no incluye todos los elementos que este artículo consagra como es el hecho de que ello ocurre cuando la parte declara su voluntad de cumplir en los términos en que la otra parte lo entendió.

Desde otra perspectiva el proyecto de reforma tampoco refleja las tendencias en la evolución de nuestro derecho y es entonces regresivo. Es el caso, por ejemplo, de las solemnidades, pues la tendencia del derecho colombiano a partir de 1970 ha sido en el sentido de eliminar las formalidades de los actos jurídicos, incluso las ad probationem. Por el contrario, el proyecto de código consagra para muchos contratos que los mismos deben celebrarse por escrito. Es el caso del contrato de fiducia de bienes muebles (artículo 835), el contrato de factoraje (artículo 864), la transacción (artículo 870), el contrato de leasing (artículo 945), el contrato de cuentas en participación (artículo 1219), el contrato de concesión (artículo 1231), el contrato de franquicia (artículo 1256) y las garantías personales (artículo 1268).

En materia de incapacidades en la compraventa, el artículo 709 del proyecto adopta el texto actual del Código de Comercio, pero sin tener en cuenta que dichas reglas han sido modificadas por la ley estatutaria de la justicia, el régimen disciplinario del servidor público y el estatuto del abogado.

Así mismo el artículo 901 consagra el derecho de retención por el arrendador de “todos los frutos existentes de la cosa arrendada, y todos los objetos con que el arrendatario la haya amueblado, guarnecido o provisto” para seguridad de las sumas que le debe el arrendatario, lo cual se concreta en el embargo y secuestro de tales bienes, pero no toma en cuenta las normas posteriores y particularmente las reglas del Código General del Proceso (artículo 384, numeral 7), que prevén que en el proceso de restitución de tenencia se pueden embargar otros bienes del arrendatario.

El proyecto de reforma tampoco toma en cuenta las tendencias del derecho contemporáneo en materia de obligaciones y contratos. Así, por ejemplo, no toma en consideración las normas de la Convención de Viena en materia de compraventa internacional, que se han convertido en el modelo de referencia para muchas reformas contemporáneas. En particular el proyecto mantiene el régimen de vicios ocultos que consagra el Código Civil, cuando la tendencia contemporánea es a adoptar el régimen de falta de conformidad que establece la Convención de Viena de las Naciones Unidas para la compraventa internacional de mercaderías.

Adicionalmente, si bien el proyecto consagra algunas normas de derecho internacional privado, en forma bastante defectuosa, no consagra el principio que hoy se aplica en materia de contratos y es la regla de la autonomía de las partes, por virtud del cual las partes en principio son libres de escoger la norma aplicable a un contrato internacional.

Así mismo, existen numerosos artículos que plantean problemas conceptuales y de coherencia. Así el artículo 93 del proyecto consagra una responsabilidad por “los daños que se causen en la formación, ejecución o cesación de los efectos del negocio jurídico”, sin exigir que haya culpa. Dicho precepto no es coherente con el artículo 94 que limita la responsabilidad precontractual a los casos de mala fe. Lo cual, además, no corresponde a la tendencia del Código Civil y las orientaciones modernas en la cual se sanciona con la responsabilidad precontractual no solo la conducta dolosa sino también la culposa.

El proyecto consagra la figura de la excesiva desproporción (artículo 108) que en el fondo corresponde a la denominada lesión subjetiva, esto es, a aquellos casos en que un contrato es desequilibrado porque una parte se ha aprovechado de la necesidad, inexperiencia o debilidad de la obra. Ahora bien, el proyecto mantiene también el régimen de lesión enorme en la venta bajo una concepción objetiva. Desde esta perspectiva lo lógico es consagrar un único régimen. A lo anterior se agrega que la norma que regula la excesiva desproporción no es clara, porque por un lado prevé que ella se aplica cuando una parte por falta de previsión, ignorancia, inexperiencia o de habilidad le otorga una ventaja excesiva a la otra, pero agrega que ello es por el aprovechamiento injustificado de la dependencia, aflicción económica o necesidades apremiantes de la otra parte, con lo cual finalmente no se sabe qué es lo que se requiere para aplicar la figura.

En el artículo 135 el proyecto establece que en caso de inexistencia por falta de solemnidades o de un requisito esencial, la intervención del juez, en razón de la ejecución de prestaciones se reducirá a impedir que una parte se enriquezca a expensas de la otra. Esta regla impediría cobrar perjuicios por los casos de inexistencia, lo que debería ser posible en todos los casos en que una de las partes ha actuado reprochablemente porque sabía que el contrato era inexistente. Tal regla de hecho lo consagra el Código Civil al sancionar a quien vende una cosa a sabiendas que la cosa no existe.

Así mismo, aunque el régimen de la imprevisión es distinto por esencia al régimen de la lesión, pues el primero supone un desequilibrio posterior al contrato, en tanto que la lesión implica un desequilibrio al tiempo del contrato, el artículo 499 del proyecto al regular la imprevisión establece que se aplican preferentemente las reglas especiales de la lesión enorme, como si se refirieran al mismo supuesto.

El proyecto define la obligación en el artículo 432 y establece que la prestación debe satisfacer un interés del acreedor, que puede consistir en meras ventajas intelectuales o morales. Por otra parte, el artículo 472 consagra la definición del Código de Comercio de contrato que hace referencia a que el mismo crea, modifica o extingue una relación jurídica patrimonial. De esta manera, la definición del concepto de obligación y de contrato, que es una de las fuentes de las obligaciones, no son consistentes, lo cual puede generar problemas de regulación en aquellos eventos en que las prestaciones de las dos partes no tienen un contenido económico.

Así mismo el proyecto en su artículo 466 establece los criterios para calificar una obligación de medio o de resultado, pero no incluye todos los que consagran los principios de Unidroit sin que exista una razón para excluir el que consiste en la capacidad del acreedor para influir en el cumplimiento de la obligación, el cual ha sido utilizado por la jurisprudencia internacional para definir la naturaleza de la obligación de seguridad.

El artículo 479 del proyecto define el contrato de ejecución sucesiva señalando que el mismo existe cuando se cumple mediante una serie periódica de prestaciones, cuando la realidad muestra que

dicho tipo de contrato puede consistir en una sola prestación que se extiende en el tiempo. Lo anterior implicaría que a no se aplicarían los contratos que implican una sola prestación que se extiende en el tiempo las reglas de los contratos de ejecución sucesiva, cuando ellas son las adecuadas para su regulación. Adicionalmente señala el proyecto que los contratos con prestaciones perpetuas están prohibidos, pero no precisa que es lo perpetuo.

El artículo 480 del proyecto señala que el contrato es “típico o atípico, según que sea nominado y sus elementos se encuentren regulados de forma integral y sistemática por la ley, por el uso y la costumbre”. Si se tiene en cuenta que el objeto de la calificación de un contrato como típico es determinar que se aplica el régimen que para dicho contrato se ha establecido por el legislador, la definición prevista permite aceptar que para ese efecto puede haber contratos típicos cuyo régimen se determina simplemente por los usos. En el fondo esta definición confunde la tipicidad legal, que implica la regulación del contrato por el legislador, y la tipicidad social, que implica que la sociedad considera que una forma de contrato es una categoría especial. El contrato que solo tiene tipicidad social desde el punto de vista legal se sujeta a las reglas aplicables a cualquier contrato atípico.

El artículo 507 del proyecto establece la obligatoriedad de costumbre cuando sea ampliamente conocida en el comercio. Ello implica que la costumbre comercial es aplicable aun entre transacciones de personas que no son comerciantes lo que no es correcto.

Por otra parte, el artículo 520 del proyecto adopta normas que provienen de las reglas del Estatuto de Protección al Consumidor y las aplica a todos los contratos de condiciones generales y por adhesión, lo cual no es correcto, porque el contrato de adhesión o por condiciones generales puede ser celebrado entre profesionales que pueden defender sus derechos.

El artículo 564 del proyecto parece contradecir el principio de que no se puede repetir lo pagado por un objeto o causa ilícita a sabiendas pues dispone que “Quien entrega a otro una prestación para obtener un resultado prohibido por la ley o contrario al orden público o a la buena costumbre, tiene derecho a la repetición de aquella prestación, salvo disposición legal en contrario. Este derecho puede ejercerse, aunque quien dio la prestación hubiera conocido la naturaleza del resultado”.

El artículo 588 del proyecto desconoce el principio básico de la reparación del daño en materia contractual pues dispone que “La reparación del daño consiste en el restablecimiento al estado anterior de la víctima”, cuando por virtud de la fuerza obligatoria del contrato el restablecimiento del daño en materia contractual consiste en colocar al acreedor en la misma situación en que se hubiera encontrado si el contrato se hubiera ejecutado correctamente. La norma conduce a limitar la indemnización desconociendo el valor del contrato.

Los artículos 601 y 602 del proyecto no son consistentes entre sí en lo relacionado con los pactos de exoneración o limitación de responsabilidad, pues el primero los permite en ciertos casos, en tanto que el segundo dispone que no se puede renunciar a la indemnización sino cuando se haya causado. Precisamente, una forma de exoneración de responsabilidad es pactar que no habrá indemnización en un determinado evento.

El artículo 693 del proyecto establece que el juez podrá declarar oficiosamente la prescripción extintiva en los casos en que esté en litigio un derecho irrenunciable, lo cual parece no tener fundamento lógico porque cuando el derecho es irrenunciable lo que busca el ordenamiento es que el titular del derecho lo conserve, lo que es contradictorio con que el juez pueda declarar de oficio su prescripción. A lo anterior se agrega que por el contrario cuando el derecho es renunciante, el juez no puede declarar de oficio la prescripción.

El proyecto elimina soluciones que consagraba la legislación mercantil como era el régimen del mandato en interés común (artículos 1283 y 1284), sin que exista justificación para ello. Dichas normas reflejan principios que fueron desarrollados por la jurisprudencia francesa para regular situaciones en las cuales los intereses de las partes conducían a que el contrato no pudiera terminar conforme a las reglas generales del mandato.

Igualmente, el proyecto elimina algunas normas sobre obligaciones alternativas (artículos 1559 y 1561 del Código Civil) que son útiles.

A todo lo anterior debe agregarse el costo social que implica la sustitución de un código por otro. En efecto, la expedición de un código, cuya estructura es diversa al código actual, y que además introduce modificaciones en numerosos artículos que en principio no han generado controversia, genera la necesidad de reinterpretar las soluciones tradicionalmente aplicadas, por lo cual lo que parecía una doctrina o jurisprudencia firme se torna frágil. De esta manera, se genera inseguridad jurídica.

No sobra señalar que si bien existen aspectos que pueden justificar una reforma a los códigos civiles y de comercio (como es la dualidad de régimen, el régimen de los vicios ocultos, la lesión o el tratamiento del incumplimiento contractual), dichas reformas pueden hacerse a través de proyectos de ley específicos para cada materia. Tales proyectos deberían ser el resultado de un trabajo de toda la comunidad jurídica, y deberían tener en cuenta la situación actual del derecho colombiano y cuando ello sea del caso el entorno internacional. Para dichas reformas podrían tomarse en cuenta algunas de las propuestas del proyecto de Código Civil elaborado por la Universidad Nacional.

COMENTARIOS AL LIBRO I, PARTE GENERAL, TÍTULO IV, DE LOS NEGOCIOS JURÍDICOS

Édgar Augusto Ramírez Baquero

(1) Comentarios al artículo 82.

Artículo 82. *El acto jurídico es todo acontecimiento de la persona que produce efectos jurídicos.*

Los actos jurídicos conforme a derecho se clasifican en negocios jurídicos y actos jurídicos en sentido estricto, según los efectos que se produzcan por la voluntad de la persona o por simple mandato legal; los contrarios a derecho son hechos ilícitos.

Comentarios:

a. Comienza con la definición de acto jurídico. Los principios de lógica formal enseñan que una definición debe iniciar con la indicación del grupo de individuos más cercano a la entidad que se define (género próximo) y seguir con la puntualización de los rasgos que le diferencian con respecto a los demás individuos de ese género (diferencias específicas).

Estas reglas no se observan en esta definición, porque en tratándose de los actos jurídicos el género próximo es el acto jurídico; la diferencia específica no se puntualiza. Esta última consiste en que el acto jurídico normalmente es suscitado por la voluntad del sujeto de derecho.

Nuestra propuesta: Acto jurídico es un hecho jurídico regularmente ocasionado por la voluntad del sujeto de derecho.

b. Propone la norma la diferencia entre negocios jurídicos y actos jurídicos en sentido estricto, que también llamamos “actos no negociales”. Conforme a este artículo, la distintividad entre las especies de actos jurídicos reside en que en los primeros el efecto relevante en derecho lo ocasiona la voluntad, al paso que en el otro la ley.

Así planteada la diferencia, las cosas no lucen correctas, porque en todo acto jurídico, sea o no negocial, la voluntad de la persona es factor causal del efecto en derecho.

Estamos pensando que la norma ha querido evocar, en mala hora equivocadamente, un muy conocido criterio que en Alemania e Italia ha tenido bastante acogida para los efectos de diferenciar entre actos no negociales y actos negociales o negocios jurídicos: el criterio de la voluntad dirigida a la producción del efecto jurídico.

Acorde con este criterio, el acto es negocio jurídico cuando la voluntad que lo anima busca el efecto en derecho y lo desencadena. No es negocial, cuando la voluntad que provoca el acto no necesita ir por el efecto porque éste el orden jurídico lo pone en conexión con él.

A nuestro parecer, el criterio que correctamente marca la diferencia entre estas dos clases de entidades es el del maestro italiano Emilio Betti, llamado de la auto regulación de intereses. Así, el acto es negocio jurídico cuando comporta auto regulación de intereses.

(2) Comentarios al artículo 83.

Artículo 83. *Negocio jurídico es la declaración de una o varias voluntades cuyo fin es el de constituir, transferir, modificar o extinguir una relación jurídica.*

Los negocios jurídicos son obligatorios, de disposición o enajenación y de administración.

Negocio jurídico obligatorio es el que produce obligaciones a cargo de quien emite la declaración de voluntad. También tienen este carácter las operaciones financieras activas que conceden u otorgan créditos, las operaciones pasivas que reciben o captan recursos o disponibilidades patrimoniales y las operaciones neutras que prestan servicios, de conformidad con la ley.

Negocio jurídico de disposición o de enajenación es el que produce la extinción, modificación o gravamen de un derecho patrimonial.

Negocio jurídico de administración es el que persigue la conservación de los derechos o su mayor productividad.

Las partes deberán obrar de buena fe, con lealtad y con la cooperación e información negocial debidas.

Comentarios:

a. La definición de negocio jurídico a nuestro parecer no es correcta, aun cuando tenga que admitirse que conceptos como éste son generalizados en la literatura. El negocio jurídico no puede considerarse una especie de declaración de voluntad, que es exactamente lo que propone este artículo.

En todo negocio jurídico, uno de sus elementos es la declaración volitiva, entendiendo por tal, la exteriorización que el sujeto del negocio efectúa con respecto a su intención de relacionarse en derecho con otra persona. De consiguiente, el negocio, esto es, el todo, no puede ser una especie de una de sus partes, como lo es la declaración de voluntad.

En resolución, el todo es la suma de las partes, no una especie de una de ellas.

b. Seguidamente, esta norma desarrolla una de las muchas clasificaciones de los negocios jurídicos patrimoniales. Para ser exactos, la que los diferencia en consideración al impacto que el negocio tiene en el patrimonio de las partes. Si lo grava con un deber de prestación o débito prestacional, se llama de obligación; si provoca la salida o el gravamen de un activo patrimonial, se dice que es de disposición o enajenación; y si se limita a procurar que un activo integrado a ese patrimonio genere riqueza, se dice de administración.

En general, esta importante clasificación de los negocios jurídicos patrimoniales está correctamente expuesta.

c. No entendemos la puntualización que se hace con respecto a las operaciones activas, pasivas y neutras que realizan los intermediarios financieros. Que sepamos, nadie cuestiona que sean obligatorias. Ella quedaría mejor colocada en la regulación de la contratación bancaria.

d. ¿Es técnico que en un artículo que contenga la definición de un vocablo se aborde solamente una de las muchas clasificaciones de las que es susceptible?

(3) Comentarios a los artículos 84 y 85.

Artículo 84. *La declaración de voluntad debe ser expresa. No obstante, podrá inferirse la declaración de voluntad de la realización de una conducta inequívoca.*

Artículo 85. *El silencio o la inacción, por sí solos, no constituyen aceptación. No obstante, si en virtud de una oferta, o de las prácticas que las partes hayan establecido entre ellas o de los usos, el destinatario puede inferir el asentimiento que tendrá efectos equivalentes a los de una declaración de voluntad expresa.*

Igualmente podrá expresarse la declaración de voluntad por los medios que impliquen transmisión, procesamiento, almacenamiento electrónico de información con tal que haya sido expedida la declaración por el otorgante, por su orden o por su aquiescencia. A este respecto se tendrán en cuenta los usos.

Comentarios:

a. En últimas, de lo que tratan estos dos artículos es de la forma negocial, es decir, de la manera o modo de ser del negocio jurídico. La forma es uno de los elementos del negocio jurídico. La declaración de la voluntad es otro.

No es lo adecuado que este tópico se aborde desde la visual de uno de sus elementos: la declaración volitiva.

b. Para la cabal comprensión de estos comentarios, téngase presente que entre las funciones que la forma negocial cumple, se encuentra la de servir a la declaración volitiva de instrumento que la hace reconocible en el tráfico jurídico.

c. Las alocuciones forma expresa y forma tácita no anuncian ninguna forma negocial en particular. Solamente indican si el negocio jurídico es o no aprensible sensorialmente. Las formas negociales son: verbal, comportamental, omisiva, documental, real y electrónica. No hay tales formas expresa y tácita.

d. Estos artículos únicamente aluden a la forma comportamental, a la omisiva y a la electrónica. Dejan a un lado la real, la verbal y la documental. En trazos generales, nos resulta correcto lo que de estas formas negociales se dice.

e. Es de capital importancia que exista una norma que indique cuál es la postura que de modo general se adopta en este estatuto con respecto a la forma negocial, esto es, que indique si la regla dominante es la libertad de formas, cual es la tendencia del mundo moderno, o la sujeción a solemnidades; rol que en la actualidad cumple el artículo 824 del Código de Comercio.

(4) Comentarios al artículo 88.

Artículo 88. *Si dentro de un plazo razonable, con posterioridad al perfeccionamiento del contrato, fuese enviado un escrito que pretenda constituirse en confirmación de aquél y contuviere términos adicionales o diferentes, éstos pasarán a integrar el contrato a menos que lo alteren sustancialmente o que el destinatario, sin demora injustificada, objete la discrepancia.*

Comentarios:

a. Si un contrato ya está perfeccionado, ¿para qué necesita confirmación? En otros términos: si es perfecto, es porque concita todos sus elementos, entre ellos, desde luego, el asentimiento de todas las partes. Entonces: o está perfeccionado y por ende sobra una confirmación, o no lo está, por estar a la espera del asentimiento de uno de los tratantes.

b. Si la hipótesis que se quiere describir consiste en que uno de los contratantes está pendiente de prestar su asentimiento, y la otra queda a la espera de él, lo que está simplemente sucediendo es

que el contrato no es perfecto, por faltarle el consenso, elemento de todo negocio jurídico convencional.

En este orden de ideas, lo que esta regla juzga como “confirmación acompañada de contenidos distintos a los acordados, no es otra cosa que una oferta de contrato que, en puridad, debería quedar a disposición de su destinatario, para que la acepte o rechace dentro del plazo aplicable; siendo muy inconveniente que a la omisión se le atribuya la calidad de aceptación. No es este un ámbito en que convenga que la conducta omisiva valga como negocio jurídico.

c. Así como está redactado, esta norma será fuente de ambigüedad.

(5) Comentarios al artículo 92.

Artículo 92. El negocio jurídico produce efectos entre los que lo celebran. Excepcionalmente puede producir efectos frente a terceros como sucede con la estipulación para otro o en favor de terceros.

Comentarios:

El contrato a favor de tercero, o estipulación para otro o *stipulatio alteri* no es una excepción a la regla del efecto relativo de los efectos negociales, porque sin la ratificación del tercero el beneficio pactado a su favor no puede por él ser reclamado y las partes contractuales que a su favor estipularon pueden revocarlo.

(6) Comentarios al artículo 94.

Artículo 94. La parte que negocia o interrumpe las negociaciones de mala fe es responsable por los daños y perjuicios causados a la otra parte. En particular, se considera mala fe que una parte entre o continúe negociaciones cuando al mismo tiempo tiene la intención de no llegar a un acuerdo.

Comentarios:

a. El artículo intenta enunciar un principio general en materia de responsabilidad civil con ocasión de las tratativas, llamada responsabilidad prenegocial, o precontractual cuando de la negociación de contratos se trata, o por violación de interés de confianza, como se le llama en importantes sectores de la doctrina italiana. Sin embargo, no se vale de una fórmula general, sino de la enunciación de situaciones puntuales descriptivas de faltas prenegociales, como lo son la ruptura antijurídica de las negociaciones y el avanzar en ellas sin la intención de arribar a un negocio convencional.

b. Es muy importante que el estatuto civil contenga un enunciado general sobre la materia. Se insiste en que dicho objetivo no se logra con el texto que se comenta. Para la construcción que una norma verdaderamente amplia y general es condición que las palabras que se utilicen sean abarcativas de cualquier situación en que se comprometa la responsabilidad civil de unos de los tratantes. Para ello el asunto debe abordarse desde la visual del incumplimiento de los llamados deberes prenegociales, todos desglosados del principio general de la buena fe. Es que, siempre que uno de los tratantes agrede uno de estos deberes, incurre en responsabilidad civil.

c. Por lo demás, ni esta, ni alguna otra norma, hacen precisión en punto de la extensión del daño indemnizable en este ámbito; perjuicio resarcible que, acorde con la literatura, debe serlo el llamado daño contractual negativo o daño al interés de confianza.

d. Séanos permitido proponer un texto. Sería el siguiente: “*Con ocasión de las tratativas, el tratante que infrinja cualquiera de los deberes precontractuales, ocasionando daños a otro de los que tratan, resarcirá los perjuicios irrogados. El daño resarcible corresponderá al interés contractual negativo*”.

(7) Comentarios al artículo 95.

Artículo 95. *La legitimación negocial es la facultad que tiene una persona para obligarse, disponer o adquirir derechos.*

Nadie podrá obligar a otro sin su consentimiento, ni hacerlo adquirir o disponer de derechos contra su voluntad, salvo cuando se trate de negocios jurídicos forzosos, o sea aquellos que la ley o la autoridad imponen su realización.

Comentarios:

a. La legitimación negocial es uno de los presupuestos o condiciones de eficacia del negocio jurídico. No es una facultad, poder o derecho, como se dice en esta regla. Se trata de una calidad o condición de la cual está dotado el sujeto del negocio, con estribo en la cual es pertinente que sea él quien regule los intereses que se intentan regular con base en el negocio jurídico.

b. La idea básica que explica el sentido común de este presupuesto negocial es que no es cualquier sujeto de derecho quien puede regular unos intereses. Un acto regulador de intereses o negocio jurídico solamente puede ser originado por quien sea titular de tales inclinaciones del ánimo (intereses).

De esto resulta la natural noticia que enseña que, en los negocios jurídicos, como en general en todos los actos de la vida de las personas, debe existir identidad entre el sujeto del negocio y el sujeto del interés. Cuando no existe tal identidad, dado que los intereses no se dejan regular por cualquiera, porque lo contrario resquebrajaría el principio de la seguridad de los derechos, se tendrá que el negocio no es efectivo para regularlos, o lo que es igual, tendremos otra de las situaciones que desatan la inoponibilidad negocial.

c. Esa calidad o condición del sujeto, que hace legítimo que sea él quien imparta a unos intereses una regulación vía negocial, depende de la particular posición en que aquél se encuentra con respecto a esos intereses (titularidad del interés).

d. En suma, no es la legitimación negocial una facultad. Por cierto, el derecho de las personas a obligarse o disponer de sus derechos vía negocial, es la quintaesencia del principio de la autonomía privada. No corresponde ese derecho a la legitimación negocial.

e. Para que el segundo párrafo, que en el fondo de lo que trata es de la consagración del principio de la libertad de negociación, tenga verdadera generalidad y su tenor recoja el principio que se quiere refrendar, proponemos este texto: “*Nadie podrá vía negocio jurídico imponer a otro un efecto en derecho sin que se cuente con su asentimiento. Con todo, podrá el legislador, en el marco de sus competencias y límites constitucionales, regular contratos impuestos e intervenir los contenidos de algunos contratos*”.

(8) Comentarios al artículo 97.

Artículo 97. *Son absolutamente incapaces de celebrar negocios jurídicos los niños o niñas menores de doce años.*

Comentarios.

Una modificación integral del estatuto civil es una valiosa oportunidad para enmendar los yerros en que el legislador haya incurrido en la regulación de alguna de sus materias. Seguro que el más protuberante de esos desafueros ha sido esa nefasta Ley 1.996 de 2.018, que en últimas graduó con honores, como personas plenamente capaces, a sujetos de derecho que por su condición natural no lo son, como es el caso de los mayores de edad afectados por patologías mentales. Ese sistema

de apoyos que se diseñó en esa malévolas normativa contiene un verdadero contrasentido. La siguiente pregunta lo pone en evidencia: ¿De dónde deriva el incapaz sanidad mental para decidir si solicita o no un apoyo?

Por lo anterior, convencidos como estamos de las secuelas lesivas que para estas personas van a resultar de ese régimen esbozado en la Ley 1.996 de 2.018, pesamos que es lo mejor que se retome la senda tradicional y a esos incapaces mayores de edad se le tenga como lo que son, esto es, absolutamente incapaces.

Lo que acaba de decirse, aplica del mismo modo al artículo 100-3, que enuncia entre los sujetos que ejercen representación legal respecto de otra persona natural, a quien le presta apoyo; y al 137-2, que juzga relativamente nulos los negocios jurídicos en los que interviene una persona mentalmente discapacitada, sin contar la asistencia de quien le brinda apoyo.

(9) Comentarios a los artículos 102, 103 y 104.

Artículo 102. *El error vicia la voluntad cuando es el resultado de una comprensión equivocada sobre los hechos o derechos y de tal importancia que persona razonable, de haberlo conocido, no habría contratado o lo habría hecho en términos sustancialmente diferentes.*

Se considera como error esencial de los negocios jurídicos, existente al momento de la celebración:

- 1. La identidad o las cualidades del contenido u objeto de la declaración de voluntad que han sido consideradas como determinantes por los negociantes, teniendo en cuenta la buena fe y los usos del tráfico.*
- 2. La identidad o alguna cualidad de la persona con quien se negocia, cuando esta identidad o cualidad es determinante del negocio, habida cuenta de la buena fe y los usos sociales.*
- 3. La naturaleza misma del negocio que se celebra.*
- 4. El error de derecho cuando ha sido la razón principal del negocio.*

Artículo 103. *El error sobre los motivos no invalida el negocio, salvo cuando es determinante y acordado por las partes como condición del negocio o resulta de la naturaleza, contenido o circunstancia dentro de las cuales se celebró. El error material en la expresión de la voluntad o en su transmisión vicia la voluntad cuando alcanza a lesionar una condición esencial del negocio. En los demás casos, da lugar a una rectificación la cual debe resultar de la evidencia o del contexto de las respectivas cláusulas.*

Artículo 104. *No podrá alegar error la parte que ha incurrido en culpa grave al cometer el error, o el error versa sobre una materia en la cual la parte equivocada ha asumido el riesgo del error o, tomando en consideración las circunstancias del caso, deba soportar dicho riesgo.*

Comentarios.

a. Hablando del error, hay que diferenciar las falsas apreciaciones que el sujeto de derecho asume en derredor de una entidad o circunstancia de la vida, de un lado, y de otro, las deficiencias en que incurre al exteriorizar una intención volitiva, es decir, al trasladarla desde su interioridad, para hacerla conocida por otros.

En las primeras situaciones, en las cuales la falencia acontece durante el proceso formativo del querer, esto es, con motivo de la génesis y desarrollo de su intención volitiva, asistimos a los verdaderos errores vicios de la voluntad. En las segundas, la voluntad ya se ha formado, pero el sujeto incurre en una deficiencia al comunicarla a su destinatario y a los demás sujetos del tráfico jurídico, de suerte que el mensaje que se exterioriza no corresponde a su verdadero querer. En estas

segundas situaciones, el asunto no incursiona en los dominios del error vicio de la voluntad, sino en los de la divergencia entre la voluntad y su declaración, siendo en la literatura corriente que a estas situaciones se les llame con el inconveniente nombre de “error obstativo” o “error en la declaración”.

Es común que los errores vicios sean confundidos con los obstativos. Esa confusión no es conveniente, pues se trata de patologías diferentes, que desde el punto de vista de la política legislativa deben ser afrontadas de diversas maneras.

Apreciamos que en el artículo 102 y en la primera proposición del 103 se alude a los errores vicio; y en la segunda proposición de este último al error obstativo, estando claro que la solución que se ofrece a estos últimos errores no es la misma que se dispensa a los otros.

Por lo tanto, en búsqueda de una mayor facilidad para la comprensión de estos artículos tan importantes e innovadores como los son estos tres, luce conveniente que de ellos se retiren la mención y la regulación de los errores obstativos, para que de ellos otra disposición se ocupe puntualmente, en otro capítulo, destinado al abordaje de las divergencias entre el verdadero querer y su declaración.

b. Muy de avanzada son las condiciones que estos artículos imponen de cara al alegato del error. Me resulta imperativo exaltar el esfuerzo que ellas evidencian, en orden a darle seguridad al tráfico jurídico y a proteger la confianza que las personas ajenas al vicio depositan en la pureza del proceso del cual han fluido las declaraciones de voluntad de su contraparte negocial. La tradición romanista, que sin mayores limitaciones daba paso al alegato del error, demostró ser insegura para el tráfico jurídico. Era el momento de superarla e inclinarse por condicionar prudentemente la alegación del error, como causal invalidativa de los negocios jurídicos.

c. Falta a este articulado hacer una mención de la responsabilidad civil prenegocial que le cabe a quien por causa de erro ha obtenido en protección suya la anulación del negocio jurídico convencional, cuanto el yerro tiene a la culpa como antecedente; compromiso de resarcimiento que justamente para este puntual caso propuso Rudolf Von Ihering en su opúsculo con base en el cual tuvo inicio la teoría de la culpa in contrahendo.

(10) Comentarios al artículo 108.

***Artículo 108.** La excesiva desproporción se configura cuando al momento de la celebración del negocio jurídico una parte, por falta de previsión, ignorancia, inexperiencia o de habilidad en la negociación, le otorga a la otra una ventaja excesiva de acuerdo con las circunstancias, naturaleza y finalidad del negocio, teniendo en cuenta el aprovechamiento injustificado de la dependencia, aflicción económica o necesidades apremiantes de la otra parte.*

La parte afectada podrá exigir la adaptación del negocio jurídico a fin de ajustarlo.

Comentarios.

Este artículo aborda el régimen de la llamada rescisión negocial, figura de la ineficacia negocial que tiene ocasión cuando el contrato, que es un instrumento regulado por el orden jurídico para que los sujetos de derecho satisfagan sus necesidades, se utiliza para el espolio y el aprovechamiento indebido de las circunstancias en que su contraparte negocial se encontraba al momento del perfeccionamiento del acto.

Es verdaderamente preocupante que el único derecho que emerja a favor del espoliado sea el reajuste económico del negocio. Tiene que admitirse el instrumento rescisorio. Ni siquiera la

seguridad del tráfico jurídico justifica que de un plumazo se elimine la rescisión negocial del catálogo de las figuras de la ineficacia negocial. La estabilidad del negocio celebrado en tan espurias condiciones justifica privar al afectado del instrumento rescisorio.

De consiguiente, por lo visto, la protección rescisoria queda solamente consagrada para el contrato de compraventa inmobiliaria (Artículos 779 a 788), lo cual constituye un desplazamiento en abierta contravía con las tendencias de los códigos civiles modernos.

(11) Comentarios al artículo 110.

Artículo 110. *Habrá representación voluntaria cuando una persona, de forma expresa o tácita, faculte a otra para celebrar en su nombre uno o varios negocios jurídicos. El acto por medio del cual se otorga dicha facultad se llama apoderar y puede ir acompañado de otros negocios jurídicos.*

Comentarios.

a. De nuevo destacamos que las alocuciones “expresa” y “tácita” no corresponden a ninguna de las formas negociales. Si las formas negociales se clasificaran en consideración a la manera como los sujetos del tráfico jurídico las capturan, adquieren noticia del negocio jurídico, mejor papel cumplen las expresiones “explícita” e “implícita”, las cuales evocan cómo en las primeras la forma es perceptible sensorialmente y en las segundas su aprehensión se realiza con base en el juicio deductivo.

b. El negocio jurídico por medio del cual se otorgan poderes representativos se llama procura o apoderamiento. La actividad por la cual se extiende es la que se llama apoderar. Las facultades representativas extendidas se denominan “poderes representativos”. De estos últimos nada se dice en el artículo.

c. El artículo proviene del artículo 832 del Código de Comercio y con todo respeto, reproduce los yerros en que aquél incurre.

(12) Comentarios al artículo 111.

Artículo 111. *Cuando un representante actúa en el ámbito de sus facultades y el tercero sabía o debía saber que el representante estaba actuando como tal, los actos del representante afectan directamente las relaciones jurídicas entre el representado y el tercero, sin generar relación jurídica alguna entre el representante y el tercero.*

Los actos del representante solo afectan las relaciones entre él y el tercero, cuando, con el consentimiento del representado, el representante asume la posición de parte contratante.

Comentarios.

a. Trata este artículo de los requisitos para que la gestión del representante sea oponible al representado. Muy interesante nos resulta esa exigencia en el sentido de que el tercero frente a quien actúa el representante tuviera o debiera tener conocimiento de la calidad con base en la cual operaba el representante. De un requisito así no habla la literatura. Pero en verdad tiene mucho sentido, pues si ese tercero no tiene noticia del verdadero interesado en el asunto (*dominus negotii*), no tiene lógica que quede relacionado con el representado.

b. Está ausente un muy importante requisito de oponibilidad al representado de la gestión de su representante. Nos referimos a la llamada *contemplatio domine*, que comporta que el representante declare frente al tercero que la gestión que adelanta lo es en nombre del representado. Sin esa

declaración se relaciona él mismo con el tercero, de ahí la importancia de esa manifestación, que está en íntima conexión con el requisito destacado en la letra a) que antecede.

c. Está muy bien que, cuando el representado lo autorice, el representante se relacione con el tercero como su contraparte negocial. Con todo, no puede el anterior ser el único caso en que estos dos sujetos sean las partes contractuales del negocio.

Cierto, en protección del tráfico jurídico, el artículo debe contemplar que, quien obre en ausencia de poderes representativos, o excediéndolos, quedará vinculado con el tercero, como contraparte negocial suya, tal como hoy lo consagra el artículo 841 del Código de Comercio vigente.

(13) Comentarios al artículo 116.

Artículo 116. *Quien negocia como representante, sin tener dicha calidad, o excediéndose en sus facultades, es responsable del perjuicio que el tercero de buena fe sufra si el negocio no es ratificado por quien puede hacerlo.*

Del mismo modo responderá frente al representado.

Este artículo viene en complemento del anterior. Aborda otro aspecto de las relaciones entre representante y tercero. Sobre el particular hemos comentado que, en protección de dicho tercero, es conveniente adoptar la fórmula consignada en el artículo 841 del Código de Comercio vigente, cual es vincular a ese representante desleal con el tercero. Esta solución no está contemplada en este artículo y es repudiada por el párrafo final del anterior.

(14) Comentarios al artículo 119.

Artículo 119. *El negocio jurídico concluido por el representante en manifiesta contraposición con los intereses del representado podrá ser anulado a petición de éste, cuando tal contraposición sea o pueda ser conocida por el tercero con mediana diligencia y cuidado.*

Comentarios.

Se reproduce el artículo 838 del Código de Comercio. En nuestra obra “La Ineficacia en el Negocio Jurídico”, con respecto a este canon legal hemos afirmado y acreditado que se trata de una regla en manifiesta contradicción con el resto del articulado sobre representación negocial.

Sucintamente, si el representante actúa en contra de los intereses de su representado, simplemente no está obrando en interés de aquel a quien le concierne representar. Esa manera de obrar desata la inoponibilidad negocial, siendo el negocio así celebrado inoponible al representado; conclusión que en el marco de este proyecto de Código Civil está nítida y correctamente expuesta en los artículos 109 y 111. Ahora bien, esa inoponibilidad no requiere ser decretada judicialmente. Por la naturaleza de las circunstancias, esa inoponibilidad actúa de nodo natural, de manera que el representado nada tiene que hacer para quitarse de encima los efectos negociales de un negocio que simplemente no es suyo. Pues bien, sucede que la fórmula por la que se inclina este artículo 119 subvierte el orden natural de las cosas, pues parte de la base de que los efectos de este negocio contrario a los intereses del gestionado sí son suyos y para hacerlos a un lado necesita de un proceso judicial en el cual mediante sentencia constitutiva se decrete su invalidez; y, como si lo anterior no fuera poco, el derecho al decreto de esa invalidez no está asegurado, pues está condicionado a que la oposición haya sido manifiesta para el otro tratante, de manera que si no lo era, no procede.

En suma, queriendo diseñarse una regla tuitiva para quien confiando a otro una gestión representativa es traicionado, la fórmula protectora resulta siendo perjudicial, e innecesaria; esto último porque ese amparo ya está brindado por la figura de la inoponibilidad negocial, correctamente habilitada en este proyecto.

(15) Comentarios al artículo 120.

Artículo 120. *Cuando no se da a conocer la calidad del representante, el negocio solo produce efectos entre quienes aparecen celebrándolo, salvo que el tercero apruebe la transmisión de los efectos del negocio al representado oculto. Con todo, el representado tiene acción para que se declare que él es el dueño de los efectos del negocio.*

El representante queda automáticamente obligado a transferir al representado los bienes adquiridos en ejecución del contrato, quedando a salvo los derechos adquiridos por los terceros de buena fe.

Comentarios.

Trata este artículo del que algunos llaman “mandato oculto” y que otros denominan “negocio por cuenta”, en el cual quien gestiona intereses ajenos actúa en nombre propio, pero por cuenta ajena. Muy importante que exista esta regla. En general nos parece de buena factura. Solamente tenemos un comentario: Ese de quien se dice que no da a conocer la calidad de representante, en verdad no es un representante. Si fuera tal, no actuaría en nombre propio, sino en el de su representado. Es mejor que se le llame “gestor en propio nombre, pero por cuenta ajena”.

(16) Comentarios al artículo 121.

Artículo 121. *Cuando el representado genera en el tercero la convicción razonable que el representante tiene facultad para actuar por cuenta del representado y que el representante está actuando en el ámbito de ese poder, el representado no puede invocar contra el tercero la falta de poder del representante.*

Se consagra la institución del apoderamiento aparente, actualmente regulada en el artículo 842 del estatuto mercantil. La jurisprudencia patria ha hecho muy importantes aplicaciones de ella, en particular en punto de la aceptación de facturas de venta por parte de personas subalterno de sociedades mercantiles. Nos parece de capital importancia que se haya destinado este artículo a esta institución tan significativa.

Solamente se recomienda que, el pasaje que alude a, “...actuar por cuenta del representado...”, se modifique y asuma la fórmula “...actuar a nombre del representado...”. No es lo mismo actuar por cuenta de otro que en su nombre. Esto es lo que cuadra al contexto del dispositivo.

(17) Comentarios al artículo 124.

Artículo 124. *En el momento de la conclusión de un negocio, una de las partes puede reservarse la facultad de indicar posteriormente la persona que debe adquirir los derechos o asumir las obligaciones que nacen del mismo negocio. La indicación del nombre debe comunicarse a la otra parte en el término de tres días, si no se ha indicado otro término.*

La declaración no tiene efecto si no se acompaña de la aceptación de la persona que se obliga o de un poder de representación.

Si la declaración del nombre no se hace válidamente dentro de los términos mencionados, el negocio produce sus efectos únicamente entre las partes que directamente lo celebran.

Comentarios.

a. Se consagra el llamado “contrato con persona a designar”, que es como esta institución se conoce en el derecho italiano (Código Civil Italiano, artículos 1.401 y siguientes). En el proyecto de Código Civil que se comenta se le denomina “gestión de un tercero en la celebración del negocio jurídico”.

Nos parece mejor la denominación que utiliza el derecho italiano. Primero, porque describe con acierto la circunstancia caracterizadora de la figura iuris, que no es otra que para una de las partes, al celebrarse el contrato, es desconocida la identidad de quien será su contraparte comercial; pero tendrá noticia de ella cuando su parte interlocutora emita la “declaración de designación”; y, segundo, porque la denominación que usa el proyecto es plurívoca y puede aplicarse a otras situaciones, entre ellas, a la gestión de un representante, quien también es alguien que como tercero gestiona un negocio jurídico.

b. Para salir de entrada al paso a algunas discusiones existentes en derredor del contrato con persona a designar, útil sería que quedará claro que la persona designada no es un cesionario de los derechos y obligaciones contractuales, como algún desprevenido podría pensar al leer esta disposición, sino alguien que toma la posición contractual.

(18) Comentarios a la primera parte del artículo 133.

Artículo 133. Se encuentran prohibidos los negocios jurídicos contrarios al orden público o a disposiciones imperativas.

En forma especial, se prohíben los negocios jurídicos de enajenación que recaen:

Comentarios.

El vocablo “enajenación”, en la jurisprudencia nacional, en el marco del artículo 1.521 del Código Civil, ha sido de doctrinas contradictorias. Con un nuevo estatuto se ofrece la oportunidad de cerrar el paso a esa discusión, aclarando que, en un sistema como el colombiano, en el cual domina la distinción entre título y modo de adquirir, el acto de enajenar corresponde al modo. Por cierto, nos resulta que en el sentido por el que abogamos se inclina la parte final del numeral segundo, al indicar que, “...Los negocios simplemente obligatorios son válidos si se condiciona con vista al levantamiento del embargo...”.

(19) Comentarios a la primera parte del artículo 134.

Artículo 134. Carecen de validez los negocios jurídicos contrarios a las buenas costumbres. Las buenas costumbres se apreciarán teniendo en cuenta el decoro de quienes piensan con equidad y justicia, acorde con la naturaleza o contenido del negocio.

Comentarios.

La noción de buenas costumbres está cargada de contenido axiológico. Sin una estructura de valores éticos no es posible calificar una conducta de la persona como contraria o acorde con las sanas costumbres.

En su confección, el Código Civil que aún rige fue elaborado de cara a la ética del cristianismo. Las buenas y las malas costumbres se han estado valorado acorde con la doctrina cristiana. La pauta que para dicho escrutinio sienta esta norma está vacía de carga axial. Eso de que “...Las buenas

costumbres se apreciarán teniendo en cuenta el decoro quienes piensan con equidad y justicia...” no dice nada, no conduce a ningún sistema de valores que permita ese juzgamiento tan importante para una sociedad.

De este modo, queda extendida una preocupante licencia para que cada operador judicial, a su capricho y sin sometimiento a ningún sistema de valores, diga y escriba cualquier cosa en esta relevante materia.

Esta misma cuestión conflictiva se va a presentar en punto del número dos (2), del artículo 136, que entre las causales de nulidad de los negocios jurídicos consigna su contrariedad con las buenas costumbres.

(20) Comentarios al artículo 135.

Artículo 135. *La falta de una solemnidad exigida por la ley o de un requisito esencial para la constitución de un negocio jurídico impide su nacimiento a la vida jurídica.*

La intervención del juez, en razón de la ejecución de prestaciones, se reducirá a impedir que una parte se enriquezca a expensas de otra.

Comentarios.

a. Las situaciones que conducen a un estado de inexistencia negocial se pueden compendiar de una manera más sencilla y rigurosa: la ausencia de uno cualquiera de los elementos del negocio jurídico: forma, contenido y convenio (consenso) en el caso de los negocios convencionales. Así, el texto de esta regla podría ser el siguiente: *No existirá negocio jurídico cuando los tratantes no aglutinen todos los elementos del que pretenden perfeccionar.*

b. De importancia superlativa es el segundo párrafo, que en pocas palabras apunta a que los actos de ejecución negocial ejecutados al amparo de un estado de inexistencia negocial sean retornados al estado anterior. En el interés de que esta norma tenga un carácter más comprensivo se propone este texto: *Los tratantes tendrán derecho a ser restablecidas al estado previo al que tenían cuando dieron ejecución a actos de ejecución a la postre basados en un negocio inexistente.*

(21) Comentarios al artículo 138.

Artículo 138. *La nulidad parcial de un negocio jurídico o de alguna de sus cláusulas, implica nulidad de todo el negocio si resulta que las partes no lo habrían celebrado al haber tenido en cuenta la no validez de la parte o de la cláusula respectiva, o no sea razonable conservar el resto del contrato.*

Comentarios.

a. Se ocupa esta regla de la “nulidad parcial del contenido del negocio jurídico”. Para mayor rigor, no conviene que se emita el mensaje de que la nulidad de una cláusula es un evento distinto al de nulidad parcial del contenido negocial. En verdad, la nulidad de una de las cláusulas es la nulidad parcial misma. Son la misma cosa. La redacción sugiere que son situaciones distintas.

b. No se aborda en este artículo, ni en ninguno de los siguientes, la nulidad parcial subjetiva, que tiene ocasión cuando en un contrato plurilateral o de coordinación prestacional, la vinculación de alguna de las partes está afectada con un vicio que la invalida, hipótesis en la cual todo el negocio está afectado si el concurso negocial de la parte cuya vinculación es viciosa es fundamental para los

finés del negocio; regla que adquiere especial significación en el marco del contrato societario, paradigma del contrato plurilateral.

(22) Comentarios al artículo 139.

Artículo 139. *La nulidad absoluta puede alegarse por el que justifique un interés legítimo. Puede decretarse de oficio por el juez, cuando aparezca de manifiesto en el negocio que es objeto de controversia judicial.*

La relativa solo puede alegarse por las partes que celebraron el respectivo negocio jurídico.

Parágrafo. Si la acción de nulidad compromete a varios titulares, la renuncia de uno no impide que los demás actúen.

Comentarios.

Esta norma consigna varios cambios con respecto al régimen actual de la nulidad absoluta.

Para comenzar, no se advierte la presencia de la ya tradicional legitimación del Ministerio Público para elevar la pretensión de invalidación por causa de nulidad absoluta. Es importante que alguien que lleve la vocería de la sociedad cuente con esta legitimación.

Si bien las partes negociales no son excluidas para deprecar esta nulidad absoluta, no estaría de más que explícitamente se deje constancia de su legitimación para tales fines. Recuérdese que ante de la Ley 50 de 1.936 se discutía si ellas podían o no elevar este pedido.

Debe agregarse un requisito más para que el juez de oficio pueda invalidar un negocio jurídico: que en la relación procesal tomen parte todos los que lo han hecho en la relación negocial. En otras palabras, que en el proceso estén todas las partes del negocio que el juez se dispone a invalidar. Con esta adición, este artículo estará en comunión con el artículo 282 inciso final del Código General del Proceso.

(23) Comentarios al artículo 140.

Artículo 140. *Cuando el hecho que da origen a la nulidad es imputable a la culpa de uno de los participantes en el negocio, éste debe reparar el daño causado a quien sin culpa confió en la validez del negocio.*

La indemnización puede consistir en no decretar la nulidad.

Comentarios.

Muy importante regla. Recuerda el hecho muy relevante de que introducir culpablemente al negocio jurídico un defecto congénito con estribo en el cual más adelante se invalida constituye una falta precontractual, que acarrea la condigna responsabilidad civil para quien lo introduce, a favor de la contraparte negocial, quien siendo inocente ha confiado en su validez. Este artículo será especialmente útil en los casos de error dirimente.

La última parte del artículo debe modificarse en su texto. Así como está redactada consignada un contrasentido, porque si la nulidad no se decreta, no fluye el perjuicio para la parte negocial ajena al defecto, luego no hay materia resarcible sobre la cual proveer un resarcimiento.

(24) Comentarios al artículo 146.

Artículo 146. *La declaración judicial de nulidad no perjudica los derechos y situaciones adquiridas a título oneroso por terceros de buena fe.*

Comentarios.

a. Trascendental regla. Se ocupa de los efectos frente a terceros del decreto de invalidación judicial de los negocios jurídicos.

b. Para comenzar, sea lo primero poner de presente que el asunto abordado en esta regla es solo una de las muchas hipótesis en que un tercero está expuesto a perder su derecho subjetivo por causa de la extinción o desmonte de un negocio jurídico integrado a la cadena de actos de la cual proviene su facultad.

Téngase en cuenta que son muchos los eventos en que este riesgo existe para el tercero. No solo con ocasión del decreto de invalidación del negocio. También irrumpe en los casos de resolución judicial del contrato por prestaciones recíprocas, cumplimiento de condiciones resolutorias y en general en todos aquellos en que un negocio jurídico integrado a la cadena de antecedentes se destruye.

Por lo tanto, este asunto bien merece que se le aborde de modo general, bajo una regla que concilie, de un lado, los requerimientos de seguridad del tráfico jurídico, por los cuales aboga el principio de la protección de la confianza legítima; y, de otro, los derechos de la parte negocial que solicita y obtiene el desmonte judicial del negocio.

c. Está claro que el artículo decididamente se vuelva por la protección del tercero, cuando ha adquirido a título oneroso y de buena fe; solución que es opuesta a que actualmente pregona el artículo 1.748 del Código Civil, que se inclina por el efecto retroactivo de la decisión judicial, provocando que las partes negociales sean restablecidas al estado anterior, esto es, se vuelca por la llamada “oponibilidad negativa” del fallo de invalidación, basado en el brocardico latino “resuelto el derecho del que da, se resuelve el derecho del que recibe” (*resolutio iure dantis, resolvitur ius accipiendis*).

d. Hace bien la regla en condicionar la protección del tercero a que haya adquirido su derecho de buena fe y a título oneroso. La regla sí puede estar en el requerido justo medio. Está bien en reclamar buena fe, porque el que no actúa de dicha manera, no merece protección; y también que el tercero sea un adquirente a título oneroso, pues si lo ha sido a título gratuito, no es equitativo que se le privilegie, sin haber hecho esfuerzo patrimonial alguno, por sobre el petente de la nulidad, que lo que busca es evitar para sí una lesión.

(25) Comentarios al artículo 151.

Artículo 151. *Son inoponibles a su titular los negocios jurídicos que recaen sobre derechos o relaciones jurídicas ajenas; también el negocio jurídico celebrado sin cumplir con los requisitos de publicidad que la ley exija.*

La inoponibilidad originaria desaparece, y el negocio adquiere eficacia, si media la posterior aceptación o ratificación del titular del derecho o relación, que operará retroactivamente.

Comentarios.

a. Son tres las situaciones que generan la inoponibilidad presencial con ocasión del ajuste de un negocio jurídico, a saber: defectos en el presupuesto legitimación negocial, inobservancia de

cargas publicitarias y defectos representativos (gestión en ausencia de poderes representativos o excediéndolos).

El artículo solamente hace referencia a dos de ellos. A los dos primeramente citados. Conviene la inclusión del tercer evento.

b. El segundo párrafo no está en lo correcto cuando manifiesta que por cuenta de la ratificación el negocio adquiere eficacia. Eso no es cierto. El negocio inoponible es ineficaz frente al tercero que es amparado por dicha inoponibilidad, pero entre las partes (*inter-partes*) es plenamente eficaz. Eso es meridianamente claro en los casos de omisión de cargas publicitarias y de defectos de legitimación.

(26) Comentarios generales al Capítulo VIII.

Trata este Capítulo de la condición, el plazo y el modo; en su conjunto llamados “modalidades”.

El código civil vigente alude a ellas en el Libro III, propósito de las asignaciones testamentarias sometidas a modalidad; y en el IV, en punto de las relaciones obligatorias sometidas a modalidad.

Llamamos la atención en que la citada trilogía (plazo, condición y modo) identifica modalidades de las relaciones jurídicas en general. No solo los negocios jurídicos y los efectos negociales, las obligaciones y las asignaciones testamentarias se dejan sujetar a modalidades. Otras relaciones también son susceptibles de ello. Por lo tanto, nos resulta recomendable que esta temática tan general se aborde con ocasión de las reglas en materia de relaciones jurídicas, que no apreciamos en la parte general del proyecto; lo cual sugiere que un Capítulo en este Libro I se destine a las modalidades, seguidamente a las normas en materia de derechos subjetivos y su ejercicio.

A propósito de la condición, el proyecto no aborda las condiciones negativas, ni la clasificación que las distingue entre potestativas, casuales y mixtas. La reglamentación es notablemente incompleta y constituye un retroceso comparativamente con el código vigente.

(27) Comentarios al artículo 156.

Artículo 156. *Si la conducta fue contraria a la buena fe, la indemnización podrá consistir en tener por cumplida o no cumplida la condición.*

Comentarios.

Es la regla que actualmente se consigna en el inciso final del artículo 1.538 del Código Civil vigente. Si por razón de la mala fe de la conducta del sujeto llamado a actuar el efecto jurídico sometido a condición, esta última se tiene por cumplida o fallida, según el caso, la consecuencia es que no se causará perjuicio alguno al potencial titular del derecho, lo cual hace inaplicable el resarcimiento de daños.

Entonces, la norma está edificada sobre un contrasentido. Se recomienda que quede así: “*Si una condición se frustra, por causa de la mala fe de la conducta del sujeto que al cumplirse estaría llamado a asumir la posición pasiva en la relación jurídica condicional, ésta se tendrá por cumplida.*”

(28) Comentarios al artículo 158.

Artículo 158. *El derecho o situación del acreedor que fallece en el intervalo entre el día de la celebración del negocio condicional y el cumplimiento de la condición, se transmite a sus herederos; y lo mismo sucede con la obligación del deudor.*

Comentarios.

- a. Acusa el artículo el ya denunciado equívoco, en el sentido de que las modalidades solamente aplican en el ámbito de las relaciones obligatorias. Por eso limita el alcance de la regla a acreedores y deudores.
- b. De esta transmisión hay que exceptuar los casos dominados por el *intuitus personae*, que como es bien sabido repugnan la sucesión por causa de muerte.

Con el fin de superar las anteriores contrariedades, se propone el siguiente texto: “*Salvo que se trate de situaciones intuitus personae, son transmisibles a sus herederos el derecho subjetivo y la condición que asumirá quien ocupará la posición activa en la relación jurídica que emerjan al cumplirse la condición. Por ende, circulan mortis causa si este sujeto fallece estando pendiente la condición. Otro tanto acontece con quien ocupará la posición de sujeción pasiva en esa relación.*”

(29) Comentarios al artículo 159.

Artículo 159. *Si la condición suspensiva no se verifica, salvo pacto en contrario, dentro de los cinco años siguientes se procederá como si el negocio no se hubiese celebrado. Si dentro del mismo término no se realiza la condición resolutoria, se tendrá por no pactada.*

Comentarios.

- a. De acuerdo con este artículo, el cumplimiento de la condición suspensiva es un elemento del negocio jurídico. Por ello, que no se cumpla comporta que el negocio no se haya celebrado, como si jamás hubiera existido.

Esto no es correcto, el cumplimiento de la condición suspensiva de la que depende que se produzcan efectos negociales es un presupuesto o condición de eficacia del negocio jurídico. Así lo tiene acreditado un amplio sector de la doctrina italiana, que sostiene que las condiciones del tipo suspensivo atajan el inicio de la producción de los efectos negociales, pero no la existencia del acto.

Cuando las partes negociales condicionan suspensivamente los efectos, el negocio existe, pero no produce efectos en tanto el hecho futuro y cierto no se produzca. Eso es lo que los italianos llaman “eficacia pendiente”.

- b. La regla que se comenta no se duda que se refiere a las verdaderas condiciones o condiciones de hecho (*conditio facti*) o propias. De ellas es que trata este Capítulo VIII, del Libro I. Si se refiriera a las denominadas condiciones de derecho (*conditio iuris*) o condiciones impropias, que lo son aquellas que sí supeditan la existencia del negocio, el artículo estaría en lo correcto. Pero está claro que de estas últimas no trata este artículo.

c. Que una condición suspensiva no se cumpla dentro del intervalo de tiempo en que los interesados hayan circunscrito su cumplimiento no arrastra la inexistencia del negocio que modaliza. Comporta simplemente que se frustre la condición, esto es, que se le tenga por fallida. Otro tanto pasa con la resolutoria que no se cumple entro de un espacio temporal definido por las partes.

- d. La frase “salvo pacto en contrario” es equívoca. Puede entenderse en dos sentidos: **i.** Que las partes pueden convenir un periodo de tiempo distinto a cinco años; o, **ii.** Que las partes pueden, eso sí, vulnerando el sentido común de las cosas, pactar que la condición no se tenga por fallida, sino que conduzca a otra situación.

(30) Comentarios a los artículos 160 y 161.

Artículo 160. Son ineficaces los negocios jurídicos sometidos a una condición potestativa cuyo cumplimiento depende de la simple voluntad del obligado; pero valdrá si la condición consistiere en un hecho que pueda o no ejecutar éste.

Artículo 161. La condición contraria al orden público o a las buenas costumbres, deja sin efecto el negocio jurídico. Igual regla se aplica a la condición consistente en la realización de un hecho imposible.

En el mismo sentido es ineficaz el negocio cuyo nacimiento o resolución depende de que el acreedor se abstenga de un hecho contrario al orden público o las buenas costumbres. La condición de no realizar un hecho imposible, no perjudica la eficacia del negocio.

Comentarios.

a. Tratan estos artículos, en su orden, de las condiciones meramente potestativas (artículo 160) y de las condiciones relativas a hechos axiológicamente inaceptables o contrarios a las leyes de la física natural (artículo 161).

b. Lo meramente potestativo en la condición no resulta de la influencia causal que en el cumplimiento de ella cumpla “la simple voluntad del obligado”. No, deriva es de quedar el hecho condicionante dependiendo del mero arbitrio, del puro capricho de esa persona.

Así como quedó redactado el artículo, las llamadas condiciones mixtas y cualquiera otra que requiera de una positiva actitud del potencial obligado para que se cumpla, desatará la ineficacia negocial. Eso comporta la eliminación como tales, de la mayoría de las condiciones que se suelen considerar en el tráfico jurídico. En suma, el texto propuesto acusa el mismo defecto del cual es susceptible el actual artículo 1.535 del Código Civil.

c. La fórmula que adopta el artículo 161 en general es correcta, si de condiciones positivas se trata. Pero es incorrecta cuando de condiciones negativas. En efecto, en punto de estas últimas, lo ajustado al sentido común es lo establecido en el artículo 1.533 del Código Civil: si el hecho negativo es físicamente imposible, la relación jurídica emerge pura y simplemente; si es axiológicamente incorrecta, hay nulidad de la disposición, no del negocio entero.

d. Luce muy rotundo que por defectos en el hecho condicionante se fulmine la eficacia total del negocio que la consigna. En la práctica un negocio jurídico puede tener muchas disposiciones. No todas tienen que caer en el estado de ineficaces. Basta con que lo ineficaz se limite a la cláusula, canon o disposición que contienen la condición no tolerada. Con este texto se desconoce abiertamente el principio de la conservación del negocio jurídico.

(31) Comentarios al artículo 167.

Artículo 167. El modo en los negocios jurídicos se sujetará en lo pertinente a la regulación de las asignaciones modales, en lo que no pugne con su naturaleza jurídica.

Comentarios.

Ya hemos anotado que las modalidades son comunes a muchas relaciones jurídicas. Metodológicamente no nos parece correcto que el tema que atañe con el modo se regule integralmente en la regulación de las asignaciones testamentarias modales.

DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO: COMENTARIOS A LOS ARTÍCULOS 23 AL 33

Antonio Agustín Aljure Salame
Laura Victoria García Matamoros
Juan Pablo Cubillos Meléndez

1. Comentarios generales:

El derecho internacional privado en Colombia ha sido un área olvidada en la legislación nacional, a pesar de la internacionalización de las relaciones entre sujetos privados en todos los ámbitos: contratos, familia, bienes, etc. En este sentido, resulta urgente y necesario, por la seguridad jurídica de las personas naturales y jurídicas, que el país cuente con una legislación integral y moderna en la materia, que dote también de herramientas suficientes a la rama judicial.

Más allá de la vía que se acoja para lograr la reforma integral del derecho internacional privado, es claro que el proyecto de ley presentado no aporta a la modernización ni al desarrollo de este ámbito del derecho. El tema amerita un desarrollo extenso, coherente y completo que puede plantearse como un libro independiente dentro de una codificación general (Argentina) o cómo una ley de derecho internacional privado independiente (Bélgica).

La propuesta de código se queda corta en temas como la manera de interpretar las normas de conflicto, o también el tratamiento que se le debe dar a la autonomía de la voluntad, el fraude a la ley, el orden público internacional, entre otros.

Como se evidencia en los comentarios realizados a cada uno de los artículos, las normas de aplicación de la ley en el espacio planteadas no atienden a las tendencias modernas en ninguna de las categorías jurídicas reguladas, no responden a criterios claros y no reflejan la complejidad de las relaciones jurídicas privadas internacionales actuales.

En el punto específico de los contratos internacionales no permite el proyecto de reforma, que haya un contrato internacional con los mismos criterios con los que, en una relación jurídica, se puede pactar arbitraje internacional. Esto evitaría la situación actual en la que en dos contratos similares se tiene plena autonomía de la voluntad si se pacta arbitraje internacional y autonomía restringida si no hay pacto arbitral.

No autoriza la aplicación de Normas de derecho, en el sentido en que solo hace referencia a la ley extranjera, lo cual no se aviene con lo establecido en las Normas consagradas en el Estatuto Arbitral y en la ley aprobatoria de la Convención de Washington. Como se sabe, el criterio de Normas de derecho permitiría la aplicación de *lex mercatoria* o Principios Unidroit en el entendido de que el orden público internacional y el fraude a la ley evitan abusos.

Al respecto existe una propuesta normativa que ha venido siendo trabajada por la Subcomisión de Prácticas Mercantiles de la Cámara de Comercio de Bogotá, que con la participación de expertos y que contiene una regulación exhaustiva, moderna y acorde a las necesidades de la contratación internacional actual.

El Proyecto introduce el criterio del domicilio para estado civil y capacidad. Aunque esto en sí mismo no es malo, la pregunta es si vale la pena abandonar el criterio más que centenario de la nacionalidad.

El Proyecto incorpora de manera antitécnica el principio *lex rei sitae*, pues comienza hablando de derechos reales en lugar de comenzar por los bienes, de donde aquellos se derivan.

El Proyecto omite la norma que remite a la ley del lugar de otorgamiento en materia de instrumentos públicos que es de gran utilidad práctica.

En síntesis, la reforma no actualiza o moderniza el derecho internacional privado, no da instrumentos al juez para resolver conflictos de leyes, introduce reglas que generan conflictos, cambia conceptos centenarios como el de nacionalidad sin saber sus ventajas y adolece de una redacción confusa en algunos pasajes.

Comentarios a los artículos

***Artículo 21.** La ley se aplicará en todo el territorio nacional, en las naves y aeronaves matriculadas en Colombia que navegan en alta mar o que se encuentran en el espacio aéreo libre. Su observancia será obligatoria para los nacionales como a los extranjeros residentes en Colombia y personas en tránsito en el país. Para que las leyes extranjeras produzcan efectos en Colombia, no deben ser contrarias al orden público, a las buenas costumbres, ni a los derechos fundamentales. Nadie puede prevalerse de una situación jurídica creada en aplicación de una ley extranjera en fraude a la ley colombiana. La sentencia proferida con base en la ley extranjera solo producirá efectos en el país si no es contraria al orden público internacional y siempre que se satisfagan las condiciones para su reconocimiento.*

Comentario:

El artículo aborda la territorialidad de la ley colombiana y pretende aportar claridades sobre la conformación del territorio e incorpora reglas generales del DIPr y otras de reconocimiento de sentencias extranjeras. A nuestro juicio se mezclan en una sola disposición aspectos generales del derecho internacional privado que ameritan una disposición para cada una y un complemento de otros temas generales. En síntesis, se unen en un solo artículo asuntos que merecen regulación propia y se echan de menos otros asuntos generales que deben ser regulados.

La primera parte del artículo consagra: “La ley se aplicará en todo el territorio nacional, en las naves y aeronaves matriculadas en Colombia que navegan en alta mar o que se encuentran en el espacio aéreo libre. Su observancia será obligatoria para los nacionales como a los extranjeros residentes en Colombia y personas en tránsito en el país.” En el caso de las naves y aeronaves, se señala que la ley colombiana será aplicable siempre que se encuentren en altamar o espacio aéreo libre, lo que puede llevar a inferir que mientras se encuentren navegando o sobrevolando otro territorio estatal, la ley aplicable será la de ese otro Estado, y esto puede que no sea siempre así (dependiendo de las disposiciones legales de ese otro Estado), podría llevar a un conflicto negativo de leyes, o incluso en algunos eventos, principalmente, en materia de aeronaves se hace difícil probar la ocurrencia de un determinado evento sobre qué Estado se estaba volando y así determinar la ley aplicable.

En este mismo aparte del artículo se observa que la ley será obligatoria para nacionales, extranjeros residentes en Colombia y personas en tránsito en el país. En un evento de una nave que está en altamar o una aeronave en espacio libre, pueden encontrarse personas que no estén dentro de ninguna de estas tres categorías, de modo que para ellas no sería aplicable la ley colombiana, esto puede generar inseguridad jurídica o algún tipo de vacío legal.

En la parte final del artículo se dispone: “La sentencia proferida con base en la ley extranjera solo producirá efectos en el país si no es contraria al orden público internacional y siempre que se satisfagan las condiciones para su reconocimiento.” Es insulso lo dispuesto en este aparte, pues si hace referencia a las sentencias proferidas en el extranjero y de las cuales se pretenda su

reconocimiento en Colombia, ello ya está regulado en el código general del proceso. Y si hace referencia a las sentencias proferidas por un juez colombiano con base en derecho extranjero, el análisis del orden público surtirá su debate en las respectivas etapas procesales, y una vez proferida y en firme la sentencia, no debería existir controversia sobre su reconocimiento en el país.

***Artículo 22.** La existencia y el estado civil de las personas físicas se rigen por la ley del domicilio. La misma ley regula la constitución y existencia de las personas jurídicas de derecho privado. La capacidad de obrar se rige por la ley del lugar donde se ejercita.*

***Artículo 23.** El estado civil de una persona es su situación jurídica en la familia y en la sociedad, determinante de su capacidad para ejercer derechos y contraer obligaciones. La ley reconocerá los hechos, actos y providencias judiciales y administrativas de los cuales deriva. El estado civil es indivisible, imprescriptible pero modificable de conformidad con la ley.*

Comentario:

Los artículos 22 y 23 regulan los aspectos propios del individuo como sujeto de derecho y sus correspondientes atributos. Lo primero que se observa es que el criterio de asignación de competencia legal que se acoge es el del domicilio, modificando el criterio original del código civil que se decanta por la ley de nacionalidad, propio de la tradición jurídica de Europa continental, de la cual heredamos nuestro derecho, lo cual no es criticable, pero amerita una justificación y revisar si esa modificación no puede ir, incluso, hacia la escogencia de la residencia habitual como punto de contacto para las personas naturales, tal como sucede en los instrumentos jurídicos internacionales modernos.

En relación con las personas jurídicas, también vale la pena revisar la adecuación, la definición y el alcance del criterio del domicilio y si es pertinente que se incluya su regulación junto con las personas naturales.

***Artículo 24.** El régimen jurídico de los derechos reales y de la posesión se gobierna por la ley de su situación. El cambio de situación de los bienes muebles no afecta los derechos constituidos a favor de una persona con arreglo a la ley del lugar en donde existían al tiempo de la adquisición del derecho. Pero los interesados deben llenar los requisitos exigidos por la ley del lugar de la nueva situación para la conservación y efectividad de sus derechos.*

Comentario:

El Proyecto presenta de manera antitécnica el principio *lex rei sitae* pues comienza hablando de derechos reales en lugar de comenzar por los “bienes”, de donde aquellos se derivan.

No hay una armonización con la Ley de Garantías mobiliarias, e ignora lo relacionado con la ley aplicable a los títulos valores y a otros bienes inmateriales, así como a naves y aeronaves.

***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. 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. En su defecto: a. Los efectos de los contratos de beneficencia se rigen por la ley del domicilio del benefactor; b. Se rigen por la ley del lugar de su celebración los efectos de los negocios en los cuales no pueda determinarse el lugar de su cumplimiento. Asimismo, cuando no pueda determinarse el lugar de celebración se regirá, para todos los fines, por el de ejecución.*

Comentario:

Los artículos 26 y 27 requieren una revisión profunda, en la medida en que no acogen los criterios más reconocidos internacionalmente para la determinación de la ley aplicable a las obligaciones contractuales en los siguientes puntos: 1. El alcance del ejercicio de la autonomía de la voluntad, cuya limitación en el proyecto es altamente inconveniente; 2. Las dificultades en muchos casos para definir el lugar del perfeccionamiento, en casos como la contratación electrónica, por ejemplo; 3. Consagra la aplicación de *locus regit actum* si no se puede determinar *lex loci solutionis* y viceversa. Esta regla permite el surgimiento de muchos conflictos; 4. No hace referencia al principio de favorabilidad por la validez del contrato que permite tener varios criterios de análisis de dicha validez; 5. No acoge la posibilidad de aplicar derecho no nacional, es decir principios y reglas de origen netamente internacional; 6. No prevé la posibilidad de acudir a la localización objetiva del contrato para definir la ley aplicable; 7. Ignora la amplia gama de contratos que existen y que pueden tener alcance internacional.

Al respecto existe una propuesta normativa que ha venido siendo trabajada por la Subcomisión de Prácticas Mercantiles de la Cámara de Comercio de Bogotá, que con la participación de expertos contiene una regulación exhaustiva, moderna y acorde a las necesidades de la contratación internacional actual.

Artículo 28.

La reparación de los daños, en razón de hechos ilícitos y demás hechos generadores de responsabilidad extracontractual, se rigen por la ley del lugar donde tales hechos se han realizado, y en caso de duda, por la ley del domicilio del autor del hecho. La misma regla se aplicará al enriquecimiento sin causa.

Comentario:

El Proyecto presenta de manera deficiente el principio *lex loci delicti* pues este hace referencia al lugar de comisión del hecho ilícito que genera responsabilidad; La definición de la ley aplicable a la responsabilidad civil extracontractual en el derecho internacional privado debe ser aplicable a todos los elementos de la responsabilidad, no solo a la reparación; Acoge la norma el criterio de hecho generador y no el de la ocurrencia del daño sin una razón clara. Así mismo, resuelve los casos de duda en favor del autor del hecho, pero en el derecho internacional moderno se trata de proteger a la víctima del daño; Finalmente, no es clara la aplicación del principio al enriquecimiento sin causa, pues esta figura implica tres espacios: el de la inexistencia de título, el del desplazamiento patrimonial de un sujeto y el del enriquecimiento correlativo de otro.

Al respecto existe una propuesta normativa que ha venido siendo trabajada por la Subcomisión de Prácticas Mercantiles de la Cámara de Comercio de Bogotá, que con la participación de expertos contiene una regulación exhaustiva, moderna y acorde a la dinámica de la generación de responsabilidad civil extracontractual en el ámbito internacional.

Artículo 29. La capacidad de las personas para contraer matrimonio, la forma del acto, la existencia y validez del mismo, se rigen por la ley del lugar en donde se celebra. Sin embargo, no se reconocen los matrimonios celebrados en otro Estado que sean contrarios a las normas de orden público nacional.

Comentario:

En relación con el matrimonio, es claro que los elementos de validez formal se rigen por la ley de lugar de celebración, pero no resulta adecuado que los elementos de capacidad y de cumplimiento de requisitos de fondo de los contrayentes se rijan por la misma ley de celebración,

Artículo 30. Se aplicará la ley del domicilio conyugal en todo lo que respecta a los derechos y deberes resultantes del matrimonio y a las causas de separación de cuerpos y de bienes. Si tuvieran domicilios distintos se aplicará la ley del último domicilio conyugal. Los deberes recíprocos de vivir juntos, guardarse fidelidad y socorrerse mutuamente, se sujetan a la ley del país donde se encuentran residenciados.

Comentario: No resulta coherente aplicar a los mismos asuntos el domicilio conyugal en unos temas y la residencia en otros.

Artículo 31. La nulidad y el divorcio del matrimonio se regirán por la ley del domicilio conyugal. El divorcio decretado en el exterior, respecto de matrimonio celebrado en Colombia, solo producirá efectos cuando se satisfagan los requisitos para la homologación.

Comentario: La nulidad debe regirse por la ley de constitución del vínculo no por la de los efectos. La aclaración sobre el exequátur sobra, siempre una sentencia proferida en el exterior debe ser objeto de este reconocimiento e incluir el término “homologación” no utilizado por las normas procesales en Colombia puede llevar a la confusión. El Proyecto, en materia matrimonial, es regresivo desde la óptica de la ley 1 de 1976 pues omite los efectos de separación de cuerpos cuando la causal de la ley extranjera no coincide con el derecho nacional.

Artículo 32. Los colombianos y los extranjeros, cuyo matrimonio se celebró en otro país, pero se hubieren domiciliado o residenciado en Colombia, se gobernará por el régimen de bienes que reglamenta este Código.

Comentario: Si el contrato matrimonial se rige por la ley de celebración, el régimen de los bienes debe regirse por la misma ley, el artículo rompe la unidad de ley aplicable al matrimonio pues una regiría este como contrato o institución y otra el régimen de bienes.

Artículo 33. La sucesión de una persona se abre en su último domicilio. En caso de que existan bienes en otros países se preferirá la ley del lugar de la ubicación, si no hubiere acuerdo entre los asignatarios.

Comentario:

Debería ser explícito el artículo en indicar que la ley aplicable es la del lugar del último domicilio del causante, y no indicar que la sucesión “se abre” en su último domicilio, pues esto puede confundirse más con un tema de jurisdicción que de ley aplicable.

Es necesario decir entonces claramente cuál es la ley aplicable a las sucesiones y qué pasa frente a los bienes muebles e inmuebles que se encuentran en otras jurisdicciones.

LAS FUENTES DEL DERECHO Y SU INTERPRETACIÓN

Angélica María Gutiérrez Ramos

Después de analizar el Proyecto de Reforma del Código Civil propuesto por la Universidad Nacional de Colombia, concretamente los Capítulos I a IV del Título I, el Título II y el Título VI del Libro I, se puede concluir que no es necesario reformar las normas que en la actualidad regulan las materias abordadas en los títulos en cuestión. En efecto, las normas actualmente vigentes no representan mayor dificultad para los actores de nuestro sistema jurídico. Por el contrario, la propuesta de reforma de la Universidad Nacional trae consigo más preguntas que respuestas, toda vez que presenta defectos de redacción, varias de sus normas resultan inconvenientes pues abren paso a la inseguridad jurídica, y algunas son incluso contrarias a la jurisprudencia de la Corte Constitucional. Del análisis de las normas referidas se colige entonces que el Proyecto de Reforma propuesto en vez de aclarar oscurece y, por ende, es realmente innecesario.

1) Defectos de redacción

i) Las fuentes del Derecho privado

El Proyecto regula en sus artículos 2 y 6 lo atinente a las fuentes de Derecho privado: el artículo 2 establece cuáles son las fuentes formales y el artículo 6 señala la jerarquía entre ellas para efectos de su aplicación. Sin embargo, la redacción de ambos artículos es confusa y existe una notable incongruencia entre ellos, lo que genera indeterminación respecto de un tema que hasta el momento se encuentra regulado con claridad en nuestro ordenamiento jurídico, y que por ende no requería reforma alguna; mucho menos la propuesta en esta ocasión por la Universidad Nacional de Colombia.

En primer lugar, el artículo 2 señala que son fuentes formales de derecho privado la Constitución, la ley, la jurisprudencia y los tratados internacionales. Este artículo suscita entonces una serie de interrogantes sobre distintos puntos que hasta el momento no generaban mayor dificultad en el ordenamiento civil y comercial: el artículo no hace mención alguna de la costumbre como fuente de derecho, ¿quiere decir esto que ella perdería su carácter de tal en virtud de esta disposición? Según lo señalado en este artículo, ¿toda la jurisprudencia -sin más- constituye ahora fuente de derecho privado?

El panorama se torna aún más confuso cuando nos remitimos al artículo 6, cuya redacción es oscura y deficiente, por decir lo menos. Según este artículo, teniendo en cuenta la jerarquía de fuentes, al momento de su aplicación habría que remitirse: (1) a la ley ‘o cualquier otra norma jurídica’, (2) a falta de estas debería aplicarse la analogía, (3) en su defecto se aplicaría la costumbre, la equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina (a los que parece calificar como meros ‘criterios auxiliares’ de interpretación), y por último (4) habría de acudir el intérprete a la equidad y a los principios generales del derecho. Al leer este artículo y contrastarlo con lo que señala el artículo 2º surgen aún más interrogantes: ¿la jurisprudencia sería una fuente formal de derecho (según lo señala el artículo 2) o un criterio auxiliar de la actividad judicial (según lo dispuesto en la confusa redacción del artículo 6)? De acuerdo con las normas propuestas, ¿la

costumbre pasaría a ser en el ordenamiento civil y comercial un mero criterio auxiliar de interpretación? ¿Cuál es la diferencia entre el tercer y cuarto paso propuestos en el artículo 6° a propósito de la aplicación de las fuentes de derecho?

Teniendo en cuenta los interrogantes así expuestos cabe entonces preguntarse: ¿es realmente necesario introducir una reforma cuya redacción deficiente trae oscuridad sobre un tema que en la actualidad no genera mayor discusión entre los distintos actores del sistema jurídico?

2) La reforma es inconveniente

i) Interpretación e integración del derecho

El Libro I del Proyecto establece en el Capítulo II del Título I las reglas sobre interpretación e integración del derecho. Si bien estas normas reflejan el interés de sus redactores de garantizar que la interpretación de la ley civil y comercial esté acorde con las disposiciones constitucionales y garantice en todo momento la protección de las personas en situación de debilidad manifiesta y sujetos de especial protección constitucional -interés por demás muy loable-, la forma como están redactadas las reglas en cuestión podría abrir paso a la inseguridad jurídica y por ello resulta inconveniente.

Efectivamente, si bien los artículos 4 y 5 señalan que el intérprete habrá de acogerse a los criterios teleológico, gramatical, lógico, sistemático e histórico, y en caso de oscuridad o ambigüedad habrá de preferir la interpretación más acorde a los postulados de la equidad, la justicia y los principios generales del derecho, el artículo 3 señala que “la ley deberá interpretarse, aplicarse e integrarse” según lo dispuesto en la Constitución para garantizar la primacía de los derechos fundamentales, la protección de las personas en situación de debilidad manifiesta y de los sujetos de especial protección constitucional, y la “realización del interés general”. De la manera como está redactado el artículo parecería que el juez debe en todo caso interpretar la ley y demás fuentes de derecho acudiendo de manera preferente a los parámetros señalados en el artículo 3; de manera pues que los criterios gramatical, lógico, sistemático, histórico y teleológico pasarían a un segundo plano.

Si bien la intención detrás del artículo 3° es laudable, abre paso a la inseguridad jurídica, pues incluso si la norma objeto de interpretación es clara y no da paso a un entendimiento distinto al que se colige del texto de la norma, el juez tendría la libertad para acuñar interpretaciones ajenas a lo dispuesto en la ley si considera que ello es necesario en aras de la realización del interés general, la primacía de los derechos fundamentales y la protección de las personas en situación de debilidad manifiesta. Si bien es cierto que al amparo de la jurisprudencia de la Corte Constitucional el juez debe excluir cualquier resultado hermenéutico que sea incompatible con el texto constitucional¹, no puede esto abrir la puerta a una libertad interpretativa absoluta pues ello podría derivar en una eventual fractura de la seguridad jurídica, que constituye un pilar fundamental de nuestro ordenamiento jurídico.

ii) ¿La ignorancia de la ley excusaría ahora su inobservancia?

Al eventual problema de inseguridad jurídica que podría derivar del artículo 3°, hemos de añadir otro problema de la misma naturaleza asociado al artículo 9°. Y es que este último señala que la ignorancia de la ley puede ahora excusar su inobservancia si el incumplimiento se debe a error insuperable. Esto sin duda alguna representa el quebranto del presupuesto epistémico (de

¹ Corte Constitucional, Sentencia C-054 de 2016.

conformidad con el cual la ley se reputa conocida) que, según lo ha manifestado la Corte Constitucional, facilita la convivencia en comunidad². Si cualquiera puede, a partir de la disposición propuesta, alegar el desconocimiento de la ley para excusarse ante su incumplimiento, la confianza de los ciudadanos en el ordenamiento jurídico se vería sustancialmente minada y de allí que la reforma resulte abiertamente inconveniente.

3) La reforma incluye normas que desconocen la jurisprudencia constitucional

¿Reviviscencia automática por declaratoria de inexecutableidad?

El artículo 13 que regula lo concerniente a la derogatoria de la ley también contempla el fenómeno de la reviviscencia de una ley como consecuencia de la declaratoria de inexecutableidad de una ley posterior que haya derogado a la anterior que en virtud de este fenómeno se reincorpora. Sin embargo, el artículo en cuestión no establece condicionamiento alguno para que opere dicho fenómeno, desconociendo así lo que ha señalado la Corte Constitucional en su jurisprudencia sobre el particular. En efecto, ha establecido dicha Corporación que para que pueda operar la reviviscencia es preciso verificar cuál es el impacto que tendría la reincorporación de la norma derogada a la luz de los valores y principios constitucionales, y constatar que -por el contrario- la ausencia de la reincorporación daría paso a un vacío normativo que podría atentar contra esos mismos valores y principios³. No se trata entonces, como lo propone el artículo 13, de una reincorporación automática de la norma derogada al ordenamiento jurídico. El artículo en comento desconoce así los postulados que sobre el particular ha planteado la jurisprudencia constitucional.

² Corte Constitucional, Sentencia C-651 de 1997.

³ Corte Constitucional, Sentencia C-402 de 2010.

COMENTARIOS DERECHO Y TECNOLOGÍA

Erick Rincón Cárdenas

Ahora, aun cuando identifico este gran esfuerzo, en aras a cooperar en el desarrollo del proyecto legislativo nacional, de la manera más respetuosa, expongo los siguientes comentarios con el objetivo de complementar el documento.

1. Ausencia de regulación que identifique la equivalencia funcional como principio cardinal en la interpretación jurídica de la validez jurídica y probatoria de la información electrónica

Respecto de la equivalencia funcional como principio cardinal en la interpretación jurídica de la validez jurídica y probatoria de la información electrónica, la norma marco en el Derecho Colombiano es la Ley 527 de 1999, la cual desarrolló diferentes manifestaciones jurídicas y técnicas de la mencionada equivalencia funcional en la utilización de las nuevas tecnologías de la información y la comunicaciones, fenómeno que ha suscitado el interés del Derecho, precisamente en relación con la masificación de las normas jurídicas sobre este aspecto.

La equivalencia funcional puede ser entendida como el cumplimiento pleno de los requisitos legales y probatorios de los mensajes de datos, entendidos como toda aquella información almacenada, transformada, generada, enviada recibida por medios electrónicos. La equivalencia funcional fue reconocida dentro de la Ley 527 de 1999, consagrando de esta manera la validez jurídica y probatoria de los mensajes de datos, identificando las siguientes manifestaciones como equivalente funcional

- 1) Escrito
- 2) Original
- 3) Firma

2. Artículo 87. Cuando la ley exija que el negocio jurídico se celebre por escrito, el correspondiente instrumento, privado o público, deberá tener las firmas autógrafas, mecánicas, electrónicas o digitales de los otorgantes.

Sobre este artículo, es importante resaltar que no hay una necesidad de una firma, tanto firmas autógrafas, mecánicas, electrónicas o digitales cuando el texto deba constar por escrito, sino cuando la ley expresamente identifique la necesidad de una firma dentro del documento.

Un ejemplo sencillo en medio electrónicos está en las autorizaciones de tratamiento de datos pues, aún cuando deba ser identificado por escrito al consumidor por medio electrónicos, con un simple “acepto” en la casilla, es más que suficiente para obtener el consentimiento, sin la necesidad de una firma electrónica o digital. Por otra parte están los pagarés electrónicos, los cuales, además que tienen que ser escritos, este documento debe incorporar una firma, ya sea en este caso electrónica o digital para que sea válida la vinculación del deudor, los cuales tendrán unos requisitos especiales que vale la pena mencionar.

De esta forma, se identifica como hay una diferencia importante entre el requisito de firma y el requisito de escritura, dependiendo de cada una de las disposiciones legales. Teniendo en cuenta lo anterior, hay dos sugerencias específicas en cuanto al artículo 87.

Por un lado, que el artículo 87 debería identificar la firma electrónica como equivalente de la manuscrita de la siguiente manera:

Cuando la ley exija que el negocio jurídico sea firmado por las partes, el correspondiente instrumento, privado o público, deberá tener las firmas autógrafas, mecánicas, electrónicas o digitales de los otorgantes. Así, cuando la ley requiera la firma de una persona, ese requisito quedará satisfecho en relación con un mensaje de datos: a) Si se utiliza un método para identificar a esa persona y para indicar que esa persona aprueba la información que figura en el mensaje de datos; y b) Si ese método es tan fiable como sea apropiado para los fines para los que se generó o comunicó el mensaje de datos, a la luz de todas las circunstancias del caso, incluido cualquier acuerdo pertinente.

Por otro lado, se recomienda que el segundo párrafo de este artículo 87 sea un nuevo artículo en aras a que se separe una idea de necesidad de firma a la idea de necesidad de la forma escrita; identificando en este caso como el requisito de escritura puede ser saldado con un mensaje datos, sin la necesidad de una firma necesariamente:

Para este se sugiere el siguiente contenido:

Cuando la ley requiera que la información conste por escrito, ese requisito quedará satisfecho con un mensaje de datos, si la información que éste contiene es accesible para su ulterior consulta., tal como dispone este Código y las normas especiales, sin perjuicio de las reglas especiales en materia de familia y sucesiones. Cuando los particulares convengan que el negocio se celebre por escrito, sin exigirlo la ley, podrá cualquiera de ellos retractarse antes del otorgamiento del instrumento, sin perjuicio de la responsabilidad por faltar a la buena fe. Esto no procede si se ha ejecutado o comenzado la ejecución del negocio.

3. Ausencia de la equivalencia funcional del original en medios electrónicos.

Siguiendo el objetivo de identificar el equivalente funcional como principio cardinal en la utilización de mensajes de datos e identificando el artículo 87 de la propuesta de código civil, por medio de la cual se identifica la posibilidad de usar medios electrónicos en los “negocios jurídicos”, es menester además hacer hincapié sobre el concepto de “original”, pues será diferente su materialización en actuaciones físicas frente a los medios electrónicos.

El concepto de “original” es uno de los que mayor modificación sufre en el contexto electrónico. La razón esencial para ello es el hecho de que el simple acceso a la información digital involucra realizar una copia de esta. Si el concepto original se asocia al soporte en el que por primera vez se incorporó la información, no podría hablarse de un original en los medios electrónicos.

Lo anterior debido a que siempre estaremos en presencia de una copia de la información y por ende, no puede identificarse un “original” en este sentido, tal como se hace en los medios físicos tradicionales. El legislador, consciente de esta dificultad, estableció nuevos criterios para determinar cuándo se está en presencia de un original en el contexto de los mensajes de datos. El literal b) establece el requisito propio de todo escrito, al que ya se hizo referencia, de que la información pueda ser mostrada cuando se desea consultarla. Pero es el literal a) el que establece una verdadera innovación.

De acuerdo con éste, se entenderá satisfecho el requisito de originar siempre que exista una garantía confiable de que la información se ha conservado íntegra desde el momento en que por primera vez se generó en su forma definitiva. Esto quiere decir que, en principio, cualquiera de las copias realizadas de un documento cualquiera podría ser considerado un original para efectos probatorios,

conservación que garantiza Credivalores con la intervención de terceros que prestan el servicio de almacenamiento, asegurando en este sentido la disposición de esta información en momentos posteriores de consulta.

Teniendo en cuenta lo anterior, se sugiere identificar dentro de este capítulo:

Cuando la ley requiera que la información sea presentada y conservada en su forma original, ese requisito quedará satisfecho con un mensaje de datos: a) Si existe alguna garantía fidedigna de que se ha conservado la integridad de la información a partir del momento en que se generó por primera vez en su forma definitiva, como mensaje de datos o en alguna otra forma; b) De requerirse que la información sea presentada, si dicha información puede ser mostrada a la persona a la que se deba presentar.

4. Necesidad de regulación de recepción de la información por medios electrónicos.

Este comentario tiene como objetivo identificar la necesidad de reglas claras de la recepción de la información por medios electrónicos pues, aun cuando el artículo 87 identifique algo de información al respecto, éste no regula el mismo.

Por lo tanto, se sugiere adicionar un artículo en el título IV de los negocios jurídicos, el siguiente contenido:

Cuando al enviar o antes de enviar un mensaje de datos, el iniciador solicite o acuerde con el destinatario que se acuse recibo del mensaje de datos y no se haya acordado con el destinatario que el acuse de recibo se dé en alguna forma determinada o utilizando un método determinado, se podrá acusar recibo mediante: a) Toda comunicación del destinatario, automatizada o no, o b) Todo acto del destinatario, que basten para indicar al iniciador que se ha recibido el mensaje de datos.

De no convenir otra cosa el iniciador y el destinatario, el momento de recepción de un mensaje de datos se determinará como sigue: a) Si el destinatario ha designado un sistema de información para la recepción de mensajes de datos, la recepción tendrá lugar: i) En el momento en que entre el mensaje de datos en el sistema de información designado; o ii) De enviarse el mensaje de datos a un sistema de información del destinatario que no sea el sistema de información designado, en el momento en que el destinatario recupere el mensaje de datos; b) Si el destinatario no ha designado un sistema de información, la recepción tendrá lugar al entrar el mensaje de datos en un sistema de información del destinatario.

5. Artículo 474. *La contratación electrónica es aquella que emplea medios electrónicos o tecnología equivalente. Los mensajes de datos y la información que éstos contienen deben ser accesible para su posterior consulta. Se pueden utilizar medios electrónicos para poner a disposición estipulaciones contractuales o información sobre bienes o servicios.*

Sobre el presente artículo, es menester señalar el requisito señalado de posterior consulta pues, aun cuando es cierto, será necesario identificar que hay más requisitos al respecto como la integridad (conservación de la información contenida).

Teniendo en cuenta lo anterior se sugiere que el artículo quede así:

La contratación electrónica es aquella que emplea medios electrónicos o tecnología equivalente. Cuando la ley requiera que la información sea presentada y conservada en su forma original, ese requisito quedará satisfecho con un mensaje de datos: a) Si existe alguna garantía fidedigna

de que se ha conservado la integridad de la información a partir del momento en que se generó por primera vez en su forma definitiva, como mensaje de datos o en alguna otra forma; b) De requerirse que la información sea presentada, si dicha información puede ser mostrada a la persona a la que se deba presentar, garantizando así su posterior consulta.

6. Artículo 482. *Las ofertas de contratación por medios electrónicos o similares deben tener vigencia durante el período que fije el oferente o, en su defecto, durante todo el tiempo que permanezcan accesibles al destinatario.*

En cuanto a esta definición sobre oferta por medios electrónicos, parece necesario indicar como la oferta no se le podrá negar fuerza obligatoria por utilizarse para su formación un mensaje de datos o medio electrónico. Adicionalmente, es importante señalar que la aceptación no tiene que ser por el mismo medio digital, puesto que no se le puede imponer un medio único para obtener la aceptación de la oferta, como se define en

“El oferente debe confirmar por vía electrónica y sin demora la llegada de la aceptación.”.

En estos casos, creo que lo mejor será simplemente identificar la fuerza vinculante de la oferta por medios electrónicos y no extralimitar el objeto del artículo.

Por lo anterior, se sugiere que el artículo quede de la siguiente forma:

En la formación de un contrato, de no convenir las partes otra cosa, la oferta y su aceptación podrán ser expresadas por medio de un mensaje de datos. De igual forma, no se negará validez o fuerza obligatoria a un contrato por la sola razón de haberse utilizado en su formación un mensaje de datos. Las ofertas de contratación por medios electrónicos o similares deben tener vigencia durante el período que fije el oferente o, en su defecto, durante todo el tiempo que permanezcan accesibles al destinatario. En estos casos, el sistema de información deberá permitir al destinatario de la oferta, antes de la conclusión del contrato, identificar cualquier error cometido en la entrada de datos y corregirlo, y archivar el contrato perfeccionado y las reglas para su posterior consulta.

7. Artículo 1361. *El depósito a la vista debe estar representado en un documento material o electrónico que refleje fielmente los movimientos y el saldo del cliente.*

Por último, sobre este artículo 1361, parece importante identificar el concepto de documento electrónico, puesto que no hay una verdadera definición al respecto dentro del marco jurídico colombiano.

Ahora una solución para lo anterior está en la sustitución del concepto de “documento electrónico” por el uso del concepto de “Mensaje de datos” el cual, según la ley 517 de 199 es La información generada, enviada, recibida, almacenada o comunicada por medios electrónicos, ópticos o similares, como pudieran ser, entre otros, el Intercambio Electrónico de Datos (EDI), Internet, el correo electrónico, el telegrama, el télex o el telefax.

Identificada esta solución se sugiere que el artículo se modifique de la siguiente manera:

El depósito a la vista debe estar representado en un documento material o mensaje de datos que refleje fielmente los movimientos y el saldo del cliente.

Teniendo todo lo anterior, aun cuando celebro la redacción del proyecto de una reforma del código civil y su unificación en obligaciones y contratos con el código de comercio, atendiendo a la

actualización del cuerpo normativo desarrollado en 1873, es menester identificar que faltan algunos puntos importantes a tener en cuenta, siendo los dos a resaltar:

1. Por un lado, se identifica una ausencia de regulación que identifique plenamente los equivalentes funcionales de los mensajes de datos en marco legal colombiano. Esto último, con el objetivo que el código civil identifique de forma plena la posibilidad del uso de mensaje de datos para el desarrollo de cualquier negocio jurídico, desde una etapa precontractual, el perfeccionamiento y extinción del “negocio jurídico”.
2. Adicionalmente, siendo también importante advertir, debido a la ampliación de negocios jurídicos dentro del capítulo IV “DE LOS CONTRATOS” se hace necesario además ir acorde con la amplitud de estos.

De esta forma, se señala como hace falta una regulación más específica para el contrato ubicado en el TÍTULO VIII, sobre el factoraje, subrayando de manera específica como ya hay una regulación sobre la materia y, por ende, se podría desarrollar aún más este concepto gracias a las mismas. Adicionalmente, es importante señalar que se hace necesario el desarrollo de demás contratos, en este caso, vinculados a la gestión de pago a proveedores como lo es el confirming.

Sin más por el momento, agradezco su consideración a los comentarios expuestos, y quedo atentos de cualquier duda y/o comentario que se presente. De la misma forma, le manifiesto nuestra total disponibilidad para contribuir en el texto y a ser parte de cualquier desarrollo posterior que ayude al desarrollo legislativo colombiano.

COMENTARIOS AL PROYECTO DE REFORMA AL CÓDIGO CIVIL DESDE UNA PERSPECTIVA PROCESAL. UNA ESPECIAL REFERENCIA A LAS REGLAS DE LA COMUNIDAD Y A SU IMPACTO EN EL PROCESO DIVISORIO

Gabriel Hernández Villarreal

Oscar Alejandro Maestre Piñeres

Con el más absoluto respeto para quienes en su calidad de redactores han sometido a la comunidad jurídica y académica sus propuestas de reforma al Código Civil, y sin perjuicio de las puntuales observaciones que con toda gentileza se harán más adelante, de entrada, discrepo del lenguaje utilizado en el grueso de las normas que conforman dicho estatuto.

En efecto, una de las bondades que debe exhibir el legislador al regular mediante un cuerpo normativo de esta naturaleza la vida de los asociados, es la claridad de los enunciados lingüísticos de los que se vale y la precisión de sus términos. De ese modo se evita la dispersión de la interpretación y se gana en seguridad jurídica.

Ciertamente y, cuando no se obra de esa manera, los preceptos legales se tornan multívocos, y esa circunstancia conduce al equívoco, lo cual genera como resultado una permanente incertidumbre que impide lograr la paz en armonía social.

Por esos motivos, y a título de mera ilustración, cuando en el artículo 134 se dice que “Las buenas costumbres se apreciarán teniendo en cuenta el decoro de quienes piensan con equidad y justicia”, de inmediato surgen, cuando menos, dos reparos. En primer lugar, que una disposición redactada en esas condiciones es vaporosa, imprecisa y se erige en fuente de controversias alrededor de lo que es el “decoro” atado a quienes “piensan con equidad y justicia”. ¿La equidad no es acaso una forma de obrar con justicia? Y, si así es, ¿por qué entonces la premisa mayor es copulativa? ¿No basta el obrar con equidad, sino que esta tiene que ser, además, justa?

En segundo término, expresiones como la de que es contrario a las buenas costumbres “1. El negocio cuyo motivo o causa determinante es la realización de lo prohibido por la moral (...)”; y citar luego, por vía de ejemplo, la venta de una casa de lenocinio cuyo precio se fija conforme al rendimiento de tal empresa”; además de que convierte en problemático definir a cuál moral se refiere el código, deja al arbitrio del juzgador que sea la moral que él profese la que en definitiva mantendrá o dará al traste con el negocio jurídico.

En adición a lo expuesto, en los tiempos actuales “la venta de una casa de lenocinio” no es, en sí mismo, un negocio catalogado de inmoral. En consecuencia, ¿por qué este acto de transferencia del derecho de dominio no contraviene los cánones legales, y en cambio sí ofende a la moral y por esa vía a las buenas costumbres el modo como se pacte el precio?

Parecería —sin consultar el principio de razón suficiente— que para el Código Civil celebrar un negocio jurídico que involucre este tipo de bienes y actividades está dentro del ámbito de lo autorizado, y por tanto en ningún momento se compromete la validez del respectivo contrato; pero sí es objeto de censura jurídica que en la determinación del precio se consideren elementos cotidianos como la rentabilidad y el rendimiento de esta clase de operaciones comerciales.

Ahora bien, en otro orden y con independencia de los antelados aspectos, no todo son críticas a esta magna obra, ya que así como hay en ella concepciones que no comparto (en especial su visión

ideológica), existen otras que en el plano normativo están bien logradas, como sucede con el beneficio de cesión o de retracto y la determinación acerca del régimen que gobierna a un contrato de arrendamiento cuando el bien entregado a este título está destinado, una parte a vivienda y la otra a un local comercial.

Sobre el particular, actualmente se discute —negándola, la mayoría de las veces— la posibilidad de que en el marco de un proceso ejecutivo el deudor cedido pueda invocar el beneficio de retracto que contempla el artículo 1971 del Código Civil (artículo 831 del proyecto), con el argumento de que esa prerrogativa solo tiene cabida en presencia de controversias en las que conforme al artículo 1969 “(...) el objeto de la cesión [sea] el evento incierto de la Litis (...)”.

En consecuencia y desde esa perspectiva, la cesión de derechos litigiosos procedería únicamente en los procesos declarativos, porque en los ejecutivos se parte de la presunción de que el derecho que alega el actor es cierto. Empero, tal hermenéutica no se desprende con diafanidad del texto del citado artículo 1969 del actual código, y a pesar de ello en los estrados judiciales se les viene negando a los deudores que son demandados mediante el cobro compulsivo, la opción de que invoquen —con éxito— el aludido beneficio.

De abrirse paso la reforma, ese escollo quedaría superado con fundamento en el artículo 828 inciso 2° que, sin discriminar la clase de proceso de que se trate (y en donde el legislador no distingue tampoco le es dable al intérprete hacerlo); contempla que “Con la notificación de la demanda se entiende que es litigioso el derecho que se dispone”.

Por supuesto, y al estar íntimamente vinculado con lo que se ha comentado en precedencia, también debería reformularse (como en efecto se hizo) la redacción del hoy en día vigente artículo 1972, según la cual “El deudor no puede oponer al cesionario el beneficio que por el artículo precedente se le concede, después de transcurridos nueve días de la notificación del decreto en que se manda ejecutar la sentencia”.

Esa modificación aparece consignada en el artículo 832 del proyecto, que expresa lo siguiente: “El retracto deberá ejercerse hasta el vencimiento del término de ejecutoria de la sentencia que le ponga fin al proceso”. Como resultado de estos ajustes, el lenguaje del Código Civil—que resulta arcaico, por ser propio de su época— se actualizaría con el que es de uso cotidiano hoy en día, y se ajustaría al diseño procedimental vigente, pues, en atención a lo establecido en el artículo 442.1 del Código General del Proceso, la oportunidad para formular excepciones de mérito es “Dentro de los diez (10) días siguientes a la notificación del mandamiento ejecutivo”.

De igual modo, no resulta razonable que si ya se ha expedido sentencia que ordena seguir adelante la ejecución; y que si ese proveído se encuentra en firme y ejecutoriado (puesto que el artículo 443.5 del C.G.P. preceptúa que “La sentencia que resuelva las excepciones hace tránsito a cosa juzgada (...)”); aun así, dentro de los “nueve días siguientes a la notificación del decreto en que se manda ejecutar la sentencia”, el demandado pudiera alterarla alegando el beneficio de cesión o de retracto.

De otro lado, en lo que atañe al contrato de arrendamiento cuando este es mixto, no siempre resulta fácil —y antes, por el contrario, en la generalidad de los casos se convierte en un elemento de la mayor complejidad—, determinar si al respectivo proceso se le debe dar el tratamiento de una restitución de inmueble arrendado para vivienda o para local comercial.

En virtud de la naturaleza jurídica de uno u otro, las vicisitudes que emergen son de diversa índole, ya que, verbigracia, si fuere comercial en principio al arrendatario habría que aplicarle el artículo 518 del Código de Comercio y por ende garantizarle su derecho a la renovación; mientras que, de llegar a colegirse que se trata de un contrato de arrendamiento de vivienda urbana, las causales para darlo por terminado serían las que prevé la ley 820 de 2003.

Esa ambigüedad —caldo de cultivo de múltiples conflictos de stirpe procesal—, desaparecería de llegar a convertirse en ley las propuestas que nos concitan, debido a que el artículo 919 del proyecto es diáfano al decir que “Si un bien se destina para vivienda urbana y otros fines, el arrendamiento se regirá por las normas de aquella”.

Con todo y, a la par con lo compendiado, lo atinente a la extinción de la hipoteca en los supuestos en los que se hubiere acogido la pertenencia instaurada por el prescribiente, es una de esas discusiones que aún no ha sido resuelta en el campo del derecho sustancial y procesal, pese a que el artículo 375.5 del Código General del Proceso exige que en un proceso de esta índole “Cuando el bien esté gravado con hipoteca o prenda, deberá citarse también al acreedor hipotecario o prendario”.

Ello en razón a que, a menos que el poseedor demandante acumule una pretensión en el sentido de que se declare que la obligación garantizada con uno de estos gravámenes ya está prescrita (y que por tanto debe levantarse el derecho real accesorio), si así no fuere, o si, siéndolo el juzgador concluye que no ha operado ese modo de extinción de las obligaciones, aun cuando se declare dueño al poseedor, no habría lugar a cancelar la hipoteca o la prenda.

Tal postulado ha sido, y continúa siendo objeto de debate, pese a que el artículo 2457 del Código Civil (artículo 1354 del proyecto), dispone que la hipoteca se extingue, entre otros casos —dentro de los cuales no aparece la sentencia que acoge la pertenencia— “por la resolución del derecho de que la constituyó”.

Frente a este asunto, la última postura “oficial” de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia es una sentencia de septiembre de 1995, en la que se indicó que un fallo proferido dentro de una causa como la mencionada no produce el efecto de liberar o extinguir el gravamen hipotecario. No obstante, ese criterio es materia de álgidas discusiones doctrinales que disputan su acierto, y por ese motivo, en aras de ponerle coto a la discrepancia, lo mejor sería, aprovechando la coyuntura, que el legislador se pronunciara de una vez por todas definiendo con autoridad el alcance de la citada norma.

Habiendo dicho esto, el profesor Oscar Alejandro Maestre Piñeres, docente de la asignatura “derecho procesal civil general” que se imparte en la facultad de jurisprudencia de la Universidad del Rosario, formuló las observaciones que, centradas en el proceso divisorio, a, continuación se indican:

Comentarios a las reglas de la comunidad en el proyecto de código civil de Colombia y su impacto en el proceso divisorio.

1.- La nueva ubicación sistemática de la comunidad en el Proyecto de Código Civil de Colombia.

Ante todo, debe indicarse, que la institución de la comunidad sufre un cambio radical desde el punto de vista sustancial en el Proyecto de Código Civil de Colombia -en adelante el Proyecto-, respecto de la forma en la que actualmente está concebida. Ello es así, porque de conformidad con el artículo 2322 del Código Civil vigente, la comunidad es un cuasicontrato -categoría jurídica que al parecer desaparece del sistema jurídico con la reforma propuesta- y que fue introducida entre nosotros en relación con la comunidad, siguiendo al Código Civil chileno, inspirado en las enseñanzas de Pothier.

El Proyecto presentado a conocimiento del público, regula la comunidad en el Capítulo I -de la comunidad- del Título VII -distintas formas de propiedad- del Libro Tercero -de los bienes-, siguiendo así la tendencia de la Ley de Enjuiciamiento Civil española, donde su ubicación es idéntica.

Creemos que la intención del Proyecto puede ser positiva, dado que la categoría jurídica del cuasicontrato ha dado lugar a más dificultades que utilidades, generando inconvenientes prácticos como la equivalencia o no de la comunidad con la copropiedad. En nuestro sentir, hoy las dos figuras difieren, toda vez que la comunidad no puede surgir de la celebración de un contrato (art. 2322 C.C), en tanto que la copropiedad puede nacer de un negocio jurídico, como lo es, por ejemplo, el perfeccionamiento de una compraventa en la que dos o más personas adquieren un bien raíz -los compradores son copropietarios no comuneros-.

2.- Los derechos reales sobre los que recae la comunidad en el Proyecto de Código Civil de Colombia y sus implicaciones en la legitimación en la causa por activa en el proceso divisorio.

Los incisos 1º y 2º del artículo 406 del Código General del Proceso, parecen legitimar en la causa por activa para iniciar el proceso divisorio únicamente a los titulares del derecho real de dominio, al señalar: “todo comunero puede pedir la división material de la cosa común o su venta para que se distribuya el producto. [...] La demanda deberá dirigirse contra los demás comuneros y a ella se acompañará la prueba de que demandante y demandado son condueños”.

Aunque en lo personal consideramos que hoy en día no solo el copropietario o el “condueño” como lo indica la norma procesal está legitimado para demandar la división material o la venta en pública subasta del bien común, pues también lo están los titulares de otros derechos reales desmembrados de la propiedad como el usufructuario, el usuario y el habitador solo que estos en su demanda deben pedir la división o la venta en pública subasta del derecho real de usufructo, uso o habitación que sobre el bien común ostentan y no del dominio de la cosa común propiamente dicho, ya que este derecho está reservado a los comuneros del derecho real de propiedad, o a los condueños o copropietarios cuyo dominio emana de una relación de carácter contractual.

Pues bien, el artículo 398 del Proyecto, siguiendo la anterior opinión que coincide con la de una buena parte de la doctrina, señala que “la propiedad, el usufructo, el uso o habitación y la superficie puede pertenecer en común a varias personas”.

Con esta norma, quedaría entonces claro, que la legitimación en la causa para iniciar un proceso divisorio recaería no solo en los comuneros titulares del dominio sobre un bien común, sino también en los comuneros usufructuarios, usuarios, habitadores y superficiarios de la cosa indivisa.

De esta manera para quienes consideran que comunidad es sinónimo de copropiedad o de condominio, la legitimación en la causa por activa en un proceso divisorio se estaría ampliando a los cousufructuarios, cousuarios, cohabitadores y cosuperficiarios, convirtiéndose la comunidad por esta vía, en una forma de titularidad de los derechos reales, más que una manera de ser del derecho de propiedad, como se encuentra ubicada sistemáticamente la figura iuris en el Proyecto.

3.- La eliminación en el Proyecto de Código Civil de Colombia de los artículos 2330, 2331, 2332, 2333 y 2339 del Código Civil actual.

En el Proyecto bajo examen, no aparece ninguna regla siquiera cercana a lo que establecen los artículos 2330, 2331, 2332, 2333 y 2339 del C.C. actual.

Si bien desconocemos la aplicabilidad práctica que han tenido estas normas en la realidad jurídica y judicial del país, lo cierto es que ellas regulan supuestos de hecho bien particulares atinentes a la comunidad proindiviso, los cuales provienen del derecho español antiguo y muestran rasgos de la comunidad de estirpe germánica y que de presentarse quedarían huérfanos de disposición legal que solucione su estructuración.

4.- La administración de la comunidad en el Proyecto de Código Civil de Colombia y su impacto en los artículos 415 y 417 del Código General del Proceso.

Los artículos 406, 407, 408, 409 y 411 del Proyecto, referidos a la administración de la comunidad, sintetizan los vigentes artículos 16, 17, 18, 19, 21, 22, 23 y 24 de la Ley 95 de 1890, los cuales no se sabe si quedan o no derogados como consecuencia de su incorporación en el Proyecto, o si como lo indica el artículo 2068 del mismo quedan vigentes al menos parcialmente como parte de “las leyes, los decretos leyes y disposiciones que no se opongan a los principios y reglas de este Código”, norma tan ambigua como peligrosa e inconveniente, dado que puede conducir a innumerables controversias interpretativas acerca de qué normas jurídicas o fragmentos de ellas se encuentran en rigor y cuáles no.

No hay que olvidar, que estas normas de la administración de la comunidad deben armonizarse con lo dispuesto en el artículo 417 del Código General del Proceso.

Dentro de los mismos preceptos legales que regulan lo concerniente a la administración de la comunidad, indica el artículo 410 del Proyecto que “el administrador cesará en sus funciones cuando así lo acuerde la mayoría de los comuneros o lo decrete judicialmente, en los casos en que se comprobare mala, defectuosa o inconveniente administración”.

Más allá del defecto en la redacción del precepto, lo cierto es que se establece expresamente una acción o derecho en cabeza de los comuneros, quienes pueden acudir al juez civil para efectos de remover al administrador de la comunidad designado judicial o extrajudicialmente, cuando se considere que su gestión ha sido deficiente, irregular o no provechosa para la comunidad, sin que se hubiese fijado en el texto normativo el procedimiento judicial al que deben acudir los comuneros para adelantar tal reclamación.

Ante el silencio de la disposición, habría que dársele entonces aplicación al artículo 368 del Código General del Proceso, conforme al cual los asuntos contenciosos no sometidos a un trámite especial deben tramitarse por el proceso verbal declarativo. Sin embargo, parecería más razonable en atención al contenido mismo de la pretensión de que se trata, que la norma dispusiese explícitamente que dicha petición ha de ventilarse por la cuerda del procedimiento verbal sumario, mucho más apto por su brevedad para tal finalidad.

5.- Las normas relativas a la extinción de la comunidad en el Proyecto de Código Civil de Colombia y su incidencia en el proceso divisorio.

Señala el inciso 2º del artículo 413 del Proyecto:

“La división material tiene preferencia cuando se trata de bienes que pueden

partirse materialmente en porciones sin que su valor desmerezca por su fraccionamiento, y la venta, cuando se trate de bienes que no son susceptibles de partición material o cuyo valor desmerezca por su división en partes materiales”.

Esta norma, no hace otra cosa que revivir el inciso 2° del artículo 1134 del Código Judicial, el cual cambió en su redacción al precepto que estuvo contenido en el derogado artículo 468 del Código de Procedimiento Civil, replicado en el artículo 407 del Código General del Proceso actual, cuyo tenor literal es el siguiente:

“Salvo lo dispuesto en leyes especiales, la división material será procedente cuando se trate de bienes que puedan partirse materialmente sin que los derechos de los condueños desmerezcan por el fraccionamiento. En los demás casos procederá la venta”.

En realidad, el inciso 2° del artículo 414 del Proyecto no es otra cosa que una regla un poco más descriptiva que la contenida en el artículo 407 del CGP, lo cual a nuestro parecer la muestra en cierto sentido inoficiosa, salvo que modificase el contenido de la última de las citadas reglas para volver al antiguo precepto del inciso 2° del artículo 1134 del Código Judicial.

Ahora bien, en relación con el derecho de compra hoy regulado en el artículo 2336 del Código Civil, indica el artículo 414 del Proyecto:

“Cuando alguno o algunos de los comuneros soliciten la venta de la cosa común, los otros comuneros o cualquiera de ellos pueden comprar los derechos de los solicitantes pagándoles la cuota que les corresponda, según el avalúo de la cosa. [...] Dicha opción también la tendrán los solicitantes para comprar los derechos de los demás comuneros demandados”.

Lo más llamativo de la norma recién reproducida, es su inciso 2°, conforme al cual uno, varios o todos los comuneros demandantes podrían ejercer el derecho de compra para adquirir la cuota parte del comunero demandado o de los comuneros demandados, para acabar por esta vía con la indivisión.

Esto sería absolutamente novedoso respecto al régimen actual del derecho de compra establecido en el artículo 2336 del C.C., el cual palabras más o palabras menos coincide con el inciso 1° del artículo 414 del Proyecto, ya que hoy en día sólo se le permite al comunero o a los comuneros enjuiciados o demandados hacer uso del derecho de compra en el proceso divisorio, lo que significa que actualmente al comunero o a los comuneros demandantes les está vedado ejercerlo.

Parecería un asunto sin importancia autorizar a una u otra parte del proceso divisorio para ejercer el derecho de compra, pero ello no es así, pues no es producto de la casualidad que el vigente artículo 2336 del Código Civil haya fijado tal prerrogativa únicamente a favor del comunero o de los comuneros demandados, lo cual consideramos debe seguir siendo de esta forma por las siguientes razones:

En primer lugar, porque el comunero o los comuneros demandantes en juicio divisorio, al pretender acabar a través de la demanda y de la sentencia divisoria la situación de indivisión, renuncian tácitamente a hacer uso del derecho de compra, pues la lógica de éste descansa sobre la premisa de que quien lo ejerce busca permanecer en la indivisión, lo cual riñe con el querer del comunero o de los comuneros demandantes que, se insiste, persiguen desde el comienzo todo lo opuesto: destruir la indivisión.

En segundo término, por cuanto habilitar al comunero o a los comuneros demandantes para hacer uso del derecho de compra, significaría permitirle a la parte actora del juicio divisorio vulnerar el principio de la confianza legítima descrito con el aforismo *venire contra factum proprium non valet*, el cual hunde sus raíces en el principio general del derecho de la buena fe, y conforme al cual a nadie le es dable proceder en contra de sus propios actos.

Es que si el comunero o los comuneros demandantes solicitan la partición material de la cosa común o su venta en pública subasta, es porque a través de cualquiera de estos dos caminos

pretenden ponerle fin a la indivisión y a la comunidad, de suerte que si se les permitiera durante el proceso divisorio variar su posición y poder ejercer el derecho de compra en la oportunidad procesal prevista en la ley (inc. 1º, art. 414 CGP), dicha conducta sería del todo contraria a la concretada al momento de incoarse la demanda divisoria, pues ahora buscarían a través del derecho de compra mantener la indivisión que ellos mismos pidieron que desapareciera y que dio lugar al proceso judicial, lo cual a nuestro juicio es por completo inadmisibles.

Y en tercer evento, porque el actual artículo 2336 del Código Civil que faculta únicamente al comunero o a los comuneros demandados para ejercer el derecho de compra en el juicio divisorio, superó sin problemas el control de constitucionalidad al cual fue sometido, tal como consta en la sentencia C-791 de 2006 de la Corte Constitucional.

Por todo lo que antecede, nos oponemos abierta y vehementemente al inciso 2º del artículo 414 del Proyecto.

Continuando con los ojos puestos en el comentado artículo 414 del Proyecto, consideramos que el inciso final no debería hacer parte de dicha norma, pues creemos que de conformidad con su tenor literal no tiene ninguna conexión con el ejercicio del derecho de compra de que trata la disposición.

Señala dicho fragmento normativo: “En caso de disputa entre los oferentes o entre éstos y los terceros que hayan participado, se preferirá la mejor oferta en la postura legal correspondiente”.

En nuestra opinión, esta disposición busca regular una circunstancia que podría presentarse en un proceso divisorio cuando lo que se ha decretado por el juez mediante auto es la venta del bien común en pública subasta, pues es en este escenario en el que los comuneros y los terceros pueden presentar ofertas para obtener la adjudicación de la cosa común en la almoneda, propuestas de las cuales triunfará como es lógico la mejor de todas ellas.

II PARTE

BIENES

LA PROPIEDAD, “A LA PENÚLTIMA MODA”

Nicolás Pájaro Moreno

Premisas

Circula desde hace algunos meses la denominada “primera versión” del proyecto de Código Civil elaborado en el seno de la Universidad Nacional de Colombia, 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”⁴. 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.

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

⁴ 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.

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.

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. Sea las doctrinas socialistas influenciadas por el (entonces) floreciente marxismo, sea 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 a 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”⁵.

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.

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 “La 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

⁵ Duguit (1920), p. 177.

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.

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)”⁶. “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”⁷.

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 sino se entiende como mecanismo encaminado a la realización de los derechos”⁸. “No basta pues con reconocer los derechos, el Estado Social de Derecho exige la eficacia de los mismos”⁹. 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

⁶ Corte Constitucional, sentencia T-499 de 1992, [M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz].

⁷ Corte Constitucional, sentencia C-542 de 1993, [M.P. Jorge Arango Mejía].

⁸ Corte Constitucional, sentencia T-406 de 1992, [M.P. Ciro Angarita Barón].

⁹ Corte Constitucional, sentencia T-054 de 2017, [M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo].

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”¹⁰. “[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 Constitución, dentro de los límites del bien común y del interés social, constituye uno de los fundamentos del Estado Social de Derecho”¹¹.

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 propiedad¹². 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”¹³.

¹⁰ Corte Constitucional, sentencia T-425 de 1992, [M.P. Ciro Angarita Barón].

¹¹ Corte Constitucional, sentencia C-616 de 2001 [M.P. Rodrigo Escobar Gil].

¹² Corte Constitucional, sentencia C-595 de 1999, [M.P. Carlos Gaviria Díaz].

¹³ Ídem.

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”¹⁴. El proyecto original de Valencia Zea, por su parte, expresa que “El propietario (...) [d]ebe explotar su derecho conforme a su destinación económica y social”¹⁵. Y el proyecto de la Universidad Nacional: “El propietario debe explotar su derecho conforme a su destinación económica, ecológica, cultural y social”¹⁶.

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”¹⁷. 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”¹⁸; 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”¹⁹.

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”²⁰, pero que dicho momento habría de llegar. Modelo que sería acogido por el proyecto de Valencia Zea²¹, 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”²²; 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”²³.

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

¹⁴ Duguit (1920), p. 37.

¹⁵ Valencia Zea (1980), artículo 228.

¹⁶ Universidad Nacional de Colombia (2020), artículo 268.

¹⁷ Duguit (1920), p. 186.

¹⁸ Valencia Zea (1980), artículo 228.

¹⁹ Universidad Nacional de Colombia (2020), artículo 268.

²⁰ Duguit (1920), p. 182.

²¹ Valencia Zea (1980), artículos 229 a 231.

²² Universidad Nacional de Colombia (2020), artículo 271.

²³ *Ibidem*, artículo 272.

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 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”.

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.

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.

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”²⁴. 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.

²⁴ Duguit (1920), p. 37.

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 añadirsele 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.

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.

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 sistenserse que los individuos sólo están obligados a respetar la propiedad de quien no contraríe 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.

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 defiere 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 defiere 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.

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, L. (1920). *Las grandes transformaciones del derecho privado desde el Código de Napoleón* [traducción al castellano de Carlos G. Posada] Madrid: Francisco Beltrán.

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

Valencia Zea (1980). *Proyecto de código de derecho privado*. Bogotá: Superintendencia de Notariado y Registro.

EL DERECHO DE PROPIEDAD DEL PROYECTO DE ACTUALIZACIÓN DEL CÓDIGO CIVIL A LA LUZ DE LOS ACUERDOS INTERNACIONALES DE INVERSIÓN RATIFICADOS POR COLOMBIA.

Por:
*Francisco Ternera Barrios*²⁵
*Tatiana Oñate Acosta*²⁶

Agradecemos la amable invitación de nuestra casa, la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario, para escribir estas líneas con el fin de hacer un breve análisis del Proyecto de Actualización al Código Civil propuesto por la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional.

Para cumplir con esta significativa tarea, decidimos centrarnos en el estudio del Derecho de Propiedad a partir de los compromisos adquiridos por Colombia en los *AII* que ha venido suscribiendo desde hace un poco más de dos décadas. Consideramos que este enfoque nos permitirá evidenciar la trascendencia que la reforma propuesta tendría para nuestro ordenamiento jurídico y lo cardinal que es que, antes de seguir avanzando con el Proyecto, se haga un estudio profundo de las consecuencias que su adopción podría generar en la aplicación e interpretación de las obligaciones en cabeza de Colombia consignadas en los instrumentos en torno a los cuales ha girado su política pública económica más persistente de los últimos 20 años: La Confianza Inversionista.

Con este propósito, haremos una explicación muy sucinta de dichos *AII* y del régimen de propiedad vigente (i) para después enfocarnos en los cambios más significativos que le introduciría el Proyecto y la lectura que estos tendrían desde algunos de los estándares de protección consignados en los *AII* (ii)

i. Lo que tenemos:

Los *AII* son acuerdos de promoción y protección a la inversión o capítulos de inversiones incluidos en Tratados de Libre Comercio²⁷ cuyo objetivo es “establecer un marco jurídico justo y transparente para la inversión incluyendo estándares reconocidos por el derecho internacional en

²⁵ Profesor de Cátedra de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario. Las opiniones expresadas en este texto son fruto del ejercicio de la libertad de cátedra y expresadas a título personal, por lo tanto, no comprometen a ninguna institución a la cual me encuentre vinculado.

²⁶ Profesora de Carrera Académica de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario. Coordinadora del Eje Disciplinar de Derecho Civil. Las opiniones expresadas en este texto son fruto del ejercicio de la libertad de cátedra y expresadas a título personal.

²⁷ Sobre los *AII* vigentes a la fecha, consultar <http://www.tlc.gov.co/acuerdos/a-internacional-de-inversion>

materia de promoción y protección de las inversiones”²⁸ estableciendo “reglas de juego claras y previsible para los inversionistas extranjeros brindando protección, claridad, previsibilidad y seguridad mutua en el tratamiento de las inversiones”.

Además, los AII incluyen un mecanismo de solución de controversias que permite a los particulares que sean calificados como inversionistas a la luz del AII invocado, demandar directamente al Estado Colombiano ante un tribunal arbitral internacional cuando surjan conflictos jurídicos relacionados con la violación de la protección que el Estado colombiano le debía brindar a una actividad calificada de inversión. En virtud de este mecanismo, a la fecha, contra Colombia cursan 14 demandas ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias en materia de Inversión - CIADI²⁹ y otras demandas ante tribunales constituidos bajo las reglas de UNCITRAL³⁰.

Puntualmente, en lo que concierne a la protección que brindan los AII, para el propósito de nuestro texto haremos referencia al estándar que, consideramos, nos permite ilustrar con mayor claridad los riesgos que podrían derivarse de las modificaciones que propone el Proyecto al derecho de propiedad: el estándar de protección al Trato Justo y Equitativo - TJE -

De acuerdo con UNCTAD, el TJE proporciona una norma básica, independiente de la legislación del país receptor de la inversión, que sirve de referencia para evaluar su conducta frente a las inversiones extranjeras. Aunque no existe una posición unánime sobre si esta protección equivale exactamente al nivel mínimo de trato de la inversión extranjera impuesta por el derecho internacional consuetudinario, o si, por el contrario, es un concepto diferente, aunque con elementos de coincidencia, la realidad es que tanto su entendimiento como aplicación se va a determinar por cada tribunal arbitral caso a caso.

En este sentido, uno de los alcances que suele quedar cubierto por el TJE es el de las expectativas legítimas del inversionista, entendidas como, de acuerdo con la información disponible en la página Web de la Agencia de Defensa Judicial del Estado colombiano “una situación en la que la conducta de una Parte (Estado) crea expectativas razonables y justificadas al inversionista (o inversión) para que actúe confiando en dicha conducta”³¹. precisando que: “Las expectativas del inversionista surgen del marco jurídico aplicable al momento de realizar la inversión y de los compromisos implícitos o explícitos realizados por representantes del Estado. Sin embargo, no todo cambio del marco jurídico que afecte una inversión puede considerarse violatorio de una expectativa legítima. Siempre que los cambios sean razonables, justificados y se den dentro de los límites normales de los ajustes normativos que el Estado acostumbra realizar o que sean previsible para un inversionista prudente”³².

Desde esta perspectiva, haremos una presentación muy general de la aproximación que después de estudiar someramente el ordenamiento jurídico colombiano, cualquiera que pueda ser calificado como inversionista a la luz de uno de los AII ratificados por Colombia, ha podido tener sobre las reglas justas y claras que se aplican a su Derecho de Propiedad.

Así, al identificar al código civil colombiano como un código de tradición liberal, el inversionista puede concluir que le son propias las características de esta tradición: absoluto, exclusivo y perpetuo. Al revisarlo a la luz del artículo 58 de nuestra Constitución Política, comprende que el

²⁸ Esta es la información que se encuentra en las páginas oficiales del gobierno colombiano: <https://www.colombiainvierte.com.co/herramientas/acuerdos-internacionales-de-inversion> y <http://www.tlc.gov.co/acuerdos/a-internacional-de-inversion>

²⁹ Ver: <https://icsid.worldbank.org/es/cases/search-cases>

³⁰ Una de las cuales es la demanda de Gas Natural Fenosa contra Colombia por Electricaribe.

³¹ Ver: [https://conocimientojuridico.defensajuridica.gov.co/los-estandares-proteccion-los-acuerdos-internacionalesinversion/#:~:text=Las%20expectativas%20legitimas&text=Se%20refieren%20a%20una%20situaci%C3%B3n,da%C3%B1os%20al%20inversionista%20\(inversi%C3%B3n\).](https://conocimientojuridico.defensajuridica.gov.co/los-estandares-proteccion-los-acuerdos-internacionalesinversion/#:~:text=Las%20expectativas%20legitimas&text=Se%20refieren%20a%20una%20situaci%C3%B3n,da%C3%B1os%20al%20inversionista%20(inversi%C3%B3n).)

³² Ídem.

ejercicio de este derecho persigue una función social y le es inherente una función ecológica. Adicionalmente, este equilibrio entre el ejercicio del derecho y sus limitaciones, lo puede confirmar en la aplicación de la expropiación que solo procede por razones de utilidad pública o interés social, calificadas como tales previamente por el legislador, una de cuyas principales manifestaciones se encuentra en la Ley de Infraestructura (Ley 1682 de 2013). Otras limitaciones son las del artículo 52 de la Ley 160 de 1.994, al consagrar la declaración administrativa de la extinción del dominio sobre predios rurales por su inexploración o por violación de las normas ambientales de explotación y la de la Ley 1704 de 2014, que consagra la extinción de dominio como una sanción, lo cual implica que no haya lugar a contraprestación ni compensación alguna, cuando se evidencia que los bienes son el producto o han sido utilizados en la realización de actividades ilícitas.

Veamos entonces que es lo que cambiaría

ii. Lo que tendríamos:

Para efectos de nuestro análisis quisiéramos llamar la atención sobre los siguientes artículos del Proyecto: el **artículo 268**, que establece que la explotación del bien *sin interés para el propietario* o el *bienestar social* le obliga a indemnizar los perjuicios *concretos o difusos causados*. El **artículo 270**, que limita el campo de protección del derecho de propiedad al establecer que la propiedad de bienes privados será respetada por todos o protegida *siempre que no afecte derecho superior de terceros o el interés público*. El **artículo 271**, que establece que, si un propietario de bienes inmuebles abandona su conservación, explotación o ejercicio, puede ser requerido por *la autoridad competente para que los explote en forma adecuada y puede determinar hacerse cargo de su administración y explotación directa o indirecta, frente a lo cual el propietario deberá pagar una compensación equitativa de acuerdo con su rendimiento*. Por último, el **artículo 272** que parecería modificar las causales y que extiende, sin lugar a duda, el ámbito de aplicación de la extinción de dominio prevista en la actualidad solo para predios rurales a los predios urbanos.

El análisis a profundidad de estos cambios escapa al objetivo de este artículo. Sin embargo, sí es importante resaltar lo que tienen en común: establecen cargas y costos adicionales para los titulares del derecho de propiedad que en la actualidad no existen y amplían el espectro de las limitaciones al derecho de propiedad hasta ahora vigentes en nuestro ordenamiento. Al analizar estas cargas y costos adicionales desde la perspectiva de los inversionistas extranjeros, se evidencia como, su simple inclusión, puede derivar en posibles conflictos a la luz del estándar de protección de TJE incluido en los AII vigentes.

En efecto, aunque los tribunales arbitrales han reconocido que cada Estado dispone de un derecho innegable a ejercer sus poderes legislativos y reglamentarios, también han considerado que los cambios en dicho marco equivaldrían a una violación de las expectativas legítimas de los inversionistas extranjeros "*en caso de un cambio drástico o discriminatorio*"³³ o "*modificaciones irrazonables*"³⁴

De esta manera, opinamos que sería conveniente que el Ministerio de Justicia junto con el Ministerio de Comercio, Industria y Comercio y la Agencia de Defensa Judicial del Estado den

³³ Toto Costruzioni Generali v. La República del Líbano, Caso CIADI No. ARB / 07/12, Premio, 7 junio 2012, p.62

³⁴ Impregilo v. La república argentina, Caso CIADI No. ARB / 07/17, Premio, 21 junio 2011, p. 68

inicio a un estudio profundo de los posibles riesgos de litigiosidad, en el marco de la política de protección del daño antijurídico que lidera esta última.

Incluso, aun antes de iniciar dicho análisis, cabe preguntarse: ¿vale la pena reemplazar la estabilidad que nos brinda nuestro Código Civil actual para iniciar, con uno nuevo, el camino largo, oscuro y fortuito de la incertidumbre? Nuestra respuesta, desde una primera aproximación, es que no.

Por eso creemos que debería “ponerse en pausa” el trámite de este Proyecto mientras se estudian y analizan todos los efectos que podría producir en nuestro ordenamiento jurídico, en particular, los de la inclusión de los artículos acá mencionados. De lo contrario, por lo menos en lo que a las obligaciones consagradas en los *AII* concierne, estaríamos ante la *crónica de muchas demandas anunciadas*

III PARTE

OBLIGACIONES Y CONTRATOS

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

Fabrizio 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 económicas³⁵.

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.

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

³⁵ 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*”.

tercero, llámese Estado -ya sea a través de decisiones centralizadas³⁶ o bien descentralizadas³⁷ - o mercado³⁸.

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 valor³⁹ 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 urbana⁴⁰- y evitar comportamientos que atenten contra la libre competencia. Hay, sin embargo, algunas disposiciones especiales⁴¹ 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 aplica⁴².

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 contratantes⁴³, quienes, en principio, tienen la carga de informarse y velar por sus propios intereses⁴⁴. 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.

³⁶ Una economía centralizada en la cual el Estado mismo determina los precios de los intercambios voluntarios es el fundamento de la doctrina comunista.

³⁷ 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.

³⁸ 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.

³⁹ Por el contrario, la redacción del artículo 102 del proyecto de reforma bien podría dar lugar a su sanción.

⁴⁰ Véanse los artículos 18 y 20 de la ley 820 de 2003.

⁴¹ Aunque, en algunos casos, el discurso de la jurisprudencia pretende considerarlas “principios generales”. Véase: C.S.J. Cas. Civ. 13/12/1988. M.P. Pedro Lafont Pianetta. *G.J. CXC*, N° 2431, p. 306.

⁴² 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. William 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. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

⁴³ 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. Rodrigo Escobar Gil.

⁴⁴ Véase: C.S.J. Cas. Civ. 21/2/2012. M.P. William Namén Vargas. Exp. 11001-3103-040-2006-00537-01.

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 “*El cumplimiento de la obligación podrá exigirse judicialmente siempre que sea posible y no excesivamente onerosa para el deudor, contrarie la buena fe comercial o afecte la situación personal del deudor*” (art. 576). En este orden de ideas, sería el juez quien 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 podría hacerlo, puesto que el proyecto también le permite al juez concederle al deudor plazos adicionales (art. 576)⁴⁵.

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

⁴⁵ Regla completamente opuesta a la del inciso segundo del artículo 1551 del Código Civil.

acuerdos, todo dentro de los límites del orden público y las buenas costumbres (art. 16 C.C.)⁴⁶. 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 anidaban”⁴⁷.

Bogotá, septiembre de 2020

⁴⁶ 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*”. In Aristóteles. *Ética a Nicómaco. Ética a Eudemio*. Trad. Julio Pallí. Ed. Gredos, Barcelona, 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”. Saint Thomas d’Aquin. *Somme théologique. La justice. Tome premier*. Trad. M.S. Gillet. Ed. Société Saint Jean l’Évangéliste. Desclées, París, 1932, p. 91.

⁴⁷ Carbonnier, Jean. *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*. Ed. LGDJ, París, 1998, p. 221.

COMENTARIOS AL LIBRO III, DE LAS OBLIGACIONES

Édgar Augusto Ramírez Baquero

(1) Comentarios al artículo 432

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.

Comentarios.

a. Sugiere este artículo que la obligación es una especie de deber. Eso no es así. La obligación es una especie de imperativo jurídico, junto con los deberes y las cargas.

La obligación, en lo fundamental, se diferencia de los deberes, en que aquella cuenta con el atributo de la ejecución coactiva, lo que no pasa con los deberes.

La obligación es una relación jurídica entre un acreedor y un deudor, sobre una prestación que, en caso de no ser ejecutada, queda el acreedor autorizado para hacer efectivas las incidencias del incumplimiento sobre el activo embargable del deudor.

b. La prestación no tiene que ser determinada. Basta con que sea determinable.

c. Aborda la norma la diferencia básica que existe entre la prestación y el interés de cumplimiento del acreedor. En la literatura está claro que, mientras que la prestación debe ser siempre susceptible de estimación en dinero (requisito de patrimonialidad de la prestación), no pasa otro tanto con el interés que el acreedor pretende que le sea satisfecho mediante la ejecución prestacional, el cual puede o no ser patrimonial.

El artículo solamente aborda lo referente al interés de cumplimiento del acreedor. Nada dice sobre la patrimonialidad de la prestación.

No está de más memorar el artículo 1.174 del Código Civil Italiano, que magistralmente sienta esta distinción, así: “*La prestación que constituye el objeto de la obligación debe ser susceptible de valoración económica y debe corresponder a un interés del acreedor, así no sea patrimonial*”.

d. Tácitamente este artículo se ocupa de uno de los requisitos de la prestación: la patrimonialidad. Pero en nada se ocupa de los otros: posibilidad, determinabilidad y licitud.

Una nueva codificación civil ofrece la ocasión para regular algunos detalles que sobre los llamados “requisitos prestacionales” demandan pronunciamiento legislativo. No es correcto que para se remita a las reglas en materia de objeto negocial o contractual. Si bien tienen muchas aristas en común, no las comparten todas, porque una cosa es la prestación y otra el objeto negocial o contractual.

(2) Comentarios al artículo 434

Artículo 434. *Las obligaciones nacen de los contratos, de las declaraciones unilaterales de voluntad, de los hechos ilícitos dolosos y culposos, y de los no culposos en los casos previstos por la ley, del enriquecimiento sin causa y de aquellos hechos o situaciones idóneos para producirlos de acuerdo con la ley.*

El tema que atañe con la identificación de los hechos jurídicos de los cuales emergen relaciones obligatorias ha sido desde el Derecho Romano Clásico fuente de discusiones. Es un asunto tan arduo, que a todo lo largo y ancho de la literatura y la legislación se encuentran definiciones apropiadas.

No es bueno que el proyecto incurra en ese tinglado. No es tampoco necesario que se adopte una posición con respecto al tema.

(3) Comentarios generales al Libro III (De las Obligaciones), Título I (Nociones Generales), Capítulo I (Contenido y clases de las obligaciones), Número Dos (2) (Obligaciones civiles o naturales).

a. La terminología que se utiliza está superada en el estado actual del Derecho de las Obligaciones, que ha desestimado alocuciones tales como obligaciones civiles, obligaciones naturales y acción; para ser relevadas por las siguientes: obligaciones perfectas, obligaciones imperfectas y pretensión.

Curiosamente, en el artículo 470, en punto del patrimonio del deudor como entidad de respaldo de la relación obligatoria, sí se habla de obligación imperfecta.

La terminología que el proyecto utiliza cuadra perfectamente al contexto del Derecho Romano Clásico, en el cual, era lo cierto que el pretor podía al acreedor de una *obligatio naturalis* negar la redacción de la fórmula de la acción.

b. Correctamente comprendida la condición de las obligaciones imperfectas, con ellas lo que acontece es que no dotan al acreedor de una pretensión con base en la cual exigir su cumplimiento. No es un asunto que atañe con el derecho de acción, tal como ha sido elaborado en la Teoría General del Proceso.

c. En punto de los efectos que ocasiona el carácter imperfecto de una obligación, haría bien el proyecto en referirse a estos dos: **i.** El acreedor de obligación imperfecta, demandado por su deudor para el pago de una obligación perfecta, puede oponer la suya en compensación, solución de la habla el Digesto, en D.16.2.6. **ii.** Pueden ser materia de novación.

(4) Comentarios pertinentes al Libro III (De las Obligaciones), Título I (Nociones Generales), Capítulo II (Obligaciones alternativas, facultativas y de género).

- a. No hay alusión alguna a las obligaciones de prestación conjunta, que lo son aquellas en que el deudor debe varias prestaciones conjuntamente, vale decir, son todas debidas y por ende el pago solo es completo cuando todas son ejecutadas.
- b. La facultad de elegir es transmisible. Circula *mortis causa* a los herederos de quien está llamado a elegir, salvo que el llamado a hacerlo sea un tercero.
- c. Debe declararse que tiene ocasión un evento de pago de lo no debido, en la obligación alternativa, si estando llamado a elegir el deudor, la elección la hace el acreedor. También que, si erróneamente el deudor ejecuta todas las prestaciones, procede la devolución de todas ellas, menos una, a elección de aquel llamado a elegir.
- d. Pertinente es que se apunte que, en la obligación alternativa no hay pluralidad de vínculos jurídicos y que, por ello, cualquier hecho jurídico sobreviniente que lo afecte compromete la existencia de la obligación.
- e. Llama la atención la parte final del artículo 440, según el cual, “*En caso de duda, sobre si la obligación es alternativa o facultativa, se tendrá por alternativa*”.

La solución por la cual se inclina la regla se aparta del principio *favor debitoris*, conforme al cual en todo escenario de duda ella ha de resolverse a favor del deudor. Sucede que, siendo para el deudor más favorable que se opte por la facultatividad, al volcarse esta regla por la alternatividad, se opta por lo más gravoso para él.

(5) Comentarios al artículo 441.

Artículo 441. *Obligaciones de género son aquellas en que se debe indeterminadamente un individuo de una clase o género determinado.*

Comentarios.

- a. La definición no hace alusión, siendo rasgo característico de la obligación de género, a la cantidad de individuos que indeterminadamente son debidos. En efecto, si la cantidad no es determinada o determinable, la prestación no satisface el requisito de determinabilidad y por ende no nace obligación.
- b. Lo debido genéricamente no es siempre un individuo. Pueden serlo varios. Una definición que se superponga a estos comentarios puede ser la siguiente: *Obligaciones de género son aquellas en que se debe una cantidad determinada o determinable de individuos de una clase o género precisado.*

(6) Comentarios al artículo 442.

Artículo 442. Quien debe una cosa determinada solo según el género, ha de entregar una cosa de clase y calidad media, según las circunstancias que dieron origen a la obligación.

La pérdida de algunas cosas de género no extingue la obligación, y el acreedor no puede oponerse a que el deudor las enajene y destruya mientras subsistan otras para el cumplimiento.

Comentarios.

También debe destacarse que, en la obligación de género, el acreedor no puede pretender la entrega de un individuo determinado del género correspondiente; y que, si lo hace, incurre en *plus petitio causa*.

(7) Comentarios al artículo 443.

Artículo 443. Obligaciones de cuerpo cierto son aquellas que recaen sobre cosas individualizadas, diferenciables de cualquiera otra.

Comentarios.

Inevitable proponer que aborde este artículo el tema de los riesgos, esto es, de la extinción fortuita y sobreviniente de la especie debida.

Ahora que aludimos a la temática de los riesgos, destacamos que el proyecto no contiene una normativa general y orgánica que para el Derecho de las Obligaciones regule la problemática del reparto de las consecuencias de la imposibilidad sobreviniente de ejecución de la prestación.

Esto sí que sería novedoso en el derecho comparado y útil, pues son muchos los problemas interpretativos que de ello resultan, pues el código de Bello solamente lo aborda de modo casuista, a propósito de algunos tipos contractuales.

(8) Comentarios al artículo 444.

Artículo 444. Las obligaciones dinerarias serán exigibles en su valor nominal.

Por disposición legal o por convención entre las partes se puede pactar la indexación de la obligación, que en ausencia de índice aplicable será el de precios al consumidor.

Comentarios.

La norma, privilegiando el principio de seguridad jurídica, contra la tendencia de los últimos tiempos adopta el llamado principio nominalista (nominalismo monetario), que en la jurisprudencia de la sala civil de la Corte Suprema de Justicia se encuentra reducido sustancialmente en su aplicación. Eso sí, la regla que se comenta da paso a excepciones, basadas en la ley y en acuerdo de las partes.

Así concebido este dispositivo legal, la pregunta es: ¿hay o no espacio para que la jurisprudencia, como lo venido haciendo desde la década de los setentas del siglo pasado, de paso al principio valorista (valorismo monetario)?

(9) Comentarios al artículo 445.

Artículo 445. *Las obligaciones pueden pactarse en cualquier moneda que autorice la ley, pero su pago podrá hacerse en la moneda que tenga curso legal a la tasa de cambio vigente a la fecha de contraerse la obligación o la que se pacte, sin perjuicio del régimen cambiario vigente.*

Sin embargo, el pago puede realizarse en otra moneda si la obligación proviene de un contrato internacional o de una sentencia extranjera reconocida.

Comentarios.

a. Aborda este artículo un tema propio del régimen de los cambios internacionales, cuya regulación prioritariamente corresponde a esta normativa. Así está reconocido en la propia coda del párrafo primero (1°), que a él remite y al cual claramente le brinda preferencia. De esta manera, ¿para qué este artículo?, ¿no es mejor que, en punto de la moneda de pago simplemente se remita al régimen de los cambios internacionales?

b. El párrafo segundo (2°) viene concebido como una excepción. La pregunta que suscita es, ¿excepciona a la regla del párrafo primero (1°), o a su excepción?

c. La regla que maneja el párrafo primero (1°) enseña que las obligaciones en moneda extranjera son facultativas, pues el deudor puede pagar en la divisa pactada, pero cuenta a su favor con el derecho de extinguir el débito dinerario pagando con moneda colombiana.

Dicha fórmula no es nueva en el régimen colombiano de los cambios internacionales y ha probado su inutilidad, porque en el comercio internacional es impracticable que los residentes en el exterior admitan en pago el peso colombiano, una unidad monetaria sin prestigio alguno en los negocios internacionales y que no hace parte de la canasta de divisas que los empresarios del mundo aceptan para sus transacciones externas.

(10) Comentarios al artículo 446.

Artículo 446. *En las obligaciones dinerarias en que se convengan intereses, éstos no podrán exceder del interés bancario corriente certificado por la autoridad competente aumentado en su mitad, sin perjuicio de las normas especiales.*

Cuando se exceda del máximo permitido deberá reducirse a ese tope, y lo cobrado en exceso se imputará a capital; y una vez extinguido el capital pueden ser repetidos.

Para calcular el tope a que se refiere este artículo, la indexación se considerará como factor y parte integrante del monto de los intereses.

Comentarios.

a. Encontramos muy bien intencionado e interesante este artículo. En especial esa solución que se brinda al exceso en el cobro de intereses: abono al capital y en subsidio devolución al deudor. Con todo, hay espacio para que sea mejor esta regla, como pasa a acreditarse.

b. Es de capital importancia delinear la distinta naturaleza jurídica y económica que ostentan el rendimiento del capital y la indexación. En tanto que aquéllos constituyen enriquecimiento para el acreedor, esta última no lo es, porque se limita a preservar para este sujeto el poder adquisitivo de la suma debida de manera que por su virtud el pago de la prestación dineraria sea completo. Por lo anterior, no es consistente el párrafo final, que atina a que el reajuste monetario se compute como intereses, para efectos de control de topes. Nos parece que la idea correcta que subyace a ese párrafo es que cuando se cobren tasas de mercado, como lo es la bancaria corriente, a los intereses no se acumule la indexación, pues tales tasas ya consignan el componente inflacionario. Por ello, pensamos que ese párrafo quedaría correctamente redactado, del siguiente modo: “...*Cuando el acreedor haya de percibir intereses liquidados con base en una tasa de mercado, como la bancaria corriente, a los intereses no podrá acumularse indexación*”.

c. No está de más que quede claro que este artículo aplica solamente al interés remuneratorio, salvo, desde luego, el último párrafo, que debe aplicar igualmente al moratorio.

(11) Comentarios al artículo 448.

Artículo 448. *En las obligaciones mercantiles cuando deban pagarse réditos de capital se entiende pactado el interés bancario corriente ordinario certificado por la autoridad competente, salvo estipulación en contrario.*

En las obligaciones civiles no se entienden intereses de plazo. Cuando deban pagarse será del 6% anual, salvo estipulación de las partes.

En las demás materias se aplicarán las normas especiales y, en su defecto, las reglas civiles.

Comentarios.

Por el tema que aborda esta regla, convendría que preceda a la que el proyecto consigna en el artículo 446.

(12) Comentarios al artículo 449.

Artículo 449. *Los intereses moratorios en materia mercantil serán equivalentes al interés bancario corriente ordinario certificado por la autoridad competente aumentado en su mitad.*

En materia civil será del 9% anual, salvo que el pacto de intereses de plazo sea superior, caso en el cual se siguen debiendo estos últimos.

En las demás materias se aplicarán las normas especiales dentro de los límites de lo pactado.

Comentarios.

a. Con el fin de evitar dificultades interpretativas, es del caso aclarar si esa tasa del interés moratorio es el tope que las partes pueden pactar por este concepto o si imperativamente aplica en todos los casos, sin que haya espacio para un acuerdo de tasa por las partes.

b. No tiene sentido que la tasa del interés moratorio mercantil sea la misma del remuneratorio. No cuadra al sentido común que la infracción del débito prestacional dinerario no tenga consecuencias en el marco de la tasa del interés. Esta solución desestimula el cumplimiento de esta clase de prestaciones.

(13) Comentarios al artículo 450.

Artículo 450. *No se deben intereses sobre intereses, excepto cuando:*

1. *Una cláusula expresa autorice la acumulación de intereses causados al capital, o un acuerdo posterior al vencimiento lo reconozca, siempre que se trate de intereses debidos, por lo menos, con un año de anterioridad;*
2. *Judicialmente se demande la obligación con intereses debidos, por lo menos, con un año de anterioridad; en este caso, la acumulación opera desde la fecha de la notificación del auto admisorio de la demanda; y*
3. *Disposiciones legales prevean la acumulación.*

a. Trata del anatocismo o composición de intereses; figura que jurídica y financieramente es distinta a la capitalización de intereses. Es deseable que se aproveche este artículo para abordar también la capitalización de intereses y dejar trazada la diferencia entre ambas figuras, de común confusión.

b. ¿Qué significa eso de “causados al capital”? ¿significa que se agregan al capital? Si se trata de lo último, la situación es de capitalización de intereses.

c. El numeral segundo (2º) reproduce el actual artículo 886 del Código de Comercio, sin que se aclaren las dudas interpretativas que este último ha suscitado. En particular, hay que precisar si la fecha de notificación del auto admisorio de la demanda es el momento a partir del cual comienza la composición de réditos o si esta composición se remonta hacia el pasado, por un año.

(14) Comentarios al artículo 451.

Artículo 451. *Si varios deben una prestación, de manera que cada uno está obligado a ejecutarla en su totalidad, el acreedor puede, a su arbitrio, exigir la prestación de cualquiera de los deudores, en su totalidad o en una parte.*

Hasta el pago, todos los deudores se encuentran obligados solidariamente.

Comentarios.

a. Así como está descrita la obligación solidaria pasiva, en nada se diferencia de la indivisiblemente pasiva. En efecto, en la obligación indivisible también hay deudores plurales y un deber de prestación por el todo.

La distintividad entre una y otra la marca la naturaleza de la prestación, que es susceptible de fraccionamiento en la solidaria, lo que no pasa en la indivisible.

b. El artículo sugiere que cuando la deuda es solidariamente pasiva el acreedor puede seleccionar a un deudor para perseguirle para el pago, descartando que pueda demandar a varios o a todos, lo cual es un rasgo esencial en la solidaridad pasiva.

c. No se mencionan las fuentes de la solidaridad (ley, testamento, negocio jurídico convencional), como sí lo hace el artículo 1.568 del Código Civil vigente; como tampoco de los principios rectores de ella (pluralidad de vínculos y unidad de prestación), de lo cual trata el artículo 1.569 de la misma codificación.

(15) Comentarios al artículo 453.

Artículo 453. *El pago hecho por un deudor solidario aprovecha a los demás deudores. Lo mismo procede en relación con cualquier otro medio de pago, como la novación, la dación en pago, o la consignación conforme a la ley.*

El deudor solidario no puede compensar el crédito de uno de los codeudores contra el acreedor, si el codeudor no le ha cedido su derecho.

La remisión pactada entre el acreedor y un deudor solidario aprovecha a los demás deudores en relación con la parte de la obligación que quiso extinguirse.

Comentarios.

a. En el párrafo primero (1o) a la novación, la dación en pago y la consignación se les considera hechos jurídicos solutorios. De ellos solamente el último comporta cumplimiento de la prestación debida. Los otros no.

b. Hace falta un texto que consigne la regla actualmente vertida en el artículo 1.577 del Código Civil vigente, que indica qué excepciones puede oponer al acreedor el deudor solidario perseguido para el pago: las reales y las personales suyas.

(16) Comentarios al artículo 456.

Artículo 456. *Si varios acreedores están facultados para exigir una prestación de manera que cada uno la pueda pretender en su totalidad, el deudor puede pagar a cualquiera de los acreedores. Esto vale aunque uno de los acreedores haya demandado al deudor.*

Comentarios.

La coda del artículo rompe con una inveterada tradición, que el Código Civil en uso recoge en su artículo 1.570, cual es que, en la solidaridad activa el deudor puede pagar a cualquiera de los acreedores, a menos que intervenga demanda de uno de ellos, caso en el cual solamente podrá pagar al demandante.

De acuerdo con este artículo, ni siquiera interviniendo demanda de un acreedor pierde el deudor la facultad de elegir.

En derecho romano, que es de donde proviene la lógica solución del artículo 1.570 del Código Civil vigente, ella se colegía del hecho de que, al trabarse la *litis contestatio*, por razón de sus efectos transformativo novatorio y fijador, la relación sustancial quedaba definitivamente establecida entre el acreedor demandante y el acreedor común.

Modernamente, la regla del multicitado artículo 1.570 del estatuto civil se explica porque establecida la relación procesal entre el acreedor que demanda y el deudor común, el principio de unidad de prestación, cardinal en la solidaridad, concentra la prestación en estas personas, de manera que no existe otra que pueda ser pagada a un acreedor que no haya demandado.

En suma, esa solución por la cual opta este artículo, ciertamente exótica, carece de acople con los principios rectores de la solidaridad y solamente creará caos y desorden en materia de solidaridad activa.

(17) Comentarios al artículo 462.

Artículo 462. *La obligación es divisible o indivisible según tenga o no por objeto una cosa susceptible de división, sea física, intelectual o de cuota.*

Este artículo replica los tradicionales criterios de indivisibilidad obligacional que el antiguo derecho francés esbozó en la materia. Son ellos, el físico o naturalístico y el cuotativo; los cuales probadamente han creado un enorme caos en la literatura y unas enormes dificultades en su aplicación.

Los códigos más modernos han abandonado esos criterios y han optado por un muy sencillo, de corte funcional: la obligación es indivisible cuando un pago parcial o fraccionado frustra el interés de cumplimiento del acreedor.

Repárese en que en el artículo 1.583-5 ya se alude al criterio correcto. No luce aconsejable que la reforma al derecho colombiano de obligaciones no se aproveche para modernizar sus instituciones.

(18) Comentarios al Capítulo VI (Obligaciones de medio y resultado) – artículos 465 y 466.

Artículo 465. *Las obligaciones son: de medio, cuando la obligación consista en el deber de emplear los mejores esfuerzos en la ejecución de la prestación, con la diligencia que pondría, en circunstancias similares, una persona de la misma condición.*

De resultado, cuando una de las partes se obliga a alcanzar un fin específico.

Artículo 466. *Para la determinación de la obligación de medios o de resultado se tendrán en cuenta, en otros factores, los términos en los que se describe la prestación en el contrato y el riesgo que suele estar involucrado en la prestación.*

En caso de duda razonable, se entenderá que la obligación es de medio.

Comentarios.

a. Aborda, a nuestro parecer, las más importante de todas las clasificaciones de las obligaciones: las obligaciones de acuerdo con la extensión del programa prestacional. Por ello, es en extremo conveniente que este capítulo sea de muy buena confección.

b. La obligación jamás puede consistir en un deber. Por ello, no puede definirse la obligación de medios como “...aquella que consista en el deber de...”. Obligaciones y deberes jurídicos son imperativos totalmente distintos, que no pueden ser bajo ningún respecto confundidos.

c. El estándar adecuado para definir la extensión del programa prestacional en la obligación de medios no pueden ser las circunstancias subjetivas del deudor y en conjunto circunstancial en que se encuentre. El parámetro debe serlo el estado de la ciencia y del arte que gobierna la actividad o hacer a cargo del deudor. Téngase presente que obligaciones de medio solamente las hay en el campo de las obligaciones de hacer. Con base en esa *lex artis* es que se analiza si el deudor hizo o no todo lo que era practicable realizar, en orden a la satisfacción del interés de cumplimiento del acreedor.

d. A los que menciona el artículo 466 como criterios para definir cuándo una obligación es de medios y cuándo de resultado, hay que añadir otro que es capital importancia en la materia: la mayor o menor probabilidad, de acuerdo con parámetros objetivos, de que se satisfaga el interés de cumplimiento del acreedor. En la medida en que esa conquista es de menores probabilidades la obligación es de medios o actividad.

(19) Comentarios al Capítulo VIII (El patrimonio del deudor como garantía del pago de la obligación)

Artículo 470. *La obligación, excepción hecha de las imperfectas o naturales, da al acreedor el derecho de perseguir su ejecución sobre los bienes del deudor, sean presentes o futuros que lleguen a existir.*

La persecución de bienes del deudor, para el pago de la obligación, se realizará dentro de los límites y según las reglas procesales vigentes.

Artículo 471. *El acreedor se encuentra legitimado para hacer valer los derechos que el deudor tenga frente a terceros en el caso de que descuide o haya descuidado ejercitar, siempre que tenga contenido patrimonial y no se trate de derechos que por su naturaleza familiar o por disposición de la ley solo puedan ejercitarse por su titular.*

Comentarios.

a. El patrimonio del deudor no es garantía. Las garantías son relaciones jurídicas que autorizan al acreedor para dirigir su pretensión de cumplimiento sobre puntuales bienes del deudor o sobre elementos del patrimonio de un tercero. La función que realmente cumple el activo embargable del deudor es la de respaldo de los efectos de las obligaciones, en especial la ejecución coactiva y el resarcimiento de daños derivados de la infracción prestacional.

b. En el patrimonio del deudor hay activos y pasivos. Estos últimos no cumplen función alguna de respaldo. Los que respaldan son los activos. Por ende, la expresión correcta es: el activo embargable del deudor como respaldo de las obligaciones a su cargo.

c. El activo embargable del deudor cumple esta función de respaldo no solo en función de la pretensión de cumplimiento in natura. También con respecto a la pretensión de resarcimiento de daños.

(20) Comentarios al artículo 472.

Artículo 472. *El contrato es un acuerdo expreso o implícito de dos o más partes 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.*

Cada parte puede integrarse de una o varias personas.

En su negociación, celebración y ejecución las partes deben obrar de buena fe y con la lealtad y la colaboración razonablemente esperada.

Salvo pacto en contrario, disposición legal o por la naturaleza del contrato, las partes contratantes podrán subcontratar con un tercero la ejecución de las obligaciones de su posición contractual derivada de aquél, sin perjuicio del derecho del contratante principal de ejercer acción directa contra el subcontratado.

Comentarios.

a. Se nota al rompe que en el primer párrafo del artículo 472 se han querido fusionar las nociones de contrato provenientes del Cuerpo del Derecho Civil Justiniano, que lo comprende como un acuerdo generador de obligaciones (Código Civil Colombiano, artículo 1.495), y la del artículo 1.321 del Código Civil Italiano, recogida en el artículo 864, que por tal entiende todo acuerdo sobre un asunto de contenido patrimonial; fusión que no es procedente, porque se trata

de conceptualizaciones incompatibles, irreductibles. El contrato es una de estas cosas, o es la otra, pero no ambas a un mismo tiempo.

b. Las alocuciones expreso e implícito no son antónimas, como las presenta el artículo. A lo expreso se opone lo tácito y a lo explícito lo implícito.

c. A esa pretensión directa que en el ámbito de la subcontratación se concede a las partes contra el subcontratante de su contraparte contractual conviene que le sean hecha la siguiente puntualización, a saber: ¿a qué pretensión se refiere? ¿cumplimiento, resarcimiento, resolutoria, todas ellas?

(21) Comentarios al artículo 473.

***Artículo 473.** El contrato es consensual cuando se perfecciona por el solo consentimiento, y constituye la regla general; y el contrato es solemne cuando el perfeccionamiento está sujeto a la observancia de determinadas formalidades, siempre que la ley expresamente lo exija o las partes convengan en ello.*

Comentarios

Consensual no es vocablo que describa alguna forma negocial. Decir que se trata de contratos que se forman por el mero consenso no evoca ninguna forma negocial. Por lo demás, consentimiento, que es la palabra de la cual deriva la alocución consensual, es un elemento que existe en todo contrato, luego no puede ser distintivo de algún grupo contractual en particular.

(22) Comentarios al artículo 474.

***Artículo 475.** El contrato es principal cuando subsiste por sí mismo sin necesidad de otro, y accesorio cuando tiene por objeto asegurar el cumplimiento de una obligación principal de manera que no puede subsistir sin ella.*

Comentarios.

a. La clasificación que diferencia entre contratos principales y contratos accesorios está superada en el Derecho de Contratos. Todo contrato tiene su propia estructura y causa función y por ende en sí mismo en principio y fin. La idea que subyace en esta tradicional clasificación hoy en día puede expresarse de otra manera: hay contratos que están en dependencia funcional con otros. Eso no los hace accesorios, sino funcionalmente conectados los unos con los otros.

b. La idea de accesoriedad contractual aparece circunscrita a los contratos de garantía. Al comprenderse que el asunto de lo que trata es de la conexidad funcional entre varios contratos, queda claro que ella no solamente existe en tratándose de los contratos de garantía.

(23) Comentarios al artículo 480.

***Artículo 480.** El contrato es típico o atípico, según que sea nominado y sus elementos se encuentren regulados de forma integral y sistemática por la ley, por el uso y la costumbre.*

Comentarios.

a. Muy interesante artículo. Aborda con éxito la ardua distinción entre contratos típicos y atípicos. Con todo, para que sea de mejor comprensión esta distinción, es basilar que en otro artículo se distinga entre contratos nominados en innominados, distinción de la cual es dependiente la que se comenta, por la manera como está redactado el artículo en comentario.

De otro lado, le convendría a esta regla que se le adición apuntando, como lo hace la doctrina italiana, que la tipicidad puede ser legal o social. Lo primero, cuando el marco regulador del contrato se encuentra en la ley y lo segundo cuando en los usos del tráfico.

Artículo 481. *La oferta o propuesta deberá contener los elementos esenciales del contrato, ser comunicada al destinatario determinado o indeterminado por cualquier medio adecuado para hacerlo conocer y revelar la intención de querer obligarse.*

La oferta puede ser revocada hasta antes de que se haya enviado la aceptación, salvo que se haya dispuesto que es irrevocable o ésta se infiera de sus condiciones.

El destinatario podrá exigir la indemnización de los perjuicios causados por la revocación de mala fe.

Comentarios.

a. Se incurre en la misma impropiedad que acusa el artículo 845 del vigente Código de Comercio, cual es asimilar las nociones de oferta y propuesta, que conviene diferenciar en términos de género y especie, siendo genérica la alocución propuesta y específica la noción de oferta.

b. La oferta siempre debe tener un destinatario determinado. Si es indeterminado no es oferta, es policitud. El artículo incurre en el dislate de considerar que hay oferta aun cuando hay indeterminación de destinatario.

c. La norma se inclina por la postura que admite la revocabilidad de la oferta, admitiendo excepciones. Es este un tema arduamente discutido en la literatura. Lo cierto es que la postura que defiende esta revocabilidad no está en consonancia con los requerimientos de seguridad del tráfico jurídico y por ello no es la tendencia aceptada en los códigos de reciente expedición, los cuales privilegian el principio de seguridad. Esta norma generará una proliferación de reclamos basados en la responsabilidad durante las tratativas.

d. El derecho al resarcimiento del daño por violación del interés de confianza o negativo contractual está condicionado a que la revocatoria sea de mala fe, esto es, efectuada con mala intención.

Esta fórmula agrava aún más la insegura situación del destinatario de la oferta, pues la prueba de esa mala fe a él concierne. En la literatura mejor concebida, la pretensión de resarcimiento no depende de lo anterior, sino de la ausencia de un motivo justo que haga comprensible o razonable esto tan delicado de revocar.

e. La oferta, como todo negocio jurídico, no contiene elementos. Contiene contenidos. Se incurre en el mismo defecto que acusa el artículo 845 del Código de Comercio.

En resolución, el tratamiento que a materia tan delicada brinda este artículo nos resulta en extremo desacertado y será fuente de abusos y lesiones para las personas, lo que a su turno amentará la enorme litigiosidad que ya existe en este campo.

(24) Comentarios al artículo 483.

Artículo 483. *La oferta pública de mercaderías con indicación del precio a través de prospectos, circulares, propaganda escrita, exhibición en mostradores o sitios web, o cualquier otra especie similar, serán obligatorias mientras no sean revocadas por la misma forma e intensidad en que se divulgaron o hasta que se extinga la fecha señalada para su vigencia*

Comentarios.

a. En derredor de la oferta no puede plantearse ese debate en punto de si es o no obligatoria. De suyo va que no lo es, pues jamás crea obligaciones. En este punto la literatura y la legislación comparadas han creado un verdadero galimatías, al proponer el debate en torno a un supuesto carácter obligacional de la oferta. La cuestión es otra: ¿es la oferta estable o inestable?, ¿puede o no mantenerse firme frente a la revocatoria de oferente, la muerte del oferente o su caída en incapacidad? Acorde con el ya comentado artículo 481 está claro que la oferta es inestable y sucumbe frente a la revocatoria del oferente.

A propósito, no leemos en este articulado postura alguna en torno al problema de estabilidad de la oferta, frente a la muerte y la caída en incapacidad del oferente; hechos jurídicos que en la literatura suelen denominarse casos de caducidad de la oferta.

Este artículo aborda el tema de la estabilidad de la oferta pública, *rectius*, estabilidad de la oferta pública.

b. No puntualiza la norma qué es oferta pública. Esta precisión es fundamental, pues siendo una figura intermedia entre la oferta y la policitación, esta última tampoco conceptualizada, es del caso que se identifiquen sus rasgos tipificadores y de esa manera no se confundan estas tres figuras.

c. El modo extintivo natural y corriente de las ofertas públicas no se menciona. No es otro que el agotamiento de los bienes o servicios públicamente ofrecidos.

(25) Comentarios al artículo 484.

Artículo 484. *La aceptación debe hacerse en el plazo fijado; en su defecto, en el de ocho días contados a partir de su recepción. Una oferta verbal debe aceptarse inmediatamente. La aceptación tardía surtirá efectos como aceptación si el oferente, sin demora injustificada, informa de ello al destinatario o lo notifica en tal sentido.*

Puede ser expresa o tácita. La tácita debe manifestarse por un hecho inequívoco de ejecución del contrato propuesto que es dado a conocer a su destinatario.

El silencio no vale como aceptación, sino en los casos en que teniendo en cuenta las circunstancias existentes entre las partes o la profesión de una de ellas, la oferta implica aceptación expresa.

La aceptación que modifica la oferta, vale como nueva oferta.

La respuesta a una oferta que pretende ser una aceptación, pero contiene términos adicionales o diferentes que no alteren sustancialmente los de la oferta constituye una aceptación a menos que el oferente, sin demora injustificada, objete tal discrepancia. De no hacerlo así, los términos del contrato serán los de la oferta con las modificaciones contenidas en la aceptación.

Comentarios.

a. Como no siempre el oferente fija un plazo de vigencia a su oferta y por eso debe aplicarse el supletivo legal, no es correcto que se diga que la aceptación debe producirse en el plazo fijado. Nos resulta mejor que se escriba que la aceptación debe ocasionarse dentro de su periodo de vigencia.

b. El artículo alude a ofertas verbales, para decir de ellas que su vigencia es efímera y que por ende han de aceptarse en el acto.

En verdad este tratamiento no solo debe aplicar a ofertas verbis. También debe serlo siempre que el ofrecimiento se haga por medio comunicacional que permita interacción inmediata entre oferente y destinatario; lo cual evidencia que la forma escrita o verbal no es la consideración de la

cual dependa el plazo legal de vigencia de la oferta, sino el tipo de medio comunicacional, según que habilite una comunicación en tiempo real o no.

c. Ese lenguaje prevalido de palabras como expreso y tácito, al cual ya nos hemos referido, solamente crea confusión, pues no identifica verdaderas formas negociales.

d. Es incomprensible que una aceptación tardía contribuya a la génesis de un consentimiento. Una aceptación extemporánea, acorde con el sentido común, solo puede ser una nueva oferta, que el oferente inicial puede o no aceptar. Entonces, ante una aceptación fuera de tiempo, pronunciada sobre una oferta que el destinatario dejó perder vigencia, lo que dicta el sentido común es que, si al oferente le interesa el cierre del consenso, para qué resucitar esa oferta extinta, cuando basta con que acepte esa aceptación extemporánea, que en sí misma, se repite, es una nueva oferta.

e. El párrafo final es francamente incomprensible. La cuestión es simple: la aceptación es un acto de adhesión plena y total a la oferta. Luego, si contiene algo nuevo, distinto a lo ofrecido, no es tal, es una contraoferta.

En resolución, este artículo subvierte el sentido común de las cosas y solamente creará caos y confusión en un tema extremadamente delicado, que requiere de una regulación consistente.

(26) Comentarios al artículo 490.

Artículo 490. *El pacto de intención es un instrumento mediante el cual una parte, o todas ellas, expresan su voluntad para negociar sobre ciertas bases un futuro contrato. Tendrá la fuerza obligatoria de la oferta si cumple los requisitos del artículo 481, sin perjuicio de que las partes dispongan un alcance diferente.*

Comentarios.

a. Realmente meritorio que el proyecto se ocupe de los acuerdos de la órbita prenegocial, creados en los usos del tráfico bajo el influjo de las prácticas de negocios anglosajona.

En este artículo se ocupa de los acuerdos de intención. No vemos referencia ninguna a los memorandos de entendimiento (memorandum of understanding - MOU), también de uso frecuente. Se recomienda que de estos últimos también se ocupe el proyecto.

b. Es absolutamente desatinado que al acuerdo de intención se le atribuyan los efectos de una oferta. Estos acuerdos son verdaderos contratos, no son ofertas; luego, deben generar efectos contractuales, no los de una oferta. Su incumplimiento genera responsabilidad de la esfera contractual.

En el empeño de dar sentido a este artículo, podemos entender que, por su virtud, las partes no se obligan a perfeccionar el contrato que negocian. Eso es algo correcto, pues si de eso se tratará, esto es, del recíproco compromiso de contratar, estaríamos ante una promesa bilateral de contrato o simplemente promesa de contrato.

En resolución, nos resulta muy deficiente todo este capítulo destinado a la regulación del estadio prenegocial. Se adoptan soluciones abiertamente inconvenientes y antitécnicas, un lenguaje anticuado, superado con creces en la literatura; amén de lo incompleto de la regulación que, entre otros tópicos, nada se dice con respecto a los deberes y cargas precontractuales y otros muchos.

(27) Comentarios al artículo 492.

Artículo 492. *Todo contrato puede ser prometido.*

La promesa bilateral de celebrar un contrato deberá indicar sus elementos esenciales o la forma de determinarlos y señalar el plazo o condición que indique la fecha de su celebración; si no se pactare será de seis meses contado a partir de su celebración.

La promesa de celebrar un contrato solemne deberá constar por escrito. Cuando el negocio prometido deba celebrarse por escritura pública ésta se otorgará en la notaría que señalan las partes. Si no se hubiere indicado la notaría, la escritura se otorgará en la notaría primera o única que corresponda:

- 1. A la situación del inmueble;*
- 2. Al domicilio principal cuando se trate de promesa de sociedad; o*
- 3. Al lugar de celebración de la promesa, en los demás casos.*

Si en el lugar no hubiera notaría, la escritura se correrá en la que sea cabecera del respectivo círculo notarial, dándose aplicación al párrafo anterior, si hubiere varias.

Comentarios.

a. Es controversial que todo contrato pueda ser prometido. La literatura discute si los que no requieren de solemnidades pueden serlo. Hoy, a la luz del numeral cuarto (4°), del artículo 89, de la ley 153 de 1.887, fluye poderoso argumento en contra.

Respecto de prometer contratos no solemnes, la opinión de muchos, entre ellos Valencia Zea, no es favorable a la promesa de contratar contratos no solemnes. Razones de seguridad jurídica y probatoria no hacen aconsejable que un contrato que genera tanta litigiosidad, como el de promesa de contratar, pueda celebrarse respecto de contratos no solemnes.

b. La función preparatoria que cumple la promesa bilateral de contratar, de la cual resulta el imperativo de que sea efímero, hace sensato que las partes definan la época de perfeccionamiento del contrato prometido. Por eso cuando no lo hacen, luce razonable que se desate un especial motivo de nulidad. Se entiende que el legislador se empeñe en la conservación del negocio, por la vía de definir supletivamente esa época; pero resulta que esa condición efímera, está reñida con una fórmula supletiva de la voluntad de las partes, sobre quienes debe pesar la carga de puntualizar esa época.

(28) Comentarios al número cinco (5) (Responsabilidad en la formación del contrato) Capítulo I (Contratos y declaraciones de voluntad) – Artículos 496, 497 y 498.

Artículo 496. *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.

a. No está bien que temática tan relevante se aborde con base en un criterio casuista. La técnica que más conviene a un asunto tan delicado y variado en posibilidades es la del principio

general. Más conviene que se enuncie uno sobre responsabilidad prenegocial, o responsabilidad precontractual o responsabilidad por violación del interés de confianza. Así como está concebido el artículo, la doctrina tendrá que colegir de él una regla general.

Proponemos el siguiente texto: “*Quien, de cualquier manera, con violación de alguno de los deberes precontractuales, irroge daños a otro tratante durante el avance de unas tratativas, resarcirá al afectado los perjuicios que correspondan a su interés negativo contractual o de confianza. Esta responsabilidad civil también concernirá a aquel de los tratantes que, por una conducta suya, activa u omisiva, durante los tratos preliminares introduzca al negocio jurídico un vicio con base en el cual a la postre resulta ineficaz*”.

b. Con respecto a las situaciones puntuales con base en las cuales se aborda el tema de la responsabilidad prenegocial, hay que anotar:

- Del primer ejemplo, referente a la imposibilidad de ejecución de la prestación, hay que retirar lo referente a la que sobreviene por el hecho de una de las partes, porque tal situación no corresponde a una responsabilidad de la esfera prenegocial, sino a una del plano del incumplimiento negocial.

- El último párrafo, que aborda el caso de la posibilidad sobreviniente de la prestación, aludiendo a que el contrato se hace eficaz cuando se supera el estado de imposibilidad originaria, olvida que desde el Derecho Romano está claro que, la posibilidad de la prestación se juzga con referencia al momento en que nace, no a uno posterior. En Justiniano, I. 3.192, se lee lo siguiente: “...y no estará pendiente la estipulación por causa de ello sino que desde el principio es inútil”.

La razón para que la eficacia del negocio con prestación originariamente imposible no quede a la expectativa de que se haga posible es sencilla: requerimientos de seguridad. Los interesados no pueden quedar indefinidamente a la espera de que la prestación torne de susceptible ejecución.

- Los casos aludidos en este artículo quedan mejor ubicados en la parte introductoria de la regulación del Derecho de Obligaciones, propósito de los llamados requisitos de la prestación, una regulación que este proyecto de Código Civil no contiene y que constituye una grave omisión.

Igualmente, todo este tema de la responsabilidad en las tratativas queda mejor ubicado en la regulación sobre negocios jurídicos.

Artículo 497. *Habrá responsabilidad en caso de que se omita por una parte la información debida. Las partes deben suministrar aquella información que sea decisiva para el consentimiento de la otra parte.*

Artículo 498. *Cuando una de las partes permite a la otra acceder a información confidencial, el que la recibió tiene el deber de no revelarla y de no emplearla inadecuadamente en su propio interés o de terceros, so pena de reparar el daño irrogado; si ha obtenido una ventaja indebida de la información confidencial, queda obligada a indemnizar a la otra parte en la medida de su propio enriquecimiento.*

Comentarios.

a. Nos remitimos a los comentarios efectuados con respecto al artículo 496: se trata de un inconveniente régimen casuista.

b. Muy interesantes ambos artículos, en cuanto que abordan temas que atañen con el deber precontractual de información que, por su importancia, sí necesita de algún apoyo normativo, que permitan superponerse a los arduos debates existentes en la doctrina y en la jurisprudencia comparadas.

c. En punto del artículo 497, es útil que se aclare que la conducta aludida y que puede generar responsabilidad civil consiste en no proveer o compartir con el otro tratante, que no “parte”, la información que este último no está en condiciones de proveer por su propia actividad, que el infractor del deber de información posee y que sabidamente es útil al afectado para tomar la decisión que le concierne.

(29) Comentarios al artículo 500.

Artículo 500. *En los casos no susceptibles de restablecimiento del estado anterior, por ser ello contrario a la economía del negocio o por ser imposible en razón de las prestaciones ejecutadas, el juez se limitará a revisar las relaciones jurídicas nacidas del negocio con el fin de hacer desaparecer el perjuicio sufrido por una de las partes.*

Comentarios.

a. Alude este artículo a un efecto retroactivo indemnizatorio, con ocasión del ejercicio de la pretensión de reajuste prestacional por excesiva onerosidad sobrevenida. No está claro en qué caso aplica, esto es, si al decretarse el reajuste prestacional por excesiva onerosidad sobrevenida o la terminación contractual, o en ambos casos.

b. En ningún ordenamiento legal en el cual se regula la figura del reajuste prestacional por excesiva onerosidad sobrevenida se autoriza un efecto retro, por cuenta del cual nazca un compromiso indemnizatorio a cargo de quien resultó favorecido por la ruptura del alea normal del contrato de prestaciones recíprocas y de duración. Esta solución resarcitoria es antitécnica: Veamos:

- Los efectos de la decisión judicial, sea cual sea el extremo de la alternativa por la cual se incline (reajuste o terminación), deben producirse hacia el futuro. Proyectarlos hacia atrás es descargar sobre la otra parte contractual demandada el efecto nocivo del cambio de las circunstancias, lo cual comporta un cambio en el orden natural de las cosas, que en un principio habían favorecido a esta última, pero que por efecto del fallo termina asumiéndolas, con lo cual el efecto nocivo de esos factores extraordinarios e imprevisible simplemente cambian de damnificado.

- No es lógico que al demandado se le cuelgue un compromiso indemnizatorio cuando no ha cometido hecho ilícito alguno. El cambio de las circunstancias es un hecho que le es por completo ajeno.

(30) Comentarios al artículo 501.

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.

Comentarios.

a. Este artículo destruye el principio de la normatividad del negocio jurídico. También erosiona el principio de seguridad jurídica en punto de los derechos de crédito y los derechos

contractuales. Con todo respecto, no hemos leído en este Proyecto de Código Civil un artículo más inconveniente que este.

Es un atentado contra la seguridad del tráfico jurídico que el deudor, por la dificultad que padezca para ejecutar la prestación a su cargo, por intensa que sea, pueda suspender su ejecución.

En torno a la dificultad de ejecución prestacional los juristas romanos ya tenían claro que esta situación no impedía que la prestación naciera y que tampoco era para el deudor liberatoria o suspensoria del imperativo de cumplimiento. Veamos un par de textos: D. 45.1.137.5: “...*escribió Sabino que es conforme a derecho la obligación que no puede ejecutar quien la estipuló, pero que es posible para otro...*”; y, D. 45.1.2.2.: “...*Pero la dificultad de la prestación no hace ineficaz la estipulación...*”.

Lo anterior es consecuencia de una superlativa distinción que en Derecho de Obligaciones jamás puede perderse de vista: una cosa es la dificultad de ejecución, que siempre está en asocio con circunstancias y condiciones particulares del deudor y que por ello jamás desencadena efectos como el previsto en este artículo, y otra la imposibilidad de cumplimiento, que está basada en consideraciones objetivas, ajenas a las calidades del deudor, que no están en relación con factores personales del deudor y que por ello arrastra la extinción de la prestación, por aquello de que nadie está obligado a lo imposible (*ad impossibilia nulla obligatio est*), con consecuencias liberatorias para él, siempre que no sea responsable de esa situación.

b. En relación con la suspensión contractual por imposibilidad de cumplimiento se anota:

- Esa suspensión solo es viable cuando la imposibilidad sea temporal. Si es definitiva, el contrato y la obligación que de él nazcan no tienen más desenlace que su extinción. Sin esta precisión, el artículo es un atentado contra la estabilidad de las relaciones contractuales y crediticias.

- Son las partes quienes deben definir por cuanto tiempo están dispuestas a esperar que cese el estado de imposibilidad temporal, no la ley y menos una autoridad.

- Es la fuerza de las circunstancias la que ocasiona la imposibilidad temporal. A las partes les concierne constatar la suspensión, de manera que no puede dejarse en manos de una sola de ellas, por su unilateral cuño, decretar la suspensión contractual. Esta facultad será fuente de abusos y por lo tanto de un desmesurado incremento en la litigiosidad.

(31) Comentarios al artículo 502.

Artículo 502. Quien empleando un medio de divulgación ofrece una recompensa por la ejecución de un acto o por la producción de un resultado, está obligado a satisfacer la recompensa a quien realice el acto o produzca el resultado. Antes de realizarse el acto o de producirse el resultado, podrá el promitente revocar la oferta, siempre que la revocación se haga con la misma publicidad que el ofrecimiento. En este caso, quien hubiere hecho erogaciones para prestar el servicio o resultado por el que se habrá ofrecido recompensa, puede exigir indemnización.

Pero si se hubiere señalado plazo para la realización del acto o resultado, no podrá revocar el promitente su ofrecimiento mientras esté pendiente el plazo.

Si varias personas han realizado el acto o resultado por el cual se ofreció la recompensa, ésta corresponde al que primero cumplió el acto o resultado; si se realizó al mismo tiempo por varios, se distribuye la recompensa por partes iguales; y si no pudiere dividirse la recompensa, se sorteará entre los interesados.

Si varios han colaborado en la realización del acto o producción del resultado, el promitente ha de distribuir equitativamente la recompensa entre los interesados, en consideración a la participación de cada cual.

Si los acreedores a la recompensa no estuvieren conformes con la distribución hecha por el promitente, concurrirán a perito para que éste decida.

Comentarios.

a. Regula este artículo la llamada promesa pública y unilateral de prestación o premio. Así las cosas, el acto de prometer públicamente un premio no puede calificarse como oferta, tal cual se lee en este canon.

b. El derecho al resarcimiento, a favor de quien se haya movilizado en procura de cumplir la condición de la cual depende la adquisición del derecho a reclamar la prestación prometida debe quedar sujeto al hecho de que la revocatoria de la promesa no esté fundada en un motivo que lo justifique. Si la revocatoria está justificada, no tiene por qué nacer un débito de resarcimiento a cargo del promitente. La solución por la cual se inclina este artículo altera el orden natural de las cosas, pues por principio el riesgo lo asume el que actúa en orden a hacerse a la prestación prometida, no el promitente.

c. Sugiere el párrafo segundo (2º) que la promesa pública, cuando se ha señalado plazo para cumplir la condición de la que pende el derecho a reclamar lo públicamente prometido, es revocable luego de vencido el plazo. No, vencido ese plazo la promesa se extingue y por ende no es susceptible de revocarse.

d. Debe aclararse que el periodo dentro del cual procede hablar de revocatoria de esta promesa pública comprende el intervalo que cubre la fecha en que se difunde al público y la de su expiración.

e. Por consideraciones de seguridad jurídica no es conveniente que la promesa pública de premio no esté sujeta a un plazo. Es más, si el promitente no lo señala, debe la ley fijar uno supletivo, tal como actualmente ocurre con el artículo 856 del Código de Comercio.

(32) Comentarios al artículo 511.

Artículo 511. *El contrato puede extinguirse total o parcialmente por declaración unilateral de una de las partes cuando la ley disponga la facultad de desistimiento, arrepentimiento, resolución de pleno derecho o revocación del contrato, o que los contratantes expresamente lo estipulen.*

El derecho de extinción se cumplirá mediante comunicación escrita que una parte le dirija a la otra indicando las razones de su posición.

La extinción del contrato no impide que se hagan las restituciones ni que se reclame reparación por daño.

La resolución producirá los efectos dispuestos en los artículos 571 inciso final, 572 y 573.

Comentarios.

El artículo no contempla las cláusulas que facultan a una, ambas o todas las partes, para provocar la terminación unilateral de la relación contractual, sin que el ejercicio de este derecho potestativo ocasione a cargo de su titular un compromiso de resarcimiento de daños.

Estas cláusulas son muy comunes en el tráfico jurídico, por lo cual es de gran importancia que cuenten con una buena regulación, que evidentemente en este artículo no se aborda. En lo sustancial, esa normativa debe prohibirlas en los contratos con los consumidores y restarles efectividad cuando en consideración a las circunstancias lucen abusivas.

(33) Comentarios al artículo 517.

Artículo 517. *Se simula un contrato cuando se aparenta celebrar un negocio jurídico sin que las partes tengan voluntad de celebrarlo, pues las declaraciones de las partes no corresponden a lo que parcial o totalmente han querido. El contrato simulado no produce efecto entre las partes.*

Si las partes han querido concluir un contrato diverso del simulado o aparente, tiene efecto entre ellas el contrato que realmente quisieron celebrar si reúne las condiciones de licitud y de forma.

Comentarios.

El primer párrafo del artículo alude a la llamada simulación absoluta. En esta modalidad simulatoria los simuladores no tienen intención negociadora alguna. Tras la apariencia de negocio jurídico se esconde la nada negociadora. No puede haber eficacia parcial. Por lo tanto, no es ajustado a esta clase de simulación que las declaraciones de los simuladores, como se dice en este pasaje, correspondan parcialmente a un designio negociador. Si eso es así, se incursiona en los predios de la simulación relativa.

(34) Comentarios al artículo 518.

Artículo 518. *El contrato simulado no puede oponerse a los terceros de buena fe que han adquirido a título oneroso derechos del titular aparente.*

Comentarios.

Conforme a este artículo, la inoponibilidad a terceros de la maniobra simulatoria solamente aplica cuando el tercero que tenga interés en alegarla haya adquirido su derecho, basado en la apariencia creada intencionalmente, mediante un título oneroso.

Esta solución, ciertamente original, no nos resulta acompañada con la protección que el orden jurídico debe dispensar a todo tercero que de buena fe haya actuado basado en la apariencia fraguada por los simuladores.

(35) Comentarios al artículo 529.

Artículo 529. *Es válido el contrato mediante el cual se promete la prestación de un tercero. Empero, si éste no consiente en obligarse, el promitente ha de realizar la prestación y, de ser ello imposible, ha de indemnizar los perjuicios, salvo que del contrato se deduzca que el promitente solo se obligó a procurar la prestación del tercero.*

Comentarios.

a. Trata del contrato a cargo de tercero o estipulación por otro. Es correctísima la fórmula acorde con la cual esta clase de promesa genera efectos entre las partes. En lo que respecta con el tercero cuya prestación a cargo se promete, el artículo contribuiría enormemente a la comprensión de la figura si expresara que, en tanto ese tercero no asiente en ello, es decir, ratifique el compromiso colocado en su persona, para él el contrato es inoponible; inoponibilidad que, desde luego, no se opone a los efectos inter-partes.

b. Hace muy bien el artículo en indicar que, no ratificando el tercero, la prestación quede a cargo del que la prometió; precisión que es fundamental en el esquema de las promesas a cargo de tercero.

c. Si, quien promitente acto de cumplimiento prestacional ajeno, no lo cumple pese a estar llamado a cumplir por no haber el tercero ratificado la promesa, lo coherente es que responda, en tanto se conciten todos los presupuestos axiológicos de la pretensión de resarcimiento por incumplimiento prestacional. Esto no está dicho en este artículo y resulta de superativa importancia. Por el contrario de lo anterior, al promitente solo se le responsabiliza cuando la prestación ha devenido de imposible ejecución; solución inexacta, porque si la obligación es de medios y esa imposibilidad no es imputable a culpa del promitente no hay mérito para que responda.

(36) Comentarios al artículo 533.

***Artículo 533.** El que con dolo o culpa infiere daño a otro, es obligado a la indemnización. Se es responsable no solo por su acto, sino también por su negligencia o su descuido. También habrá lugar a la indemnización en los casos enumerados en la ley, especialmente en los artículos 534, 538 inciso segundo, 542, 544, 545, 546, 547, 549, 550, 551, 552, 553 y 555.*

Comentarios.

Supone este artículo que el único factor atributivo de responsabilidad civil en el campo extra comercial es la culpa. Ello no es así, hoy, con la culpa cohabita con el riesgo, el cual aplica en muchos escenarios de la responsabilidad patrimonial.

(37) Comentarios al artículo 534.

***Artículo 534.** El que en ejercicio de su derecho causa daño a otro, debe repararlo si ha excedido el fin para el cual le fue otorgado o los límites fijados por la buena fe.*

Comentarios.

Aborda este artículo la responsabilidad civil por abuso en el ejercicio de los derechos subjetivos. Como criterio indicativo del abuso propone el de la desviación de los fines en función de los cuales el derecho del cual se abusa ha sido atribuido a su titular.

Esto de los criterios de incursión en abuso en el ejercicio de los derechos es temática muy discutida en la literatura. El mejor criterio para valorar lo abusivo de un acto de ejercicio de un derecho subjetivo no es el anterior, sino el que fluye del vigente artículo 1.002 de Código Civil, de estirpe económica, siendo ello su punto más favorable, pues prescinde de toda consideración subjetiva.

Acorde con el criterio económico, hay abuso cuando el beneficio que resulta para su titular, no se compadece con la lesión que se causa al sujeto pasivo de la facultad involucrada en el derecho.

(38) Comentarios al artículo 535.

Artículo 535. Es responsable del daño no solo el que lo ha causado directamente, sino también el que ha iniciado o ayudado a otra persona a causarlo y el que a sabiendas se aprovecha del daño causado por otro.

Comentarios.

La asunción de compromisos de resarcimiento de perjuicios compete al que ha causado el detrimento. No a un tercero, salvo que se trate de quien ha ejercido poderes de supervisión sobre el autor del daño (tercero civilmente responsable) y por ende deba responder con base en la institución de la responsabilidad por el hecho ajeno.

El que se aprovecha del daño que otro ha causado, simplemente no es su autor, ni tercero civilmente responsable, y por eso no es ortodoxo que responda por la lesión; lo cual no significa que se le autorice para enriquecerse en estas circunstancias, pues para paliar esa situación inconveniente emerge la doctrina del enriquecimiento sin causa, en la medida en que ese tercero que se enriquece lo hace a expensas de la víctima, que en virtud de la lesión se empobrece.

En suma, lo razonable es que contra ese tercero pueda, en estos casos, dirigirse una pretensión de establecimiento de equilibrio patrimonial, no una de resarcimiento.

(39) Comentarios al artículo 536.

Artículo 536. En caso de una pluralidad de actividades, si cada una de ellas hubiera causado el daño por sí sola al mismo tiempo, se considerará que cada actividad es causa del daño de la víctima.

Comentarios.

¿No hay una contracción en los términos, en ese apartado que dice, “...por sí sola al mismo tiempo...”? ¿cuál es la idea que se quiere expresar en ese apartado?.

(40) Comentarios a los artículos 537 y 539.

Artículo 537. Cuando varias personas son responsables de un mismo daño, están obligadas solidariamente a repararlo; y pagando la totalidad de una de ellas, tendrá recurso contra cada una de las otras por cuota que fije el juez, en proporción de la culpa de cada cual. Pero si es imposible establecer la proporción, el reparto se hará por partes iguales.

Artículo 539. Cuando el hecho de la víctima ha contribuido a causar el daño, la obligación de repararlo se disminuye en la medida en que la víctima contribuyó a su producción u omitió mitigar sus efectos.

Comentarios.

El reparto de la prestación de resarcimiento entre los responsables plurales no puede siempre efectuarse con base en la culpa. Ello solo es pertinente cuando el título de imputación es la culpa, no cuando es el riesgo, porque en tales casos ella es irrelevante.

Ciertamente, en los casos de responsabilidad objetiva no habría cómo aplicar este criterio de distribución basado en la falta. Por eso, lo correcto es que en estos casos sea la incidencia causal de

la conducta la que ayude a ese reparto, de manera que, entre más se contribuya al resultado lesivo, más parte se asuma en la deuda indemnizatoria.

Llamo la atención en que el criterio sugerido es justamente el que inspira el artículo 539, para los fines de reducir el monto del resarcimiento cuando el hecho de la víctima es influyente o agente de su propio daño; solución esta última que debe aplicarse solamente cuando el título de imputación es el riesgo, pues si es la culpa, la de la intensidad de la de la víctima debe servir para definir la reducción del valor de resarcimiento.

(41) Comentarios al artículo 539.

Artículo 538. *Los menores de doce años no responden del daño causado.*

Tampoco el que carece de la capacidad de querer o de comprender en el momento de causarlo, a menos que el estado de incapacidad provenga de su culpa.

La persona que tiene a su cargo un incapaz debe reparar los daños que éste cause, salvo que pruebe no haber podido impedir el hecho.

Sin embargo, cuando el damnificado no tengan (sic) acción contra la persona a cuyo cargo estaba el incapaz o dicha persona sea insolvente, o el autor no se halla a cargo de ninguna, el juez puede condenar al incapaz a una indemnización equitativa, teniendo en cuenta las condiciones personales y económicas de las partes.

Comentarios.

a. Doce años es una edad muy elevada para efectos de la imputabilidad del hecho ilícito generador de compromisos de resarcimiento de daños. Diez años es lo adecuado. A esta última edad la persona de la especie humana ya posee los sentimientos básicos de justicia, corrección y decencia. Ya comprende bien que no es correcto lesionar a otros, ni en su persona, ni en sus bienes.

b. El concepto de indemnización equitativa carece de rigor. Por definición, resarcir significa reparar la lesión que se ha causado, volver al afectado al estado o condición que tenía antes del evento dañino. La noción aplica únicamente al daño patrimonial, pues éste se deja resarcir, en cuanto que la lesión es siempre cuantificable en dinero. Pero los daños de la esfera extrapatrimonial no lo son y por eso no se resarcen. Simplemente, se reconoce al afectado una suma de dinero paliativa de su aflicción.

Esta indemnización equitativa carece de parámetros seguros para su cuantificación y quedará en cada caso al capricho de los falladores.

(42) Comentarios al artículo 542.

Artículo 542. *No obstante lo dispuesto en los dos artículos anteriores, el juez puede ordenar una indemnización equitativa, teniendo en cuenta la gravedad del daño causado en legítima defensa o estado de necesidad, la importancia del bien defendido o salvado y las condiciones económicas de las partes.*

a. Cuando se ejercita la legítima defensa, la agresión injusta que el agresor comete contra quien se defiende genera dos consecuencias notables, de las que el artículo hace tabla rasa: **i.** Provoca que la reacción sea justa, acorde a derecho, jurídica. De consiguiente, no constituye la acción defensiva un hecho ilícito, antijurídico; **ii.** Expone al agresor a resultar damnificado por la defensa legítima del agredido. En términos del artículo 539 del proyecto, el agresor, al agredir, ha contribuido a la generación del daño derivado de la reacción del agredido. Así las cosas, ¿Por qué razón el que se defiende tiene que asumir un débito de resarcimiento?, ¿cómo justificarlo si no hay antijuridicidad

en la acción reactiva?, ¿por qué gravar al que se defiende con una prestación indemnizatoria, cuando el agresor generó su propia lesión?

El artículo es pues francamente inaceptable y de extrema peligrosidad para la ciudadanía, ya suficientemente acosada por la acción de la delincuencia.

b. En punto del estado de necesidad, la buena literatura jurídica sostiene que quien afecta un interés ajeno, jurídicamente protegido, no incurre en un hecho ilícito. Su accionar necesitado es acorde a derecho. Entonces, ¿Por qué colocarle un débito de resarcimiento si no ha incurrido en hecho ilícito?

La literatura, para afrontar el asunto del estado de necesidad y el daño padecido por el titular del interés afectado, con toda corrección y acierto propone la aplicación de la teoría del enriquecimiento sin causa. De esta manera, quien invoca esta causal de justificación, si bien no es responsable en ningún ámbito de la responsabilidad jurídica (civil, penal, etc.), debe afrontar un débito de restablecimiento del equilibrio patrimonial, pues para salvar un interés propio, esto es, evitarse una lesión, con lo cual se enriqueció, afectó uno ajeno, empobreciendo a su titular.

c. La fórmula adoptada en este artículo solamente tiene sentido cuando el que invoca la causal de justificación ha incurrido en exceso en la justificante; sobredimensión que sí constituye hecho ilícito y que sí hace que sea técnica una indemnización; pero no una “equitativa”, sino la que corresponda al monto de la afectación al interés tutelado y que ha resultado damnificado.

(43) Comentarios al artículo 543.

***Artículo 543.** Toda persona, en cuanto dependa de ella, debe evitar causar un daño no justificado, adoptar de buena fe medidas razonables para evitarlo o disminuirlo y no agravarlo. La indemnización se reduce equitativamente cuando estas medidas no se adopten.*

El interesado podrá reclamar las medidas de prevención o de aseguramiento del caso cuando sea previsible la producción, continuación o agravamiento del daño.

Los gastos razonables en que se incurra con ocasión de las medidas a que se refieren los incisos anteriores deberán ser resarcidos.

a. La primera proposición consignada en el párrafo inicial tiene mucho sentido. Cuadra perfectamente al deber social de evitar lesionar a otros. Pero la consecuencia es por completo ajena. En efecto, no tiene relación lógica que, existiendo el deber de proveer a evitar causar daños a otro, su desatención se premie con la reducción del monto de la indemnización.

b. “Resarcidos” no es la palabra que cuadre a esas expensas y gastos incurridos para la toma de medidas preventivas. No lo es porque no es un asunto que atañe con responsabilidad jurídica. La correcta parece ser “abonados” o “rembolsados”; y, desde luego, solo en tanto y en cuanto sea razonable su traslado al petente de las medidas.

(44) Comentarios al artículo 547.

***Artículo 547.** La entidad hospitalaria o similar responderá de las actividades inherentes a su servicio que sean atendidas directamente o por personal adscrito o vinculado a esta.*

Cuando no se pudiese establecer la responsabilidad individual, estarán obligados a indemnizar solidariamente a la víctima todos los intervinientes.

La ley se encargará de fijar las reglas pertinentes a la actividad médica.

Comentarios.

El segundo párrafo, de modo explícito consagra la figura que en el derecho penal se conocía con el nombre de complicidad correlativa; fuertemente asociada a las doctrinas por las cuales el derecho penal transitaba al inicio del siglo XX y que en buena hora desaparecieron. En el campo civil no registramos que hayan tenido eco, pues la regla en responsabilidad jurídica enseña que la responsabilidad es personal y tiene que acreditarse en cabeza del perseguido para indemnizar.

(45) Comentarios al artículo 548.

Artículo 548. *Si en virtud de los artículos precedentes la responsabilidad recae sobre varias personas, todas serán responsables solidariamente.*

Las personas responsables del hecho de otro tienen recurso contra el autor del daño si prueban que el daño se ha producido por la culpa de éste.

Comentarios.

a. Trata este artículo de la pretensión regresiva del llamado responsable indirecto, contra el responsable directo. Su viabilidad está claramente condicionada a que con ocasión del daño causado a la víctima se pruebe culpa en cabeza del directamente responsable.

Esta solución no es correcta cuando la responsabilidad del directamente encartado es objetiva, porque en tales casos el indirectamente comprometido no contará con la pretensión en vía de regreso o reembolso.

b. No resuelve el artículo uno de los problemas más arduos de interpretación que suscita el artículo 2.352 del Código Civil: no puntualiza si el reembolso es total o parcial. A nuestro parecer, debe ser parcial, pues ambos demandados, directo e indirecto, han causalmente aportado al daño irrogado al tercero; y, por añadidura, en el caso del indirecto, agréguese la culpa que en la especie *in vigilando* ha cometido, sin la cual el daño no se causa.

(46) Comentarios al artículo 552.

Artículo 552. *Las reglas de los dos artículos anteriores se aplican a los daños causados por toda clase de construcciones, por árboles o postes mal arraigados, o por mala colocación o falta de seguridad de las cosas inanimadas de que una persona se sirva.*

Comentarios.

De este artículo conviene retirar la mención referente a las construcciones. En efecto, de acuerdo con la doctrina jurisprudencial de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, las tareas de demolición, construcción y conexas son actividades peligrosas y se regulan con base en las reglas dispuestas para estas últimas.

(47) Comentarios al artículo 555.

Artículo 555. *Las personas jurídicas de derecho privado son responsables del daño que se cause en el giro ordinario de sus funciones o en extralimitación de las mismas.*

Comentarios.

No toma el artículo postura en punto de si la responsabilidad de las personas jurídicas es por el hecho propio o el ajeno. En el estado actual, la doctrina jurisprudencial sostiene que es siempre directa.

(48) Comentarios al artículo 562.

Artículo 562. *La repetición por la no producción del resultado perseguido con una prestación se encuentra excluida, si la producción del resultado era imposible desde el principio y el que realiza la prestación lo sabía o si entorpeció la producción del resultado contrariamente a la buena fe.*

Comentarios.

Este artículo está concebido a espaldas de los fundamentos en materia de requisitos de la prestación, en particular el de posibilidad. Veamos:

Si en su origen la prestación es de imposible ejecución, simplemente no nace obligación. No puede su pago ser reclamado al deudor. Ahora bien, comoquiera que el requisito de posibilidad se juzga objetivamente, sin consideración a las capacidades, habilidades, conocimientos, etc., respecto de deudor, en esta imposibilidad no es influyente que el *reus debendi* fuera o no consciente de esa imposibilidad.

Así las cosas, si en una relación sinalagmática, a cambio de la prestación imposible en su origen se ha ejecutado una contraprestación, ésta debe retornarse porque dicha atribución patrimonial en tal caso carecerá de un fundamento (causa) que lo justifique. En otras palabras, el no retorno de ella ocasiona un estado de enriquecimiento incausado.

(49) Comentarios al artículo 563.

Artículo 563. *Quien dispone de un objeto ajeno está obligado a entregar al propietario o poseedor lo obtenido a cambio de la disposición en los casos en que el titular no pueda perseguir el objeto del adquirente.*

Si la disposición se realiza a título gratuito, incumbe además la misma obligación al adquirente.

a. Si la transferencia del derecho ajeno ha sido efectuada a sabiendas por el transferente, eso constituye un hecho ilícito, del cual lo que debe fluir es un resarcimiento del daño causado, no la entrega al titular del derecho de lo que se haya recibido del tercero.

b. De este compromiso indemnizatorio estará siempre al margen el tercero, pues la hipótesis fáctica en estudio está edificada sobre la base de que es de buena fe, y es justamente esta actitud honesta la que provoca el prodigio de que la adquisición del derecho sea para él estable, irrevocable,

siendo indiferente si este tercero ejecutó o no una contraprestación a cambio del derecho que *a non domino* le fue transferido.

c. Este artículo, así concebido, solo luce bien concebido para los casos en que el transferente ha obrado de buena fe.

(50) Comentarios al artículo 565.

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 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.

Comentarios.

a. Incumplimiento obligacional es la ausencia de ejecución prestacional cabal (completa y exacta) y oportuna. La definición que se lee en este artículo no es correcta, porque solamente abarca una de las modalidades de la inejecución obligacional: la inejecución absoluta; y, porque convierte en inejecución obligacional la infracción de los deberes secundarios de conducta, algo que solamente es incidente cuando por esa causa la prestación no es ejecutada debida y oportunamente.

b. Aborda el artículo las llamadas modalidades del incumplimiento prestacional. Son tres: inejecución absoluta, ejecución tardía y ejecución imperfecta. No son más.

El artículo, ciertamente alude a las tres, pero sin utilizar las palabras que rigurosamente las designa y en el caso de la ejecución tardía la describe erróneamente, pues dice que en ella se incurre cuando los actos de ejecución prestacional no se realizan dentro del plazo, lo cual no es correcto, pues no todas las obligaciones están sometidas a un plazo; en otras palabras, no siempre la exigibilidad es dependiente de que un plazo venza, como pasa con las puras y simples y con las sujetas a condición. En fin, hay ejecución tardía cuando la prestación deja de cumplirse tan pronto como se ha hecho exigible.

c. En el segundo párrafo se lee una presunción de cumplimiento y se coloca al acreedor ante la carga de probar el incumplimiento. Esto rompe con una inveterada tradición que viene desde el derecho romano, acorde con la cual, en línea de principio general el cumplimiento debe probarse por el deudor. Veamos:

En el estado actual de la teoría de las obligaciones, se entiende que la prueba de la ejecución prestacional concierne al deudor. Como excepciones, nosotros apreciamos dos: **i.** En las obligaciones negativas, que son siempre de resultado, es lógico que el acreedor tenga que probar el hecho positivo del cual el deudor debía abstenerse. Probado ese hecho queda acreditada la infracción prestacional; **ii.** En las de medios o actividad que, recuérdese, solo hay en el ámbito de las de hacer. En estas obligaciones debe el deudor acreditar el aspecto respecto del cual el deudor no hizo sus mejores esfuerzos en orden a cumplir. Probado él, queda patente que no cumplió.

La supradicha presunción, en esos términos tan generales comporta una desacertada distribución de la carga de la prueba en torno al cumplimiento prestacional.

d. Este es otro de los muchos artículos de este proyecto en que se aprecia una desmedida tolerancia y favorecimiento con el deudor, a costa de caros y tradicionales principios y reglas jurídicas que no dotan de ninguna originalidad a este estatuto, sino que lo condenan a su irremediable desprestigio.

(51) Comentarios al artículo 570.

Artículo 570. Tratándose de obligaciones no esenciales o de deberes secundarios, el acreedor únicamente podrá acudir a la indemnización de perjuicios.

Comentarios.

a. ¿Qué son obligaciones no esenciales? Jamás hemos leído esta alocución en la literatura. Recuérdese que en la estructura de la obligación se distinguen solamente el llamado débito primario o prestación propiamente dicha y los deberes secundarios de conducta o instrumentales.

b. La infracción de los deberes secundarios de conducta, por sí sola es indiferente. Torna relevante cuando por esa causa no se cumple el deber de prestación.

(52) Comentarios al artículo 576.

Artículo 576. El 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.

El pacto entre ejecutante y ejecutado sobre la forma y oportunidad de pago o cumplimiento que judicialmente se ha mandado ejecutar, implica aplazamiento de la ejecución dentro del plazo que indiquen.

En caso de que el mandamiento de pago o el remate afecte la subsistencia personal y familiar del deudor, el juez, teniendo en cuenta la situación económica de este último y las necesidades del acreedor, puede, por una sola vez, aplazar o escalonar, dentro del plazo de los seis meses siguientes, las sumas adeudadas que fueren reconocidas o probadas, ordenar la adopción de las facilidades o garantías para el cumplimiento y disponer a su vencimiento, si fuere el caso, la ejecución y el remate de la vivienda familiar del deudor que se encuentra embargada.

a. Este artículo erosiona por completo el atributo ejecutivo de las obligaciones. En efecto, condicionar la ejecución coactiva de la obligación a la no afectación personal del deudor o a que el cumplimiento no le sea excesivamente oneroso es lo mismo que prohibir la instancia ejecutiva de las obligaciones, pues siempre esta ejecución es para él aflictiva y una carga económica.

b. Una obligación que no cuente con el atributo ejecutivo simplemente no es tal. Es cualquier cosa, menos una relación obligatoria.

Ahora bien, destruir el atributo ejecutivo de las obligaciones es aniquilar el tráfico jurídico, es dejar librado el cumplimiento a la buena voluntad del deudor. Tanta tolerancia con los deudores no le sirve a un sistema económico, es su ruina. De consiguiente, basados en este artículo es perfectamente viable concluir que este proyecto de código civil no ampara el derecho de crédito y es la perdición para los órdenes jurídico y económico. ¿Para qué sirve el derecho de garantías y muchas otras instituciones consignadas en este mismo proyecto, si la ejecución coactiva prácticamente no existe?

c. La protección del deudor, frente al abuso del acreedor, ya cuenta con varios instrumentos. Son ellos, la inembargabilidad de los bienes personales y vitales del deudor y la doctrina del abuso en el ejercicio de los derechos. No se necesitan otros recursos protectores y menos uno que prácticamente destruye tres mil años de evolución del derecho de obligaciones.

(53) Comentarios al artículo 579.

Artículo 579. *El acreedor tendrá derecho a ser resarcido, por el deudor responsable de los daños y perjuicios sufridos, salvo que el incumplimiento haya obedecido a un impedimento ajeno a la voluntad del deudor o de su control, a la falta de previsión del impedimento que no debió prever, de acuerdo con la naturaleza del contrato y la buena fe de las partes, o a la imposibilidad de evitar o de superar dicho impedimento. Dicha exoneración se limita a la duración del impedimento.*

No procede la indemnización de perjuicios cuando ambas partes hayan incumplido obligaciones simultáneas.

a. En medio de un lenguaje casuista y de difícil comprensión, por ende, con mínimo rigor, este artículo aborda el tema pertinente a los medios de defensa del deudor frente a la pretensión de resarcimiento de su acreedor, cuando se ha suscitado el incumplimiento obligacional. De lo anterior no se hace mención alguna y es bueno que se hiciera, para que el lector del artículo rápidamente se contextualice.

b. Para el correcto abordaje de esta temática, la distinción entre obligaciones de medios y obligaciones de resultado es la clave; algo de lo cual el artículo se desentiende por completo. Sienta unas reglas indistintamente para unas y otras.

En las de medios, en las cuales el factor de atribución de responsabilidad es la culpa, como ya se dijo, compete al acreedor demostrar el incumplimiento. Probado, ya no podrá el deudor alegar la mal llamada ausencia de culpa o prueba negativa de ausencia de culpa. Solo le resta para su defensa, acreditar la ausencia de los restantes presupuestos axiológicos de la pretensión de resarcimiento. En las de resultado, en las cuales el título de imputación es el riesgo, el medio de defensa por excelencia es la causa extraña (fuerza mayor o caso fortuito, hecho de tercero y hecho de la víctima). Pero, si la obligación de resultado es de las llamadas “de resultado extraordinarias” o “de refuerzo”, ni siquiera la prueba de la causa extraña sirve al deudor, pues en ellas ha tomado sobre sí incluso el riesgo de la causa extraña.

c. El artículo también aborda los requisitos de la causa extraña, pero sin hacerlo de modo directo y claro. Debía simplemente decir que el evento que el deudor pretenda alegar como tal, debe ser imprevisible, irresistible y marginal a él.

(54) Comentarios al artículo 582.

Artículo 582. *Las partes pueden, mediante cláusula penal, asegurar el cumplimiento de la prestación, o establecer los perjuicios por la inexecución de la obligación o por su cumplimiento tardío.*

Se presumirá que la cláusula penal es compensatoria y que indemniza la totalidad de los perjuicios causados al acreedor, quien podrá optar por reclamar la pena o exigir el cumplimiento de la prestación insatisfecha.

Cuando se estipularen perjuicios para el caso de mora, tendrá derecho el acreedor para exigirlos, junto con el cumplimiento de la obligación principal. En ningún caso podrá cobrarse intereses moratorios y cláusula penal moratoria.

Para exigir la pena convencional no es necesario que el acreedor pruebe perjuicios.

En los contratos de ejecución sucesiva o periódica la cláusula penal solamente puede exigirse a su terminación, salvo que se pacte una pena por cada incumplimiento que sumadas no podrán exceder el límite de la cláusula penal.

La nulidad de la obligación principal acarrea la de la cláusula penal, pero la nulidad de ésta no acarreará la de la obligación principal.

Comentarios.

Eso de asegurar el cumplimiento prestacional, como función de la *stipulatio poena*, no es una realidad. La cláusula penal no es una garantía, pues ni vincula puntuales bienes del deudor a la ejecución coactiva, ni autoriza dirigir la pretensión de cumplimiento contra un tercero. La función de esta figura es servir como método de cuantificación anticipada, pero provisoria, del monto del daño compensatorio o moratorio que para el acreedor resulte de la responsabilidad civil por incumplimiento en que el deudor incurra.

(55) Comentarios al artículo 584.

Artículo 584. Cuando la obligación asegurada con cláusula penal es de cosa indivisible, la pena se divide entre los herederos del deudor a prorrata de sus cuotas hereditarias.

Comentarios.

Recoge este artículo la equivocada regla del artículo 1.597 del Código Civil, haciendo depender el carácter divisible o indivisible de la prestación penal, de la naturaleza divisoria o no divisoria de la obligación a la cual la estipulación penal accede.

Se trata de una regla artificial, que no toma en cuenta la naturaleza de la prestación penal, cuya divisibilidad o indivisibilidad depende de sí misma y no puede ser un reflejo de la condición divisa o indivisa la prestación a la que acompaña.

(56) Comentarios al artículo 588.

Artículo 588. La reparación del daño consiste en el restablecimiento al estado anterior de la víctima.

Si el restablecimiento o reposición natural no es posible o no es suficiente, la indemnización será en dinero, simbólica o parte en una y otra.

Las pérdidas relacionadas con actividades o fuentes que se consideran ilegítimas no pueden ser resarcidas.

Comentarios.

Esa reparación simbólica es ajena a la doctrina general de la responsabilidad civil. No es una verdadera indemnización.

(57) Comentarios al artículo 599.

Artículo 599. Cuando la prestación requiere esfuerzo o gastos totalmente desproporcionado al interés del acreedor en el cumplimiento no habrá deber de cumplir, pero el acreedor puede reclamar indemnización de perjuicios.

Comentarios.

Es otro artículo diseñado a espaldas de la teoría general de las obligaciones. Una vez más este proyecto de Código Civil olvida la superlativa diferencia entre dificultad de cumplimiento e imposibilidad de cumplimiento.

Liberador del acto de ejecución prestacional solamente lo es la imposibilidad. La dificultad no puede serlo, porque obedece a aspectos o caracteres asociados a la persona del deudor. No tiene sentido que se le libere de cumplir ante la mera dificultad.

Ahora bien, cuando de esta última se trata, si esa dificultad enorme proviene de hechos sobrevinientes, en contratos de duración, aplica la figura del reajuste prestacional por excesiva onerosidad sobreviniente.

(58) Comentarios al artículo 607.

Artículo 607. Un crédito no puede ser cedido si la prestación no puede realizarse a otro acreedor sin modificación de su contenido, si la transmisión está excluida por pacto con el acreedor o hace más oneroso el cumplimiento de la prestación para el deudor.

Con todo, el deudor tiene derecho a ser indemnizado por el cedente o el cesionario por todos los costos adicionales causados por la cesión.

Comentarios.

Se inspira este artículo es que el cambio de acreedor puede comportar alteraciones en el contenido de la prestación o hacer para el deudor más oneroso el acto de cumplimiento.

La cesión del derecho de crédito no provoca mutación distinta a la que acontece en el extremo activo del vínculo obligatorio. Ninguna otra más. La prestación es la misma y los actos de cumplimiento tampoco han de ser distintos. De consiguiente, este artículo sobra, no agrega nada y solo puede generar confusión.

(59) Comentarios al artículo 614.

Artículo 614. Un tercero puede obligarse a pagar la deuda de otro mediante contrato con el acreedor, de manera que el tercero se subroga en la posición del anterior deudor.

Si el cumplimiento de la obligación se pacta entre el tercero y el deudor, es necesaria la ratificación del acreedor. En tanto que el acreedor no haya consentido en recibir de un tercero la deuda, puede exigir el cumplimiento del deudor. Este a su vez puede constreñir al tercero a que ejecute la prestación al acreedor o repetir por lo que sea obligado a pagar, salvo que se trate de prestaciones intuitu personae.

El acreedor puede dar su consentimiento anticipado para la transmisión de deudas, caso en el cual bastará que sea notificado de la cesión para fines de oponibilidad.

Estas reglas no se aplican a la cesión contratos, activos y pasivos que regulan las normas especiales, ni a la transferencia de obligaciones en el curso de la transferencia de una empresa.

Comentarios.

a. El artículo abre la regulación de la técnicamente llamada “cesión de deuda”, que el Código Civil Alemán, pionero en la materia, denomina “asunción de deuda”.

No está en lo correcto que el proyecto de código civil aborde el tema bajo la rúbrica “transmisión de deudas”, porque la transmisión de las obligaciones tiene ocasión, no con base en negocio jurídico, sino con estribo en la sucesión por causa de muerte; situación de la cual se ocupa el derecho sucesorio.

b. Muy meritorio que el proyecto aborde la cesión de deuda; materia que el vigente código civil no regula.

c. Con respecto a la segunda modalidad de cesión de deuda, la que se ajusta entre antiguo y nuevo deudor, es conveniente que se defina si la ratificación del acreedor tiene o no efecto retroactivo. Igualmente, que se puntualicen los efectos que se siguen entre deudores antes de esa ratificación, al igual que las consecuencias que se desatan si el acreedor no ratifica.

d. Si la deuda que se cede es personalísima, ni siquiera con el asentimiento del acreedor procede su cesión. Ergo, no hace sentido la salvedad consignada en la última parte del párrafo segundo (2º), pues se basa en que sí es viable ceder deuda de calidad *intuitus personae*.

(60) Comentarios al artículo 617.

Artículo 617. Si alguien se obliga a pagar una deuda ajena, el acreedor que no ha ratificado, puede, sin perjuicio de la responsabilidad del anterior deudor, exigir el cumplimiento del nuevo deudor.

Comentarios.

Si el acreedor no ratifica la cesión de deuda, conserva al original como su deudor. El nuevo, frente a él, no llega a serlo. Entonces, ¿por qué puede cobrarle la prestación, si no lo ha admitido como deudor?, ¿trata más bien este artículo, de la llamada asunción acumulativa o de refuerzo o coasunción”.

(61) Comentarios al artículo 618.

Artículo 618. Cesión de contrato es la transferencia del cedente al cesionario de los derechos y obligaciones de surgen de un contrato a un cesionario. La cesión puede ser total o parcial.

Comentarios.

La cesión de contrato es mucho más que la circulación a otro sujeto, de los derechos y obligaciones anejos a una parte contractual. Se trata de la cesión de la posición contractual que ocupa el contratante cedente, que por lo tanto pone a circular hacia el contratante cesionario, todas las relaciones jurídicas que estén en conexión con su posición negocial.

(62) Comentarios al artículo 619.

Artículo 619. En los contratos cada una de las partes podrá hacerse sustituir por un tercero en las relaciones derivadas del contrato si éstas no hubiesen sido ejecutadas en todo.

La cesión producirá efectos con respecto del contratante cedido desde la notificación de éste. En los contratos intuitu personae, o cuando la ley o en el contrato objeto de cesión se haya estipulado, será necesaria la aceptación del contratante cedido para que produzca efectos.

Estas reglas no se aplican a la cesión contratos, activos y pasivos que regulan las normas especiales, ni a la transferencia de obligaciones en el curso de la transferencia de una empresa.

Comentarios.

Este artículo incurre en el mismo desafuero que tanto se ha criticado en derredor del artículo 887 del Código de Comercio: de modo general, autoriza la cesión de contrato, sin autorización del cedido, la cual solo se requiere excepcionalmente. El asunto debe manejarse bajo regla inversa: Limitarse la cesión de modo general y habilitarse solo cuando el cedido la acepte.

Lo anterior, porque por virtud de la cesión de posición contractual, entre otros elementos, circulan las deudas a cargo del cedente, deudor que, de acuerdo con pautas generales de derecho de obligaciones, no puede modificarse sin autorización del acreedor.

(63) Comentarios al artículo 627.

Artículo 627. La entrega de letras, cheques, pagarés y demás títulos valores de contenido crediticio valdrá como pago de la obligación si no se estipula otra cosa; pero llevará implícita la condición resolutoria del pago, en caso de que el instrumento sea rechazado o no sea pagado de cualquier manera.

Cumplida la condición resolutoria, el acreedor podrá hacer efectivo el pago de la obligación originaria, devolviendo el instrumento.

Comentarios.

Repite este artículo la fórmula adoptada por el 882 del Código de Comercio vigente, a propósito de la entrega y recibo de títulos valores de contenido crediticio: extinción de la relación fundamental, por virtud de un pago, del tipo *pro-soluto*. Eso quiere decir que la relación subyacente o fundamental se extingue por este recibo; pero se extingue con sujeción a una condición resolutoria, de modo que resucita si el título no es descargado.

Es este un tema muy discutido en la literatura de los títulos valores. Las opiniones más aventajadas proponen que en estos casos no se extinga la relación fundamental y que se adopten reglas de coordinación entre la relación cambiaria y la fundamental. Nos plegamos a esta visión del problema.

(64) Comentarios al artículo 654.

Artículo 654. Si el acreedor rehusare sin justa causa recibir la prestación debida, o expedir recibo justificativo de pago, o cancelar las seguridades que garantizaban el cumplimiento de la obligación, o restituir los documentos o instrumentos que acreditaban su existencia, o si fuere persona incierta, o se encontrare ausente, o fuere persona incapaz, y no hubiere forma de proveer a su representación en forma inmediata, podrá el deudor pagar por consignación judicial y si se tratare de deudas pecuniarias, podrá también pagar por consignación bancaria.

Comentarios.

La negativa del acreedor a cumplir deberes secundarios de conducta como expedir recibo de pago de la prestación, cancelar las cauciones, restituir documentos de deber y otras que sean exigibles en favor del deudor no guardan relación alguna con el pago por consignación. De hecho, esos deberes emergen luego de extinta la obligación por pago, de manera que sobra la consignación de una prestación ya ejecutada.

Para el cumplimiento de algunas de estas actividades procede la ejecución por obligación de hacer, como es el caso de la cancelación de cauciones.

(65) Comentarios al artículo 655.

Artículo 655. *La consignación judicial debe estar precedida de oferta de cumplimiento de la prestación. Para que la oferta sea válida se requiere:*

1. *Que se haga al acreedor o a su representante; y a falta de uno y otro al curador que le hubiere nombrado el juez;*
2. *Que comprenda total o parcialmente la prestación, con sus intereses, frutos y accesorios;*
3. *Que el término para el cumplimiento de la prestación se encuentre vencido o cumplida la condición de la que dependía del nacimiento de la obligación;*
4. *Que se haga por escrito ante el juez competente y se corra traslado del mismo al acreedor o a su representante.*

Decretada y cumplida la consignación, en la forma prescrita por las normas de procedimiento, se extingue la obligación junto con sus seguridades personales y reales.

Comentarios.

En el marco del número dos (2), apúntese que, si la oferta de pago es parcial, está de bulto que el acreedor puede rehusar el pago. Entonces, la consignación estará condenada al fracaso.

(66) Comentarios al artículo 660.

Artículo 660. *La novación es la sustitución de una obligación nueva con objeto o título diferente a otra anterior que queda extinguida.*

La voluntad de extinguir una obligación anterior debe resultar de manera inequívoca.

Comentario.

a. No incluye este artículo, ni ninguno otro, la novación subjetiva, esto es, esas especies novatorias en que lo novedoso de la nueva deuda (*aliquid novi*) es uno de los sujetos.

b. A la novación por variación en el título mejor cuadra la expresión “novación por variación de la fuente obligacional”.

(67) Comentarios al artículo 664.

Artículo 664. *Si la nueva obligación se limita a imponer una pena para en caso de no cumplirse la primera, y son exigibles justamente la primera obligación y la pena, los privilegios, fianzas, prendas e hipotecas subsistirán hasta concurrencia de la deuda principal sin la pena.*

Si en el caso de infracción, es exigible solamente la pena, se entenderá novación desde que el acreedor exige solo la pena, y quedarán por el mismo hecho extinguidos los privilegios, prendas e hipotecas de la obligación primitiva, y exonerados los que solidaria o subsidiariamente accedieron a la obligación primitiva y no a la estipulación penal.

Comentarios.

Reproduce el artículo 1.706 del Código Civil vigente, con algunas variantes mínimas. Lamentablemente este artículo 664 no corrige los yerros de los que adolece la norma que le sirve de modelo.

El párrafo primero no corresponde a un evento novatorio, ni a una situación de acumulación de obligaciones. Para que el lector no incurra en confusión, positivo sería que la norma sea nítida en el sentido de que agregar una pena a una obligación no implica novación, ni acumulación obligacional; y es por ello que las garantías que acceden a la obligación no se extinguen.

La hipótesis del segundo párrafo, por cierto, bastante exótica, tampoco comporta novación, contra lo dicho por algunos comentaristas. En ella, acreedor y deudor acuerdan que el deudor siga a cargo de lo que debe, de lo cual resulta que no hay relevo de una deuda por otra, ósea, no hay novación, pues si la hubiera no podría el acreedor reclamar lo debido; y también acuerdan que, no cumplido lo debido, solamente se deba la pena, no la deuda, de lo cual, no es que fluya una novación, sino simplemente la limitación de los derechos del acreedor, que en tal caso se circunscriben al cobro de la penalidad, que como no está asistida por los accesorios de la deuda que no se puede cobrar, simplemente no son operantes.

(68) Comentarios al artículo 665.

***Artículo 665.** La simple mutación de lugar para el pago dejará subsistentes los privilegios, prendas e hipotecas de la obligación y la responsabilidad de los codeudores solidarios y subsidiarios, pero sin el nuevo gravamen.*

La mera ampliación del plazo de una deuda no constituye novación; pero pone fin a la responsabilidad de los fiadores y extingue las prendas e hipotecas constituidas sobre otros bienes que los del deudor; salvo que los fiadores o los dueños de las cosas empeñadas o hipotecadas accedan expresamente a la ampliación.

Tampoco la mera reducción del plazo constituye novación; pero no podrá reconvenirse a los codeudores solidarios o subsidiarios, sino cuando expire el plazo primitivamente estipulado.

Comentarios.

Al este proyecto, en lo que al régimen de la novación respecta, para la debida claridad mucho le conviene una norma de coordinación, que se encargue de indicar que para que haya novación es condición que lo novedoso en la nueva deuda debe ser algo de relieve, sustantivo, no algo puramente accesorio o accidental. Así las cosas, esta norma debe indicar que solamente hay novación cuando en la obligación de relevo existe una variante el alguno de los extremos del vínculo, o en la prestación o en la fuente; de manera que, en todos los demás eventos, variándose aspectos distintos a los anotados, no haya novación.

El Código Civil de Bello no hace una puntualización semejante y por ese tiene que incursionar en una abundante casuística, indicando frente a cada uno de los casos tratados si en ellos hay o no novación.

(69) Comentarios al artículo 676.

Artículo 676. *a remisión o condonación de una deuda no tiene valor sino en cuanto el acreedor es hábil para disponer de la cosa que es objeto de ella.*

La remisión que procede de mera liberalidad, está en todo sujeta a las reglas de la donación entre vivos, pero no requiere consentimiento del deudor.

Comentarios.

El artículo decididamente toma partido frente a dos temas ásperamente debatidos en la literatura. El primero, si la condonación es siempre un negocio jurídico a título gratuito. El segundo, si es bilateral o unilateral.

Para este artículo, no siempre se trata de una liberalidad, en lo cual le acompañamos, pues hay condonaciones que en consideración a su contexto están acompañadas de una reciprocidad, como cuando se condona una deuda en el ámbito de un acuerdo transaccional, de modo que el condonante procede a este acto abdicativo a cambio de la concesión recíproca que a su favor se acuerda.

En punto de lo segundo, predica el artículo que la condonación es unilateral y por ello no necesita del asentimiento del deudor, en lo que estamos en franco desacuerdo.

Que la condonación requiera o no de concurso volitivo del deudor es asunto que se resuelve con base en los fundamentos del presupuesto negocial “legitimación negocial”. Así enfrentado el problema, se apreciará que la relación obligatoria tiene sujetos colocados en los dos extremos del vínculo, ambos determinados. Lo hay en el activo (acreedor) y lo hay en el pasivo (deudor). De lo anterior se sigue que, la renuncia a la prestación es un acto que se proyecta sobre una relación jurídica con sujeto pasivo determinado, lo cual, por razones basadas en la legitimación negocial, así se trate de beneficiarlo, comporta que se requiera de su concurso volitivo, pues él hace parte de ella y siempre tendrá algo que decir cuando de variarla o extinguirla se trate.

En suma, lo de la unilateralidad o bilateralidad de la condonación no es tema que quede librado a una decisión de política legislativa, sino un asunto que se deja resolver con base en claros principios de la doctrina general del negocio jurídico.

(70) Comentarios al artículo 696.

Comentarios a los artículos 624 y 702.

Artículo 624. *Toda obligación puede extinguirse por convenio en que las partes interesadas, siendo capaces de disponer de lo suyo, consientan en dejarlo sin efecto.*

Artículo 702. *Por el mutuo disenso las partes de un negocio jurídico acuerdan dejar sin efecto la relación, total o parcialmente, siempre y cuando no perjudiquen a terceros. Para que tenga efectos deberán observarse las mismas formalidades que las del negocio disentido.*

Será tácito cuando exista una conducta inequívoca de las partes que así lo indique, como cuando ambas dejan de cumplir obligaciones esenciales, y en los casos señalados en la ley.

Comentarios.

a. Los dos artículos tratan de lo mismo: el mutuo disenso como modo extintivo de las obligaciones y causal de extinción de los negocios jurídicos. Por lo anterior, conviene que se integren a un mismo título.

b. En lo que respecta con la forma del mutuo disenso son contradictorios los dos párrafos del artículo 702. En el primero, contundentemente se aplica un paralelismo formal entre el negocio disentido y el de disenso, y en el segundo se autoriza la forma comportamental. Para armonizar, se sugiere que en el párrafo primero se puntualice que la forma en paralelo aplicable al negocio de disentimiento lo es cuando el disenso es explícito, de modo que para los casos implícitos se aplique el párrafo segundo.

EL DERECHO COMERCIAL Y EL PROYECTO DE CÓDIGO CIVIL

Yira López Castro

La 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. 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 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 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 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 los que resulta importante reflexionar en esta etapa inicial del proyecto para lograr (1) la coherencia y (2) la actualización del derecho comercial.

1. 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.

2. 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 tienen como base la protección a la libertad de contratación, cualquier intromisión legislativa debe estar fundamentada adecuadamente pues 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 dejó mencionado 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 pues 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.

COMENTARIOS AL PROYECTO DE INTEGRACIÓN DE LOS CÓDIGOS CIVIL Y COMERCIAL EN MATERIA DE OBLIGACIONES Y CONTRATOS

Sergio Rodríguez Azuero
Alfredo Sánchez Belalcázar
Nicolás Pájaro Moreno

1. Revisión de la estructura y la normatividad propuestas

Los profesores debemos recibir con natural simpatía las iniciativas enderezadas a revisar la regulación pues las cambiantes realidades que aparecen imponen verificar su vigencia. Pero al acercarse al proyecto comienza por llamar la atención que vaya más allá de las obligaciones y los contratos, regulando temas como Familia, e incluya referencias a normas derogadas como si estuviesen vigentes. Y que al incluir un artículo de derogatoria tácitas deje un amplio campo de interpretación sobre las disposiciones contrarias que podrían ser muchas y que incluyen regulaciones particulares por su especialización como las relacionadas con la actividad contractual financiera, ligada a los estatutos que se aplican a las entidades de esa naturaleza.

2. Desacuerdos preliminares sobre la propuesta

Un estudio serio sobre la propuesta requeriría de muchas semanas de trabajo por una comisión de primer nivel. Como ello no es posible ante la premura señalada por la invitación, debemos advertir las reservas que, de entrada, suscita su primera lectura:

2.1 No parece unificar, pero sobre todo no moderniza.

Se tiene la sensación, al leerlo, que se pusiera al día al nivel de los años ochenta pero que ignorara instituciones y realidades contemporáneas como las que se derivan del mundo virtual al que nos hemos acercado todos con la pandemia.

2.2 Utiliza frecuentemente un lenguaje vago o califica situaciones cardinales con adjetivos que hacen innecesariamente vaga su interpretación

2.3 No se refiere o aparentemente no tiene en cuenta aportes importantes del derecho comparado contemporáneo como modelos de leyes uniformes en materias técnicas.

2.4 La prestación masiva de servicios, cada vez más frecuente y extendida, ha conducido a un sistema de reglamentos generales a los cuales los contratantes particulares han de adherirse. Ello ha generado una natural reacción de la jurisprudencia y conducido a la expedición de estatutos especiales de protección del consumidor. Y ello nos parece acertado.

2.5 Pero los negocios jurídicos son, por antonomasia y como concepto, acuerdos de “buenas a buenas” o de “libre discusión”. De manera que nos parece que el proyecto desnaturaliza ese elemento, ADN del derecho privado, sustituyéndolo por normas sobre protectoras que, de alguna manera, tienden a reemplazar la capacidad negocial de los intervinientes.

2.6 Otorga al juez facultades que, so pretexto de equilibrar los contratos, le defieren la capacidad de fijar su alcance contra la expresa voluntad de los intervinientes.

3. En la revisión preliminar de esta primera versión del Código Civil de Colombia se encontraron otros comentarios o sugerencias de ajustes respecto de varios contratos, detalles que omitimos especificar debido a que se presentan solamente los comentarios generales sobre la estructura revisada.

COMENTARIOS PRELIMINARES AL TÍTULO XXXIV - SEGURO -

Manuel Guillermo Rueda Serrano

Con ocasión de la propuesta de Código Civil de Colombia elaborada por profesores de la Universidad Nacional de Colombia, a continuación presentamos nuestros comentarios preliminares sobre el Título referente al Contrato de Seguro y que reemplazaría en su integridad el actual Título V del Libro Cuarto del Código de Comercio Colombiano.

Sea lo primero señalar, que nuestros comentarios son preliminares en atención al corto tiempo de análisis que se nos ha brindado, lo cual, de entrada, resulta respetuosamente cuestionable para una empresa tan colosal como la que se pretende abarcar. *“No por mucho madrugar amanece más temprano”* dicen nuestros abuelos, por lo que no evidenciamos ninguna justificación plausible en correr en temas tan sensibles como los que encierra nuestra estructura jurídica de derecho privado, más allá de razones puramente coyunturales de quienes promueven esta iniciativa.

Con todo, para efectuar nuestros comentarios en lo referente al contrato de seguro, no debemos dejar de lado lo consignado por otros profesores de nuestro querido Claustro en documentos que se integrarán con el del suscrito en los comentarios de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario y que compartimos plenamente, en donde se evidencian las falencias estructurales de la propuesta de Código, que conllevarían, de suyo, graves consecuencias para nuestro ordenamiento jurídico, para las relaciones civiles y comerciales de los ciudadanos y de los empresarios, traduciéndose en una inseguridad jurídica que rompe con los propósitos enunciados en la presentación de la obra.

Lo anterior no obsta para reconocer públicamente las calidades y buenas intenciones de los autores de este trabajo a quienes conocemos y reconocemos como eximios juristas en el campo del derecho privado.

Entrando en lo que a mí me compete, respecto del contrato de seguro y sin que sea este el momento para efectuar comentarios particulares sobre cada una de las propuestas de reforma que contiene el capítulo del contrato de seguro en este nuevo Código Civil, lo primero que se debe señalar es que lo propuesto se encuentra muy lejos de ser un simple asunto de unificación de regímenes de derecho privado, pues, en lo referente al seguro, lo que se hace en el proyecto es realizar múltiples reformas, la mayoría de ellas en nuestra opinión desafortunadas, que derrumban los pilares fundamentales sobre los que se construyó durante décadas la regulación del contrato de seguro contenida en el Código de Comercio del año 1971.

En efecto, no debemos olvidar nunca de dónde venimos: en el año 1971, después de décadas de trabajo, de comisiones creadas con expertos en la materia, se logró plasmar en el Título V del Libro Cuarto del Código de Comercio el trabajo desinteresado de expertos en materia de seguros, encabezados por el doctor J. Efraim Ossa Gómez, quienes durante años se encargaron de pulir lo que hoy en día es nuestro eje fundamental en materia de este contrato mercantil. En palabras del propio doctor Ossa, lo consignado en este Título, *“fue concebido en función de tres objetivos fundamentales que el exégeta no debe perder de vista en la interpretación de los textos que lo integran:*

- a) *La protección de los intereses y derechos del asegurado.*
- b) *La legalización de algunas normas contractuales tradicionalmente aceptadas en el mercado nacional, y*
- c) *La conveniencia de poner diques a la autonomía de la voluntad que venía dominando una institución, como el seguro, tan cargada de contenido social y humano.”⁴⁸.*

Y este Título, dadas las implicaciones que tiene el derecho de seguros en el mercado nacional⁴⁹ e internacional, ha permanecido es su estructura intacto, salvo algunas modificaciones que se consideraron necesarias para salvaguardar esos principios orientadores enunciados por el doctor Ossa en su obra, mediante las Leyes 45 de 1990 y 389 de 1997, sin perjuicio de unos ajustes mínimos contenidos en la Ley 510 de 1999⁵⁰ y el Decreto Especial 01 de 1990⁵¹.

La primera de ellas, que corresponde a la Ley Marco del sector financiero y asegurador, introdujo algunos ajustes relacionados con el mérito ejecutivo de la póliza de seguro como sanción por la inacción o negligencia del asegurador (artículo 1053 del C.Co.); la ampliación del plazo legal supletivo para el pago de la prima (artículo 1066 del C.Co.); la terminación automática por mora en el pago de la prima, para evitar fraudes contra las compañía y la consecuente afectación de la masa de asegurados (artículo 1068 del C.Co.); los ajustes al seguro de responsabilidad civil para consagrar a la víctima como eje central del pago del siniestro (artículo 1127, 1128, 1131 y 1133 del C.Co.) y algunas precisiones sobre el contrato de reaseguro (artículo 1134 del C.Co.).

Por su parte, la Ley 389 de 1997 realizó dos modificaciones específicas al contrato de seguro para recoger la realidad del tráfico comercial que implica este tipo de actividades, al consagrar la consensualidad del contrato para su existencia (artículo 1036 del C.Co.) y ampliar los medios de prueba del seguro (artículo 1046 del C.Co.).

Todas estas modificaciones, sin embargo, han tomado años en ser analizadas y estudiadas cuidadosamente, con el fin de evitar errores que afecten, de una parte, a los tomadores, asegurados y beneficiarios, quienes por lo general se encuentran en una situación de debilidad frente al experto asegurador y, de otra parte, sin afectar la estabilidad jurídica que garantiza reglas de juego claras para los actores en el mercado de seguros, en especial las compañías de seguros, hoy en día en su mayoría con capital extranjero, y su interacción con el mercado reasegurador internacional, insumo indispensable para la existencia del seguro, que se rigen por principios y criterios universales en materia de seguros y a quienes, sin duda, cambios como los propuestos en el proyecto de Código Civil de Colombia les podrían generar múltiples inquietudes que afecten su permanencia en nuestro mercado.

A continuación, simplemente a manera enunciativa y sólo como ejemplo, resumo los reparos a algunas modificaciones propuestas en el proyecto con el fin de explicar nuestra preocupación sobre el contenido de la reforma:

- Se suprimen las características del contrato de seguro (artículo 1036 del C.Co.) y se reemplaza por una definición del contrato (artículo 1407 del proyecto), lo cual genera un retroceso innecesario en cuanto a la aplicación del contrato de seguro como contrato consensual, lo cual ha tomado décadas en ser decantado y aplicado y lo que justificó

⁴⁸ OSSA Gómez, J. Efrén. “Teoría General del Seguro – El Contrato”, Ed. Temis, Bogotá 1984, pág. 1

⁴⁹ Por ello, de conformidad con el artículo 335 de la Constitución Nacional, la actividad aseguradora es una actividad de interés público.

⁵⁰ En relación con el plazo para el pago del siniestro.

⁵¹ En relación con el seguro de transporte.

precisamente la modificación del año 1997. De otra parte, se adopta un criterio que no se encuentra como necesario en materia de contrato de seguros, desplazando a la doctrina y jurisprudencia quienes han sido históricamente los llamados a definir el seguro, lo cual se ha hecho con mucho acierto, para circunscribir dicha competencia en el legislador.

- Se elimina el artículo 1037 del C.Co. que determina las partes en el contrato, lo cual sirve de sustento a las normas subsiguientes del Título en cuanto a los seguros tomados por cuenta propia y por cuenta de un tercero, al igual que afectaría a los asegurados y beneficiarios en cuanto a la definición de obligaciones tan importantes y comunes en el comercio como el pago de la prima en los seguros tomados por cuenta.
- Se modifica el esquema probatorio del contrato (artículo 1046 del C.Co. que se reemplaza por el artículo 1416 del proyecto) asunto que fue ampliamente discutido durante el trámite del proyecto de ley que corresponde a la Ley 389 de 1997, lo que daría a entender un esquema de prueba libre que fue rechazado, entre otros, por la propia Superintendencia Financiera durante la discusión de dicho proyecto, dada la alta vulnerabilidad en que quedarían las compañías de seguros frente al fraude y la consecuente afectación de la masa de asegurados. Adicionalmente, carecería de sentido la expedición y entrega de la póliza si dicho medio de prueba que hoy es plena prueba del seguro pudiese ser controvertido, por ejemplo, con testimonios, indicios o cualquier otro medio de prueba.
- Se modifica el contenido de la póliza de seguro (artículo 1047 del C.Co.) incluyendo aspectos que ya se encuentran regulados en normas de protección al consumidor (Ley 1328 de 2009), pero incluyendo calificativos que resultan de interpretación subjetiva al momento de la aplicación de la norma, lo que se traduce en inseguridad jurídica para los actores. En efecto, calificativos como “*información razonable, transparencia, cooperación o colaboración, de no sorprender, coherencia y no contradicción*” que se le imponen a la autoridad para que verifique que las pólizas los cumplen (entendemos que sería la Superintendencia Financiera).
- Se establecen nuevos criterios de interpretación especiales para el contrato de seguro (artículo 1418) que igualmente están llenos de subjetividades que afectan la confianza de los actores en el contrato, pues se habla de un criterio en función de la confianza legítima inculcada por el asegurador y las expectativas razonables del tomador, asegurado o beneficiario”.
- Se realiza una definición contraria a la doctrina y jurisprudencia del contrato, respecto de las figuras de la renovación y la prórroga del seguro⁵², lo cual claramente afectaría a los consumidores de seguros (artículo 1420 del proyecto), pues se entendería que la renovación es un seguro nuevo (la doctrina y jurisprudencia ya han entendido que la renovación de un seguro es la extensión de la vigencia del contrato original) lo que implicaría, por ejemplo, la obligación de efectuar nuevamente la declaración del estado del riesgo, entre otras.
- En la definición de riesgo (artículo 1054 del C.Co.), se establecen unas excepciones respecto de los seguros de vida, responsabilidad civil, manejo y riesgos financieros (artículo 1425), sin que se explique claramente cuál es su propósito, aunque entenderíamos que está referido a las coberturas por reclamación o descubrimiento para las últimas (ello no aplicaría a vida) y por ser un hecho cierto la muerte (para el seguro de vida).
- Se consagra la cobertura del dolo de los dependientes o de aquellos por los cuales se es civilmente responsable (artículo 1426 del proyecto), lo cual desborda por completo uno de

⁵² OSSA GÓMEZ, J. Efrén, *Ob. Citada*, pág. 240 a 245.

los pilares fundamentales del seguro, cual es el no aseguramiento de actos dolosos o meramente potestativos, pues escapan a la noción misma de riesgo.

- Consagra un nuevo régimen para el manejo de las reticencias y/o inexactitudes en la declaración del estado del riesgo (artículo 1429 del proyecto), estableciendo parámetros subjetivos que tornarían difícil su aplicación concreta, como el hecho de señalar que no hay sanción por dicha reticencia y/o inexactitud cuando la compañía “razonablemente” ha debido conocer los hechos sobre los que versó la declaración reticente o inexacta; establece la relación de causalidad entre la reticencia y/o inexactitud y el siniestro para que ésta aplique, lo cual desconoce por completo y abiertamente la jurisprudencia reiterada de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia y desnaturaliza esta figura, pues es el desarrollo de los vicios del consentimiento en el campo de los seguros y, finalmente, elimina la reticencia como causal de anulabilidad, pues consagra que no habrá nulidad cuando no se contesta el cuestionario por el tomador y/o asegurado, lo que distingue precisamente la reticencia de la inexactitud. Esto afectaría, sin duda, la permanencia de seguros como el de vida, en donde la declaración del estado del riesgo y las reticencias y/o inexactitudes son absolutamente indispensables para su comercialización.
- Se modifica sustancialmente el régimen de mora en el pago de la prima (artículo 1068 del C.Co. y 1440 del proyecto), generando todos los efectos contrarios a lo que llevó al ajuste efectuado en el año 1990 con la Ley 45, pues se crea la figura de la “suspensión” del contrato por mora, lo que en últimas justificaría la rehabilitación de los seguros, abriendo con ello la puerta a posibles fraudes, conflictos y dificultades en la aplicación de la norma. Lo que se buscó con la figura de la terminación automática fue proteger precisamente a la masa de asegurados de prácticas indebidas de las compañías e intermediarios de seguros que favorecían la mora en el pago de las primas hasta cuando se presentara siniestro, afectando con ello la estabilidad de las aseguradoras en perjuicio de la masa de asegurados.
- Se sana una cláusula abusiva reconocida por la jurisprudencia de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia y la Superintendencia Financiera, al establecerse en el artículo 1446 del proyecto que una vez se allegue toda la documentación a la compañía para la transferencia del salvamento, la aseguradora no podrá negarse, de manera injustificada, al reconocimiento de la prestación a su cargo. Dicho de otra forma, se permite que las aseguradoras nieguen el pago del siniestro hasta tanto no le sean entregados los documentos para la transferencia del salvamento, aspecto que, se repite, es una práctica abusiva reconocida normativa y jurisprudencialmente.
- Se revive la subjetividad respecto de la objeción a la reclamación, pues en el artículo 1450 se consagra que la compañía debe realizar el pago del siniestro dentro de los 30 días siguientes a la reclamación, pudiendo en dicho término objetarla por razones “serias y fundadas”, lo cual llevó a innumerables cuestionamientos justificables por parte de la jurisdicción.
- Se incluyen modificaciones procesales dentro del proyecto, combinando con ello auntos sustanciales con los meramente procesales, al consagrarse la forma en que se interrumpe la prescripción mediante requerimiento escrito o reclamación y no así con el aviso, lo cual es propio de una modificación al artículo 94 del Código General del Proceso. Igual sucede con el último inciso del artículo 1501 del proyecto, en donde se regula la figura del llamamiento en garantía en el seguro de responsabilidad civil.

- Se abre peligrosamente la puerta al aseguramiento de la vida de niños y niñas (artículo 1527 del proyecto), proscrito por el actual artículo 1137 del C.Co. y que facilitaría figuras fraudulentas y delictivas en contra de personas con especial protección como lo son ellos.
- Se regula la figura del suicidio en el seguro de vida (artículo 1539 del proyecto), desconociendo los parámetros fijados por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia.
- Por el contrario, se echan de menos ajustes de algunas normas que requieren revisión, como por ejemplo: (i) el alcance del seguro de responsabilidad civil para aclarar que éste cubre los perjuicios en general que causa el asegurado y no sólo los patrimoniales; (ii) la inadecuada solución que se otorga al supraseguro respecto de la devolución de la prima sólo por el tiempo no corrido del seguro; (iii) la corrección en la definición del beneficiario a título gratuito y oneroso en el sentido de que quien lo designa es el asegurado y no el tomador; (iv) la precisión de la que la prescripción de la acción directa en el seguro de responsabilidad civil para la víctima es solo la extraordinaria de 5 años, entre otras;

En conclusión, en nuestro criterio no existe en el proyecto presentado a nuestra consideración ningún avance importante que justifique las propuestas allí contenidas para el contrato de seguro y, por el contrario, se realizan modificaciones cuya exposición de motivos desconocemos, dado que no se cuenta con una justificación para cada uno de los cambios que se incluyeron, y que afectarían gravemente la estructura misma del contrato de seguro, alterando la institución que durante décadas se ha simentado en los principios del derecho privado, del derecho mercantil y del derecho de seguros, permitiendo con ello el desarrollo de la figura, la llegada de inversionistas nacionales y extranjeros al sector y la necesaria coincidencia de los principios universales del seguro para hacer viable la cobertura de reaseguradores internacionales, siempre respetando y salvaguardando los derechos de los consumidores.

Bogotá, septiembre 13 de 2020

IV PARTE DERECHO DE FAMILIA Y SUCESIONES

INTRODUCCIÓN

Síntesis de las conclusiones de los profesores en materia de familia y sucesiones

Cecilia Diez Vargas
Karol Martínez Muñoz
Clara Carolina Cardozo Roa

Las siguiente es una síntesis de los asuntos en los que los profesores consideran que el proyecto propuesto podría tener algunas falencias pues no moderniza, es inconveniente, tiene falencias de redacción, incongruencias o podría ser inconstitucional en materia de familia y sucesiones.

1. No moderniza

1.1. Familia

El proyecto de Código no cumple con su propósito modernizador en materia de familia, en la medida en que presenta un retroceso en temas como la regulación de la adopción, la unión marital de hecho, los alimentos, la discapacidad y la filiación.

Tampoco tiene en cuenta, en algunas materias, el avance jurisprudencial y lo dispuesto en normas especiales como la Ley 1996 de 2019 y el Código de la Infancia y la Adolescencia, entre otras.

Además, el proyecto de código no regula algunos asuntos necesarios y de actualidad. Así, sería muy importante que se refiriera a la familia uniparental, solidaria y ensamblada. Igualmente, a la asignación de alimentos para el cuidador y al reconocimiento de la deuda al padre o madre que sufragó los gastos del hijo o hijos antes de la fijación de la cuota alimentaria.

El articulado propuesto también deja grandes interrogantes respecto al contrato de madre subrogada y las familias de crianza.

Finamente, el uso del lenguaje en algunas ocasiones no es acorde con los desarrollos jurisprudenciales y legales.

1.2. Sucesiones

El régimen contenido en el libro VI no moderniza el régimen en materia sucesoral, particularmente en lo que tiene que ver con el régimen de indignidad en el que no se tienen en cuenta las modificaciones introducidas por la Ley 1893 de 2018, en lo que tiene que ver con la protección del adulto mayor. Tampoco está claro, cómo se puede presentar el ocultamiento del testamento.

2. Es inconveniente

2.1. Familia

En materia de adopción se encuentra que algunos de los artículos desconocen importantes avances normativos en la materia, al contemplar aspectos que fueron derogados o regulados por otras normas, como el Código de la Infancia y la Adolescencia. Así, las normas propuestas regresan a los tipos de adopción antiguos, esto es, la adopción simple y la adopción plena (artículos 1803 inciso 3º, 1815 y 1817). Esta diferencia había sido abolida por considerarse que lesionaba el vínculo que se pretende adquirir con la adopción.

Frente al régimen de alimentos, resulta inconveniente que se establezca un límite de tiempo (3 o 5 años) para el pago de la obligación alimentaria a cargo del conyugue culpable. Lo anterior, habida cuenta que deja en una situación de desprotección económica al conyugue inocente.

Respecto a las capitulaciones matrimoniales, estas solo se deberían admitir de manera anterior al matrimonio y bajo un criterio de inmutabilidad. La modificación de las capitulaciones luego de su celebración, podría afectar a terceros.

2.2. Sucesiones

Los siguientes aspectos se consideran inconvenientes en materia sucesoral:

- Permitir el repudio de las asignaciones gratuitas y no tener en cuenta que esta es una medida tuitiva para los niños, niñas, adolescentes y personas jurídicas. En este sentido, además desconoce el avance que se introdujo a través de la Ley 1306 de 2009.
- Frente al derecho de opción de los asignatarios se considera inconveniente que se presuma la renuncia a los gananciales por parte del cónyuge, en la medida en que los gananciales son diferentes a una asignación. Los gananciales no obedecen a la mera liberalidad de un cónyuge sino a su trabajo conjunto. También se considera inconveniente permitir que un asignatario a pesar de ser requerido pueda permanecer indeciso, ¿cuál es el propósito de permitirle no decidir?
- Se considera también inconveniente eliminar el beneficio de inventario, para generalizar que los herederos solo responden hasta el límite de lo que reciben; esto puede generar efectos negativos en el otorgamiento de créditos a las personas naturales.
- No existe una justificación de convertir al cónyuge en heredero concurrente en el primer orden sucesoral y establecerlo como legitimario, más allá de la limitación a la libertad testamentaria.

- Debe analizarse la conveniencia de la cantidad de pactos sucesorales *ante mortem*, además deben implementarse mecanismos de protección para quien dispone de sus bienes, como, por ejemplo, la revocatoria por ingratitud, como ocurre en el caso de la donación.
- No se considera conveniente que los representantes legales no puedan pedir la partición judicial a menos que haya autorización del juez, no se encuentra una justificación para ello.
- Se deroga el testamento verbal sin que exista una justificación para ello.

3. Falencias de redacción

3.1. Familia

En el libro V, se presentan errores de redacción en diferentes normas. Así ocurre, por ejemplo, con los artículos 1789 y 1792 (unión marital de hecho), 1807 (adopción) y 1823 (familia de crianza).

Asimismo, varias de las disposiciones carecen de claridad suficiente, lo cual resulta inconveniente, pues se abre la posibilidad de que se presenten múltiples interpretaciones sobre un mismo texto legal. Por ejemplo, frente a la familia de crianza el proyecto no deja claro los derechos y obligaciones que surgen en el marco de las “nuevas familias” contempladas en la norma. Tampoco lo son los requisitos para el reconocimiento del hijo de crianza y el régimen de investigación del estado civil, fundado en la posesión notoria.

3.2. Sucesiones

En el libro VI, se presentan errores de redacción e imprecisiones terminológicas, en varios de sus artículos:

- 1864, al establecer que se trata de un título universal el que existe sobre un conjunto de bienes, cuando este es un título singular, en la medida en que estos conjuntos pueden ser determinados bien por bien, como géneros o cuerpos ciertos.
- 1868, se habla de violación sexual y este no es término apropiado para designar el acceso carnal violento. Tampoco respeta el lenguaje inclusivo por el que han propugnado la Corte Constitucional y la Ley 1996 de 2019.
- 1874, califica al usufructo como derecho personal.
- 1882, habla de transferencia de gananciales, cuando se debe hablar de transmisión por ser por causa de muerte.
- 1915, no está claro por qué una persona que detenta la sucesión sin título pueda ser legitimado por activa en la acción de petición de herencia.
- Las normas que regulan los derechos sucesorales de los compañeros permanentes son bastante confusas, podrían simplificarse para facilitar su comprensión y aplicación.
- Se presenta un uso inapropiado del lenguaje para referirse a las personas en situación de discapacidad mental, visual y auditiva.
- Se habla de testamento público, abierto o nuncupativo, cuando el artículo 1929 dice que los testamentos son públicos o cerrados.
- En los artículos 1974, 1985, 1992 y 2002 se usa el término disposición sin clarificar si se trata de la asignación o la modalidad a que se someten las mencionadas asignaciones.
- Se permite que se establezcan legados sobre expectativas, sin prever qué pasa si estas no se convierten en derechos.

4. Contradicciones o falta de congruencia

4.1. Familia

En el libro V se presentan contradicciones entre algunos artículos del proyecto. Así, por ejemplo, los artículos 1617 y 1669 consagran un término de caducidad diferente para las capitulaciones, pues mientras el primero la establece en 1 año, el segundo la fija en seis meses.

De otra parte, si un adolescente es incapaz relativo (artículo 98), no resulta congruente que sus actos sean absolutamente nulos, tal como lo dispone el inciso 3° del artículo 1849.

Igualmente, el artículo 1752 establece que “los hijos matrimoniales reconocidos por matrimonio posterior tendrán iguales derechos a los hijos matrimoniales concebidos o nacidos dentro de él”. Esta norma es incongruente con el régimen actual ya que parece pasar por alto que hoy en día todos los hijos, según el art. 42 de la Constitución son iguales sin importar su origen y, en consecuencia, tiene los mismos derechos. Además, la redacción es denigrante para los hijos lo que viola su dignidad y confunde la tradición propia del ordenamiento jurídico en el que se diferencian el reconocimiento y la legitimación.

4.2. Sucesiones

En el libro de sucesiones, se observan incongruencias entre artículos entre sí, como se evidencia en:

- 33 y 1858, la regla de conflicto es incongruente en la medida en que en el primero se determina la aplicabilidad de la norma del lugar de ubicación de los bienes, mientras que el segundo lo limita a los inmuebles.
- 1865, no se entiende por qué se vuelve a regular el tema de los hijos póstumos como los nacidos dentro de los 300 días siguientes a la muerte del causante, cuando esto está regulado en la parte de familia.
- 1868, no hay congruencia entre el usufructo legal de los padres y el régimen presente en el libro V del Proyecto.
- No hay congruencia en la designación de la herencia como patrimonio autónomo, esta calificación no presenta ningún efecto práctico, más aún cuando hay normas que establecen claramente que sí hay titulares de ella.
- Sorpresivamente, en la parte de partición, aparece que si no hay asignatarios que acepte, a los titulares de gravámenes se les deferirán estos bienes, con lo cual se crearía un nuevo orden sucesoral.

5. Inconstitucionalidad

5.1. Familia

Algunas disposiciones utilizan expresiones que ya han sido retiradas del ordenamiento jurídico por ser inexequibles, peyorativas o discriminatorias como menor e hijo legítimo.

También se considera inexequible que el Defensor de Familia pueda declarar el consentimiento para dar en adopción, en la medida en que carece de legitimación para hacer esa declaración de

voluntad. No puede romper un vínculo familiar sin ser parte de la relación, lo máximo que puede disponer es la adoptabilidad del menor a través de un acto administrativo.

5.2. Sucesiones

En cuanto al libro VI, se considera que pueden ser disposiciones inconstitucionales, las que regulan la capacidad para otorgar testamento por personas en situación de discapacidad mental, visual y auditiva.

Por otra parte, se contemplan condiciones que pueden ser inconstitucionales a la luz del derecho al libre desarrollo de la personalidad y su núcleo fundamental que incluye la libre decisión de conformar familia.

Se viola la libertad testamentaria cuando se dispone la colación, si no hay legitimarios. No tiene sentido, hacerlo si no hay asignatarios forzosos. También se viola cuando se le da preferencia a la representación, sobre la sustitución.

EL DERECHO DE FAMILIA EN EL PROYECTO DE CÓDIGO CIVIL

*Cecilia Diez Vargas
Karol Martínez Muñoz*

El proyecto de reforma al Código Civil elaborado por los profesores de derecho privado de la Universidad Nacional de Colombia, a partir de un documento concebido por el profesor Arturo Valencia Zea en el año de 1983, constituye un importante esfuerzo académico dirigido a la modernización del ordenamiento jurídico colombiano. En este sentido, como lo han manifestado los líderes del proyecto, se busca que el país cuente con un régimen civil que responda a las necesidades y realidades actuales.

Dentro de los libros que componen el proyecto de reforma al Código Civil, se encuentra el libro V, correspondiente a la regulación del derecho de familia. Así, las temáticas que se abordan en ese acápite son las siguientes: el matrimonio y su régimen de bienes; la filiación matrimonial; la potestad parental; la familia extramatrimonial; el parentesco; la convivencia y la crianza; los alimentos; la adopción y las guardas.

Revisado el texto del proyecto, y con el propósito de contribuir al debate académico, a continuación, se presentan de manera sucinta una serie de observaciones frente al mismo:

El derecho de familia es tal vez el área del derecho que más se encuentra en constante evolución. Lo anterior, debido a la aparición de variados fenómenos sociales que impactan al individuo y a su familia. Esta situación genera importantes retos para el ordenamiento jurídico, ya que en la mayoría de las ocasiones el derecho no evoluciona a la misma velocidad en que lo hace la sociedad.

Un ejemplo de lo anterior, lo constituye el Código Civil colombiano, el cual, como consecuencia de la expedición de la Constitución de 1991, ha sufrido importantes modificaciones, muchas de ellas originadas en la jurisprudencia de las altas cortes. Teniendo en cuenta esta situación, y con el propósito de promover la seguridad jurídica y asegurar la vigencia del principio de legalidad, resulta necesario actualizar las normas que integran el derecho de familia.

Dentro de este marco, debe destacarse positivamente el proyecto de reforma al Código Civil, pues este tiene la noble intención de actualizar el derecho de familia colombiano a través de la inclusión de nuevos conceptos, facultades, términos, procedimientos, derechos y obligaciones, en pro de configurar una regulación que ayude a los asociados a resolver las situaciones que se presentan en el transcurso de la vida familiar.

Ahora bien, al revisarse las disposiciones del Libro V propuesto, se observan algunas problemáticas que vale la pena destacar.

Así, en primer lugar, varias de las disposiciones carecen de claridad suficiente, lo cual resulta inconveniente, pues se abre la posibilidad de que se presenten múltiples interpretaciones sobre un mismo texto legal. Por ejemplo, el artículo 1823 del proyecto señala:

“Pueden darse relaciones de crianza de convivencia y dependencia de alcance familiar y económico, que producirán los efectos jurídicos que indique la ley

Las relaciones de familiar de crianza se derivan cuando se asume la condición de crianza de padre, hijo, hermano y sobrino; y de convivencia como suegro, cuñado u otros afines;

y económicos cuando se apoya a personas que se incorporan o asimilan a miembros de la comunidad doméstica.

Tendrá el carácter de hijo matrimonial o extramatrimonial el hijo de crianza reconocido por sus padres conforme a este Código. Esta filiación no extingue el parentesco de consanguinidad [sic] conocido, pero prevalecerá sobre éste en sus efectos personales. En su defecto podrá acudir a la investigación del estado civil fundada en la posesión notoria conforme el artículo 75 y demás concordantes”.

Además de su confusa redacción, la norma genera importantes interrogantes al no establecer con mayor precisión cuáles son los efectos jurídicos y patrimoniales que se derivan de una relación de crianza, pues solamente establece que dicha relación tendrá “los efectos jurídicos que indique la ley”. Se trata de un asunto que resulta de gran importancia, teniendo en cuenta que es un fenómeno que no es ajeno al contexto social colombiano y que existen posiciones disímiles en la materia por parte de la Corte Suprema de Justicia y de la Corte Constitucional.

Se presentan también contradicciones en algunas normas. Por ejemplo, el artículo 1617 establece frente a la oposición del matrimonio:

“El señalamiento de nuevas fechas no podrá exceder de seis meses a partir de la primera solicitud. Pasado este término será necesario una nueva solicitud, su correspondiente trámite y la celebración de nuevas capitulaciones matrimoniales en caso de haberse realizado”.

Por su parte, el artículo 1669 determina que:

“Las capitulaciones matrimoniales celebradas antes del matrimonio caducan:

1. Si el matrimonio no se celebra dentro del año siguiente [...].

De esta suerte, resulta menester armonizar la caducidad de 1 año consagrada en el artículo 1617 con la establecida en el artículo 1669.

En la misma dirección, el artículo 1789, relativo a la unión marital de hecho, parece pasar por alto la distinción entre unión marital y el surgimiento de la sociedad patrimonial entre compañeros permanentes.

Igualmente, existen disposiciones que no están acordes con regulaciones especiales, como el Código de la Infancia y la Adolescencia. En este caso, pueden mencionarse a manera ilustración los artículos 1761 (relativo a las medidas de restablecimiento de derechos) y 1803 (sobre adopciones).

Por su parte, en otros artículos, se evidencia la incorporación de figuras jurídicas que ya habían sido depuradas en la normatividad. Un ejemplo de ello se encuentra en el caso de la adopción, pues las normas propuestas regresan a las categorías antiguas de adopción simple y plena. Esta diferencia había sido abolida por considerarse que lesionaba el vínculo que se pretende adquirir con la adopción.

De forma adicional, en algunas disposiciones se utilizan expresiones que ya han sido retiradas del ordenamiento jurídico por ser peyorativas o discriminatorias (menor, hijo legítimo, etc.). Esto ocurre con los artículos 1803 y 1602, entre otros.

De otra parte, el proyecto de código no regula algunos asuntos necesarios y de actualidad. Así, sería muy importante que el proyecto se refiriera a la familia uniparental, solidaria y ensamblada. Igualmente, a la asignación de alimentos para el cuidador y al reconocimiento de la deuda al padre o madre que sufragó los gastos del hijo o hijos antes de la fijación de la cuota alimentaria. Además, el articulado propuesto deja grandes interrogantes respecto al contrato de madre subrogada.

Finalmente, en lo que respecta a su ubicación, el Libro relativo al derecho de familia debería corresponder al Libro II, a continuación del de personas.

Las falencias señaladas y evidenciadas a través de algunos ejemplos, afectan la seguridad jurídica, la eficacia de las normas y la concordancia de la ley con la Constitución Política y los tratados internacionales. Igualmente, van en contravía de uno de los propósitos principales perseguidos con la reforma al Código Civil, como lo es la modernización del régimen de familia.

En suma, el proyecto de reforma encuentra justificación en la necesidad de actualizar sus disposiciones al modelo de Estado social de Derecho que se adoptó en nuestro país con la Constitución de 1991. Asimismo, en la realización del principio de legalidad y del principio democrático, en virtud de los cuales debe ser el legislador, y no el juez, el llamado a normar las relaciones familiares.

Con todo, más allá de estas importantes motivaciones, el texto del proyecto de reforma debe revisarse detenidamente con miras a superar las dificultades aquí identificadas y, además, asegurar que las modificaciones propuestas realmente modernicen el régimen jurídico y sean convenientes, congruentes y respetuosas de la Constitución Política y de los tratados internacionales suscritos por Colombia. Para ello, resultaría pertinente y útil tener como premisa fundamental la no modificación de materias o asuntos que han demostrado su eficacia. En otras palabras, la reforma debe construir sobre lo construido.

También es importante que, debido a la sensibilidad y relevancia que revisten los temas que conforman el derecho de familia, los cuales impactan de manera transversal el ordenamiento, el proyecto de reforma se discuta sin afanes y se aborde, no solo desde lo jurídico, sino también tomando en consideración ciencias como la sociología, la filosofía y la psicología, entre otras. Igualmente, debe asegurarse la coherencia de sus disposiciones para garantizar la eficacia de sus normas y el principio de seguridad jurídica.

CONSIDERACIONES FRENTE AL CAPÍTULO DE ADOPCIONES DEL PROYECTO DE LEY DEL CÓDIGO CIVIL

Lina Patricia Rodríguez Rodríguez

Al hacer un examen frente al articulado de la adopción que se pretende establecer en el proyecto de reforma al Código Civil, se observaron aspectos determinantes que justifican legalmente, que la incorporación de esta propuesta es inconveniente, considerando argumentos de tipo legal y constitucional, de conformidad a los siguientes presupuestos:

Del análisis de las modificaciones surtidas al título XIII del libro primero del Código Civil que describe la adopción, se identifica que este ha sido derogado, entre otros, por la Ley 140 de 1960, la Ley 75 de 1968, la Ley 5 de 1975, el Decreto 2737 de 1989 Código del Menor y posteriormente por el Código de la Infancia y la Adolescencia, que a continuación se describen:

Ley 140 de 1960	Ley 75 de 1968	LEY 5 DE 1975	DECRETO 2737 DE 1989	LEY 1098 DE 2006
<p>Por el cual se sustituye el Título 13 del libro Primero del Código Civil, sobre adopción.</p> <p>Artículo 2°: Quedan derogados los artículos 269 a 287 del Código Civil, y reemplazados por los correspondientes de esta Ley.</p>	<p>Por la cual se dictan normas sobre filiación y se crea el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.</p> <p>Se modifican los artículos 272 y 284 del Código Civil.</p>	<p>Esta ley modifico título XIII del libro primero del Código civil que habla de la adopción</p>	<p>Artículo 353. <u>Derógase la Ley 83 de 1946, el artículo 48 de la Ley 75 de 1968, la Ley 5a de 1975, la Ley 20 de 1982, el Decreto 1818 de 1964, el artículo 28 del Decreto 522 de 1971, los artículos 112 y 221 del Código Nacional de Policía, el Decreto 752 de 1975, el Capítulo Segundo del Título Cuarto del Libro Tercero del Código de Procedimiento Penal relativo a los juicios ante los Jueces de Menores y demás disposiciones que le sean contrarias.</u></p>	<p>Artículo 217. Derogatoria. <i>El presente Código deroga el Decreto 2737 de 1989 o Código del Menor a excepción de los artículos 320 a 325 y los relativos al juicio especial de alimentos los cuales quedan vigentes, también deroga las demás disposiciones que le sean contrarias.</i></p>

De lo expuesto, se colige que ocurrió la derogación expresa del articulado de la adopción establecido en el Código Civil, sustituyéndose el mismo por las disposiciones hoy contenidas en el Código de la Infancia y Adolescencia.

Al respecto, es importante señalar que la derogación de las leyes es una facultad atribuible al legislador, donde factores políticos, democráticos y económicos, conllevan a ajustar la norma a la realidad de la sociedad.

Bajo este entendido, es preciso indicar que no es posible la reforma del proceso de adopción mediante la inserción de los artículos señalados el proyecto de Ley, pues se desconocería la coherencia del sistema y el principio de la lex posterior.

Igualmente, es de relevancia traer a colación lo manifestado por la Corte Constitucional, frente a un nuevo concepto de derogatoria orgánica que de igual forma opera bajo el caso concreto, *““Orgánica, refiere a cuando la nueva ley regula integralmente la materia, que en términos de la Corte Suprema de Justicia supone “que la nueva ley realiza una mejora en relación con la ley antigua; que aquella es más adecuada a la vida social de la época y que, por tanto, responde mejor al ideal de justicia, que torna urgente la aplicación de la nueva ley; [...] que por lo mismo debe ser lo más amplia posible para que desaparezcan las situaciones que el propio legislador ha querido condenar y evidentemente arrasó con la ley nueva”⁵³”*

Bajo este criterio, si se considerara la reforma al proceso de adopción, mediante una ley posterior, se deben cumplir los parámetros presupuestados en el inciso anterior. Así las cosas, es oportuno y se debe hacer especial énfasis en este criterio, toda vez, que al hacer un análisis sistemático de los artículos del proyecto de reforma, encontramos que algunos de los términos que se utilizan fueron estudiados y declarados inexequibles por la Corporación citada e igualmente los procedimientos que señalan.

A manera de ejemplo, se relacionarán a continuación algunos de los artículos que desconocen el avance normativo y contrario sensu, retrotraen actuaciones que fueron derogadas o peor aún se imponen algunas no estipuladas en el Código de la Infancia y la Adolescencia que limitan de manera flagrante derechos fundamentales o no cambian en nada lo ya establecido.

- **Artículo 1782 del Proyecto de Ley:**

“A falta de uno de los padres, la representación del menor le corresponderá al otro; a falta de ambos, la representación le corresponderá provisionalmente al defensor de familia, y, en su defecto, al Ministerio Público, quienes deben, a la mayor brevedad, promover la designación de la guarda o la adopción de la medida de protección que sea del caso. En caso de conflicto de interés entre los padres y los hijos, corresponderá al defensor de familia y, en su defecto, al Ministerio Público, intervenir en favor del interés de aquellos últimos”

- a. De la ruta para la atención de presuntas vulneraciones o amenazas a menores de edad:

Al respecto, es necesario tener en cuenta que actualmente una vez el ICBF o los Comisarios de Familia tienen conocimiento de presuntas situaciones de amenaza o vulneración de derechos a un niño, niña o adolescente (para el caso particular, la falta de representantes legales o cuidadores

⁵³ Sala de Casación Civil. Sentencia del 28 de marzo de 1954. Citada en la sentencia C-529 de 2001. La Corte Constitucional ha destacado que la derogación orgánica puede tener características de expresa y tácita, atendiendo que el legislador puede explícitamente indicar que una regulación queda sin efectos o que corresponde al intérprete deducirla, después de un análisis sistemático de la nueva preceptiva (sentencia C-775 de 2010).

puede constituir una vulneración de derechos), el conducto regular es la asignación de un defensor o comisario de familia, quienes deberán ordenar al equipo técnico interdisciplinario conformado por profesionales del área de trabajo social, psicología y nutrición, realizar una verificación de garantía de derechos del niño, niña o adolescente⁵⁴, en los términos descritos en el artículo 52 del Código de la Infancia y la Adolescencia, la cual se deberá realizar de manera inmediata, salvo cuando el niño, la niña o adolescente no se encuentre ante la autoridad administrativa competente, evento en el cual, la verificación de derechos se realizará en el menor tiempo posible, el cual no podrá exceder de diez (10) días siguientes al conocimiento de la situación.

Con el resultado de esta verificación de derechos, la Autoridad Administrativa determinará la necesidad o no de dar apertura un PARD y dentro de este ordenar las medidas de restablecimiento⁵⁵ más convenientes de acuerdo a la particularidad de cada caso, o adelantar las acciones a que haya lugar según la situación específica.

En ese sentido, es importante señalar que en el marco del proceso será la Autoridad Administrativa junto con el equipo técnico interdisciplinario quienes determinen, de acuerdo con las circunstancias particulares de cada caso, cuál va a ser el proceso de atención que se va a desarrollar dentro del PARD.

Así las cosas, la ruta que actualmente se adelanta cuando se identifican presuntas situaciones de amenaza o vulneraciones de derechos a menores de 18 años, se realiza conforme a la norma vigente en materia de infancia y adolescencia, siempre en pro del interés superior de los niños, niñas y adolescentes; así mismo, se tienen determinadas las autoridades administrativas que son competentes para ordenar las medidas de restablecimiento de derechos a favor de los niños, niñas y adolescentes, como lo son, los Comisarios y Defensores de Familia, y no el Ministerio público, que si bien es un interviniente en el proceso, no tiene competencia para adoptar las medidas.

⁵⁴ Consiste en la verificación metódica que realiza el equipo técnico interdisciplinario, de las circunstancias particulares en las que se encuentra el menor de edad, con el fin de determinar si existe una real amenaza o vulneración de sus derechos⁵⁴. La verificación de derechos se realiza una vez la autoridad administrativa correspondiente emite auto de trámite en el que ordena adelantar las valoraciones y verificaciones consagradas en el artículo 52 de la Ley 1098 de 2006, modificado por el artículo 1º de la Ley 1878 de 2018.

⁵⁵ Artículo 53. Medidas de restablecimiento de derechos. Son medidas de restablecimiento de los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes las que a continuación se señalan. Para el restablecimiento de los derechos establecidos en este código, la autoridad competente tomará alguna o varias de las siguientes medidas:

1. Amonestación con asistencia obligatoria a curso pedagógico.
2. Retiro inmediato del niño, niña o adolescente de la actividad que amenace o vulnere sus derechos o de las actividades ilícitas en que se pueda encontrar y ubicación en un programa de atención especializada para el restablecimiento del derecho vulnerado.
3. Ubicación inmediata en medio familiar.
4. Ubicación en centros de emergencia para los casos en que no proceda la ubicación en los hogares de paso.
5. La adopción.
6. Además de las anteriores, se aplicarán las consagradas en otras disposiciones legales, o cualquier otra que garantice la protección integral de los niños, las niñas y los adolescentes.
7. Promover las acciones policivas, administrativas o judiciales a que haya lugar.

PARÁGRAFO 1o. La autoridad competente deberá asegurar que en todas las medidas provisionales o definitivas de restablecimiento de derechos que se decreten, se garantice el acompañamiento a la familia del niño, niña o adolescente que lo requiera.

PARÁGRAFO 2o. En el caso de niños, niñas y adolescentes víctimas de desastres naturales u otras situaciones de emergencia, las autoridades tomarán cualquiera de las medidas establecidas en este artículo y las demás que indiquen las autoridades encargadas de la atención de los desastres para la protección de sus derechos.

Por lo anterior, consideramos que el artículo 1782 del proyecto de Ley no se adecua ni tuvo en cuenta el procedimiento actual.

b. Del uso de la expresión menor:

Por otro lado, se observa el uso de la palabra “menor”, término que con la entrada en vigor de la Ley 1098 del 2006 fue considerado como peyorativa, por lo que en la actualidad no es dable hacer uso de dicha expresión teniendo en cuenta que los niños, las niñas, y los adolescentes son personas con protección constitucional reforzada y se convierten en sujetos de derechos, considerados como seres en desarrollo que poseen dignidad integral.

De igual modo, *enfaticó la Corte Constitucional mediante pronunciamiento C-442 de 2009⁵⁶ que “La doctrina sobre derechos fundamentales de los niños y niñas, **aboga en la actualidad por erradicar el uso de las expresiones “menor” y “menores de edad”, bajo el argumento de que dichas expresiones pueden confundirse con una categorización de inferioridad de los sujetos que designa. De ahí que, resaltada la importancia del uso adecuado del lenguaje como elemento esencial del desarrollo no sólo conceptual, sino práctico y pedagógico de los derechos fundamentales, considera que una expresión acorde con esta idea es la de “menores de dieciocho (18) años” que hace referencia al umbral que el sistema jurídico colombiano ha establecido para distinguir los estados civiles de minoría y mayoría de edad”** (Negrilla fuera de texto)*

Por lo anterior, se considera que dentro del texto del proyecto de Ley es necesario eliminar la palabra menor y hacer uso de expresiones tales como niños, niñas y adolescentes.

• **Artículo 1803 del Proyecto de Ley:**

*“Se encuentran legitimados para demandar la declaración judicial de paternidad extramatrimonial, el hijo personalmente o su respectivo representante legal; **cuando es incapaz** también podrá deprecarla la persona o entidad que haya cuidado de la crianza o educación del **menor**; el defensor de familia y el Ministerio Público. Durante el embarazo podrá promoverse la investigación de la paternidad por la madre o el defensor de familia. No podrá investigarse la filiación extramatrimonial de quien **ha sido adoptado en forma plena**, pero el adoptado tiene el derecho a conocer su origen mediante el ejercicio de la reclamación de estado, sin que se extinga la adopción, **salvo que así lo consienta el adoptado y adoptante. En este caso, la sentencia también quedará sujeta a lo dispuesto en el presente artículo.**”*

• **Artículo 1815 del Proyecto de Ley:**

***La adopción será plena**, en consecuencia, por la adopción el adoptivo cesa de pertenecer a su familia de sangre, bajo reserva del impedimento matrimonial del ordinal primero del artículo 1607. En consecuencia, carecen los padres y demás parientes de sangre de todo derecho sobre la persona y bienes del adoptivo; no podrán ejercer acción alguna de reclamación de estado, ni valdrá el reconocimiento que de la filiación de sangre hagan los padres de sangre. Cualquiera declaración del fallo contraria a lo aquí dispuesto, carece de valor. La adopción establece parentesco entre el adoptivo, el adoptante y los parientes de éste.*

• **Artículo 1817 del Proyecto de Ley:**

⁵⁶ Sentencia Corte Constitucional, C-442 del 8 de julio de 2009. Magistrado Ponente Humberto Antonio Sierra Porto.

*Los adoptados **en forma simple** bajo la anterior legislación o bajo la legislación extranjera, además de su estado civil de adoptivo, continuarán formando parte de su familia de sangre con todos sus derechos y obligaciones en ella. Con todo, en este caso el adoptante o el adoptivo podrán pedir la conversión de la adopción simple a plena si han llegado a faltar los padres consanguíneos o si éstos lo autorizan”* (Subrayado y negrilla fuera del texto)

a. Del uso de la expresión incapaz:

Dado que no es clara la redacción del artículo 1803 ya que en este no se especifica si la incapacidad de la que habla hace referencia a personas mayores o menores de edad, es importante recordar que de conformidad con el artículo 57 de la Ley 1996 de 2019, que señala:

“ARTÍCULO 57. modifíquese el artículo 1504 del Código Civil, que quedará así:

“Artículo 1504. Incapacidad absoluta y relativa. Son absolutamente incapaces los impúberes. Sus actos no producen ni aún obligaciones naturales, y no admiten caución. Son también incapaces los menores púberes. Pero la incapacidad de estas personas no es absoluta y sus actos pueden tener valor en ciertas circunstancias y bajo ciertos respectos determinados por las leyes. Además de estas incapacidades hay otras particulares que consisten en la prohibición que la ley ha impuesto a ciertas personas para ejecutar ciertos actos”.

Así las cosas, teniendo en cuenta que la incapacidad legal se presume únicamente para las personas menores de 18 años, consideramos necesario que esta salvedad se realice en el texto del proyecto de Ley con la finalidad de evitar confusiones.

b. De la adopción simple y plena:

Los términos adopción simple y plena estaban concebido en la ley 5 de 1975 para clasificar las clases de adopción, así:

“Artículo 277. Por la adopción simple el adoptivo continúa formando parte de su familia de sangre, conservando en ella sus derechos y obligaciones.

Artículo 278. Por la adopción plena el adoptivo cesa de pertenecer a su familia de sangre, bajo reserva del impedimento matrimonial del ordinal 9o del artículo 140. En consecuencia:

1o. Carecen los padres y demás parientes de sangre de todo derecho sobre la persona y bienes del adoptivo.”

En ese sentido, como se observa, con la entrada en vigencia del Código de la Infancia y la Adolescencia, estas expresiones fueron derogadas a través de su artículo 217, como se detalla a continuación:

“ARTÍCULO 101. <Artículo derogado por el artículo 217 de la Ley 1098 de 2006. Rige a partir del 8 de mayo de 2007> Las adopciones realizadas de acuerdo con la Ley 5a. de 1975, que no hubieren tenido la calidad de plenas, continuarán teniendo, bajo el imperio de este Código, los mismos efectos que aquella otorgaba a las calificadas de simples, pero la patria potestad sobre quienes fueron prohijados mediante adopción simple corresponderá al adoptante o adoptantes.

ARTÍCULO 102. <Artículo derogado por el artículo 217 de la Ley 1098 de 2006. Rige a partir del 8 de mayo de 2007> Las adopciones simples, a que se refiere el artículo anterior, tendrán los mismos efectos que este Código atribuye a la adopción, cuando así lo solicite el adoptante adoptantes ante el Juez de Familia competente, y se obtenga el consentimiento del adoptivo

ARTÍCULO 103. <Artículo derogado por el artículo 217 de la Ley 1098 de 2006. Rige a partir del 8 de mayo de 2007> A partir de la vigencia del presente Código, eliminase la figura de la adopción simple y, en consecuencia, los procesos respectivos que no hubieren sido fallados se archivarán. Con todo, si los adoptantes manifiestan su voluntad de convertirla en la adopción reglamentada por el presente estatuto, el proceso continuará en los términos en él previstos.” (Subrayado y negrilla fuera del texto)

En síntesis, en la legislación vigente solo existe una clase de adopción la cual le da al adoptivo y adoptante todos los derechos, deberes y calidades cuando se adquiere este vínculo jurídico, por ende, no deben considerarse los términos adopciones simples y plenas, ya que estos lesionan y desfiguran el vínculo que se pretende adquirir, y por ende se modifican los efectos jurídicos de este proceso establecido en el artículo 64 del Código de la Infancia y la Adolescencia.

c. De la reclamación en el proceso de adopción:

En el aparte final del artículo 1803 del proyecto de reforma se establece “el adoptado tiene el derecho a conocer su origen mediante el ejercicio de la reclamación de estado, sin que se extinga la adopción, salvo que así lo consienta el adoptado y adoptante. En este caso, la sentencia también quedará sujeta a lo dispuesto en el presente artículo”.

Frente a ello, es necesario realizar la comparación con la legislación vigente, así las cosas, el artículo 65 del Código de la Infancia y la Adolescencia, señala:

“ARTÍCULO 65. ACCIONES DE RECLAMACIÓN. Nadie podrá ejercer acción alguna para establecer la filiación consanguínea del adoptivo, ni reconocerle como hijo.

Sin embargo, el adoptivo podrá promover en cualquier tiempo las acciones de reclamación del estado civil que le corresponda respecto de sus padres biológicos, únicamente para demostrar que quienes pasaban por tales, al momento de la adopción, no lo eran en realidad.

La prosperidad de las pretensiones del adoptivo en este caso, no extinguirá los efectos de la adopción, salvo declaración judicial que la ordene y previo el consentimiento del adoptivo. El adoptante deberá ser oído en el proceso.” (Subrayado y negrilla fuera del texto)

Visto lo anterior, lo que se pretende con la modificación a este artículo es otorgarle una facultad al adoptante no prevista actualmente, pues debe térnense en cuenta su consentimiento antes de que se llegase a proferir sentencia, lo que implica, un retroceso frente a los derechos del adoptivo, al exigirse este prerrequisito y entabrar el proceso judicial, pues el papel que cumple el adoptante con la normatividad vigente, se limita, solamente a ser escuchado en el proceso y queda al arbitrio del juez la decisión sin ninguna condición.

Al analizar dicha modificación, es claro que se está restringiendo los derechos del adoptivo, y a su vez, se está desconociendo la convención de los derechos del niño acogida por Colombia mediante la ley 12 de 1991, donde se establece y se le reconoce a estos, el derecho fundamental al esclarecer su verdadera filiación.

En el mismo sentido, es acertado resaltar el concepto dado a la filiación por la jurisprudencia de la Corte Constitucional, el cual lo define como; “*uno de los atributos de la personalidad jurídica, puesto que ella está indisolublemente ligada al estado civil de la persona, y que, en este sentido, las personas tienen dentro del derecho constitucional colombiano, un verdadero derecho a reclamar su verdadera filiación*⁵⁷”.

En otro de sus apartes indica:

(...) “toda persona -y en especial el niño- tiene derecho no solamente a llevar los apellidos de sus padres, sino también a obtener certeza sobre su filiación, tanto paterna como materna, con el fin de reclamar su condición de hijo, y para que se cumplan en beneficio suyo las obligaciones de sus progenitores. (Negrilla fuera del texto)

(...) El derecho de un menor a un nombre y al conocimiento de su filiación resulta fundamental no solamente por el ya aludido mandato constitucional sino por cuanto en ello está de por medio su dignidad humana, ya que supone la posibilidad de ser identificado y diferenciado respecto de los demás individuos y el ejercicio de otros derechos, como los relativos a su alimentación, crianza, educación y establecimiento”.

Así pues, se establece según lo señalado por la Corte Constitucional que la filiación guarda relación de conexidad con preceptos y derechos fundamentales, como lo son el derecho a la personalidad, a la dignidad humana y al libre desarrollo de la personalidad, razón por la cual el hecho de que el niño, niña o adolescente, tenga certeza de quien es su progenitor constituye un principio de orden público y hace parte esencial del derecho fundamental a la personalidad jurídica.

Razón por la cual, se considera que no es acertada la modificación propuesta, ya que la misma no se encuentra acorde con preceptos jurisprudenciales y el bloque de constitucionalidad y además va en contravía de lo ya establecido en el Código de la Infancia y la Adolescencia.

- **Artículo 1806 del Proyecto de Ley:**

“Podrá adoptar quien siendo capaz, haya cumplido veinticinco años, tenga quince o más que el adoptivo y se encuentre en condiciones físicas, mentales y sociales idóneas para suministrar hogar a un menor de dieciocho años o a un mayor de esta edad que haya sido cuidado y haya convivido con el adoptante por lo menos dos años antes de haberla cumplido. En este último caso, bastará el consentimiento del adoptante y el adoptado expresados ante el juez competente para conceder la adopción.”

- **Artículo 1807 del Proyecto de Ley:**

“Los cónyuges o los compañeros permanentes inscritos con más de dos años de convivencia pueden adoptar conjuntamente, siempre que uno de ellos sea mayor de veinticinco años. “

Al respecto, es necesario señalar que estas normas son traída de los artículos 269 y 271 de la Ley 5 de 1975, la cual fue derogada por el Código del Menor, norma que a su vez fue derogada por el

⁵⁷ Sentencia Corte Constitucional C-109 de 1995, Magistrado Ponente: ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO.

Código de la Infancia y la Adolescencia, en ese sentido, en su momento se analizó la no pertinencia de esta redacción y se determinó la modificación de la misma, razón por la cual, en la actualidad los requisitos para adoptar se encuentran plasmados en el artículo 68 del Código de la Infancia y la Adolescencia.

Así las cosas, consideramos que no es conveniente dar nuevamente a la vida jurídica normatividad la cual surtió el trámite pertinente para su modificación.

Así mismo, se identifica que se pretenden flexibilizar los requisitos de los adoptantes cuando se adelante el trámite de forma conjunta, circunstancia que no está descrita en el artículo 68 de la actual legislación, la cual indica que *“Podrá adoptar quien, siendo capaz, **haya cumplido 25 años de edad**, tenga al menos 15 años más que el adoptable, y garantice idoneidad física, mental, moral y social suficiente para suministrar una familia adecuada y estable al niño, niña o adolescente. **Estas mismas calidades se exigirán a quienes adopten conjuntamente.**”*

- **Artículo 1808 del Proyecto de Ley:**

“La adopción como medida de protección de los niños, niñas y adolescentes se sujetará a lo prescrito en el Código de la Infancia y Adolescencia y normas que los sustituyan, modifiquen o complementen, sin perjuicio de lo dispuesto en este título”

Frente al análisis de este artículo, es claro que aunque se indica que la adopción se sujetara a lo prescrito en el Código de la Infancia y la Adolescencia, al señalar *“sin perjuicio de lo dispuesto en este título”*, se está supeditando la norma en cita a lo que se dice en el título de adopción en el proyecto de reforma, lo que trae como consecuencia, que esta última tendría prelación y debe subordinarse a lo que en ella se establezca. Circunstancia que como se indicó anteriormente está desconociendo la prelación legal que se debe dar a la norma contenida en el Código de la Infancia y la Adolescencia, por ser de rango superior al tratar derechos de los niños, niñas y adolescentes.

- **Artículo 1809 del proyecto de ley:**

*“El hijo **extramatrimonial** podrá ser adoptado por el cónyuge o compañero permanente de su padre o madre, con el consentimiento de éste o ésta.”*

- **Artículo 1810 del proyecto de ley:**

*“La adopción de **menores no abandonados requerirá el consentimiento de los padres**. Si uno de ellos falta será suficiente el del otro. **A la madre le corresponde dar el consentimiento en relación con los hijos extramatrimoniales no reconocidos por el padre**. Si el menor se encuentra abandonado, el consentimiento será dado por el defensor de familia; Los adoptables, en cuanto puedan expresarse, deberán ser oídos.”* (Subrayado y negrilla fuera del texto)

- a. De la expresión hijos extramatrimoniales:

En primer lugar, se debe tener en cuenta que la expresión hijos extramatrimoniales, fue declarada inexecutable en sentencia de constitucionalidad C-145/10, magistrado ponente Gabriel Eduardo Mendoza Martelo donde se reiteró:



*“cuando se trate de hijos extramatrimoniales” resulta discriminatoria y viola principio de igualdad material. El mandato constitucional según el cual los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica, tienen iguales derechos y deberes, supone el derecho a la igualdad en el marco de las relaciones familiares, con un impacto importante y definitivo, dirigido a garantizar que los hijos no sean sometidos a tratos discriminatorios por razón de su origen familiar, es decir, por su condición de hijos legítimos, extramatrimoniales y adoptivos, siendo rechazada por la jurisprudencia constitucional cualquier forma de discriminación entre ellos, esto es, cualquier diferencia de trato que se base únicamente en que los unos sean hijos nacidos dentro de un matrimonio y los otros no. Así la expresión **“cuando se trate de hijos extramatrimoniales”, del artículo 62 del Código Civil, con las modificaciones introducidas por los Decretos 2820 de 1974 y 772 de 1975, es inconstitucional, por cuanto consagra una diferencia de trato por razón de origen, que resulta a todas luces discriminatoria, pues la regla que prevé es sólo respecto de éstos.**”*
(Subrayado y negrilla fuera del texto)

b. Del Proceso Administrativo de Restablecimiento de Derechos- PARD:

En segundo lugar, refiriéndonos al artículo 1810 respecto a la expresión “*menores no abandonados*”, esta fue derogado por el Código de la Infancia y la Adolescencia, dado que era un término utilizado en la ley 5 de 1975 “**Artículo 282. Para efectos de la adopción, se entiende que se encuentran abandonados**”

En este sentido y dando aplicación al interés superior de los niños, niñas y adolescentes, se motivó el desarrollo de todo un sistema de protección, estipulado en el Código de la Infancia y la Adolescencia, en donde precisamente se apartó de todo concepto de situación irregular, como la descrita “*se encuentran abandonados*”, para desarrollarlas en las llamadas situaciones de vulneración, por ende se regularon de manera concreta las circunstancias en que estos sujetos de especial protección, pueden tener sus derechos amenazados o vulnerados, siendo una de esas, el abandono. Resultando entonces, ser la primera situación en que deben ser protegidos, tal como se señala el numeral 1 del artículo 20 de la norma en cita:

“ARTÍCULO 20. DERECHOS DE PROTECCIÓN. *Los niños, las niñas y los adolescentes serán protegidos contra:*

1. El abandono físico, emocional y psicoafectivo de sus padres, representantes legales o de las personas, instituciones y autoridades que tienen la responsabilidad de su cuidado y atención.”

En este caso, con la entrada en vigor del Código de la Infancia y la Adolescencia lo que se debe iniciar es una actuación administrativa conocida como Proceso Administrativo de Restablecimiento de Derechos, que es el conjunto de actuaciones administrativas y judiciales que deben desarrollarse para la restauración de los derechos de los niños, las niñas y adolescentes que han sido vulnerados, amenazados o inobservados. Dicho proceso constituye un instrumento fundamental para la realización de los mandatos constitucionales y para la operatividad del Código de la Infancia y la Adolescencia. Este proceso especial incluye las acciones, competencias y procedimientos necesarios para que las autoridades administrativas facultadas por la ley restablezcan a los niños, las niñas y los adolescentes el ejercicio pleno y efectivo de sus derechos, de acuerdo con sus características y necesidades particulares de cada caso.

Claro lo anterior, en caso de que se ponga en conocimiento del ICBF una presunta situación de vulneración o amenaza de derechos a un niño, niña o adolescente, de forma inmediata se asigna a un defensor de familia para que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 52 del Código de

la Infancia y la Adolescencia, ordene al equipo técnico interdisciplinario de la defensoría de familia (psicólogo, trabajador social, y nutricionista), adelantar una verificación de garantía de derechos, con la finalidad de identificar si hay lugar a la apertura de un Proceso Administrativo de Restablecimiento de Derechos –PARD– y la adopción de medidas de conformidad con el caso específico.

Ahora bien, si en el curso del PARD a través de las distintas valoraciones y trabajo con la familia del menor de edad, se identifica que la misma no es garante para la protección de los derechos del niño, niña o adolescente y no se encuentra red extensa o vincular que garantice los derechos del menor de 18 años, el defensor de familia como última ratio tiene la posibilidad de declarar la situación de adoptabilidad del niño, niña o adolescente y en consecuencia terminar con los efectos de la patria potestad que ejercen los padres sobre sus hijos/as menores de edad.

Debe decirse que la declaratoria de adoptabilidad es una forma de definición de la situación jurídica de un menor de edad y por su naturaleza y consecuencias legales es excepcionalísima, ya que conlleva a la adopción⁵⁸ del niño, niña o adolescente, pues se propende porque a ellos se les garantice el derecho fundamental a tener una familia y no ser separado de ella.

Como se observa, la declaratoria de adoptabilidad surge como una medida de restablecimiento de derechos dentro de un PARD, de tal forma, que ante la legislación vigente no es posible que se requiera el consentimiento para la adopción en los casos en los cuales dentro del trámite administrativo se identifique que la familia no es garante del cuidado y protección del menor de 18 años.

Se concluye, que estos artículos son inconstitucionales, pues contienen preceptos ya derogados e inexecutable, además se está omitiendo el procedimiento existente, establecido en el Código de la Infancia y la Adolescencia, como consecuencia, se debe suprimir o remitirse a lo indicado por esa norma.

- **Artículo 1811 del Proyecto de Ley:**

“Cuando el menor estuviere bajo el cuidado personal de uno de sus parientes o de otra persona, éstos podrán oponerse a la adopción y si, a juicio del juez, demuestran condiciones idóneas para conservar su custodia, se accederá a su solicitud y se pondrá fin al proceso.”

Al respecto, es necesario recalcar lo indicado en el examen precedente, del artículo 1810 del proyecto de reforma, en virtud de que la situación descrita en este fue regulada por el Código de la Infancia y la Adolescencia, al establecerse el Proceso Administrativo de Restablecimiento de derechos como el mecanismo idóneo para la restauración de la dignidad de los derechos amenazados o vulnerados de los menores de edad que lo requieran.

Así las cosas, como se indicó en el curso del trámite administrativo la defensoría de familia en un primer momento busca adelantar las actuaciones relativas a la protección familiar del menor de 18 años, es decir adelantar todo el acompañamiento psicosocial pertinente para el fortalecimiento de dinámicas de protección y lazos familiares con familia nuclear o extensa, con la finalidad de reintegrar al niño, niña o adolescente con su núcleo familiar, sin embargo, en caso de no lograrse

⁵⁸ Artículo 61 de la Ley 1098 de 2006 “La adopción es, principalmente y por excelencia, una medida de protección a través de la cual, bajo la suprema vigilancia del Estado, se establece de manera irrevocable, la relación paterno-filial entre personas que no la tienen por naturaleza”.

este objetivo en pro del interés superior y prevalencia de derechos del niño, niña o adolescente, es necesario concluir el proceso con la declaratoria de adoptabilidad.

En todo caso, de conformidad con lo establecido en el inciso 6 del artículo 100 del Código de la Infancia y la Adolescencia:

“El fallo es susceptible de recurso de reposición que debe interponerse verbalmente en la audiencia, por quienes asistieron a la misma, y para quienes no asistieron se les notificará por Estado; el recurso se interpondrá en los términos del Código General del Proceso y se resolverá dentro de los diez (10) días siguientes a su formulación.

Resuelto el recurso de reposición o vencido el término para interponerlo, el expediente deberá ser remitido al juez de familia para homologar el fallo, si dentro de los quince (15) días siguientes a su ejecutoria, alguna de las partes o el Ministerio Público manifiestan su inconformidad con la decisión. El Ministerio Público lo solicitará con las expresiones de las razones en que funda su oposición.

El juez resolverá en un término no superior a veinte (20) días, contados a partir del día siguiente a la radicación del proceso.”

Así las cosas, en atención a que ya existe un trámite para adelantar las actuaciones administrativas para la salvaguardar de los derechos de los niños, niñas y adolescente, se considera que no es pertinente la modificación propuesta.

En este sentido, primero se surte el proceso administrativo para determinar la situación de adoptabilidad del niño, niña y adolescente y posteriormente se surte la etapa de adopción que es judicial y en la cual, conforme al artículo 126 del Código de Infancia y Adolescencia, modificado por el artículo 11 de la Ley 1878 de 2018,

*“El juez podrá señalar un término de máximo diez (10) días, para decretar y practicar las pruebas que considere necesarias, las cuales **no podrán versar sobre las decisiones judiciales o administrativas que declararon la situación de adoptabilidad cuando estas se encuentren en firme.** Vencido este término, tomará la decisión correspondiente”*

Por lo anterior, no es dable que el proyecto de reforma considere en instancia judicial, que se sigan presentando oposiciones frente a la custodia.

Conclusión

Por lo expuesto, se demuestra que el proyecto de reforma del Código Civil, en lo relacionado con la adopción, es inconveniente y no moderniza la normatividad, ya que se están retomando artículos del Código Civil que se encuentran derogados por el Código de la Infancia y Adolescencia, los cuales no garantizaban procedimientos idóneos para proteger los derechos de los niños, niñas y adolescentes, y al contrario, se establecían términos discriminatorios como los ya mencionados, los cuales no estaban acorde a los tratados internacionales (Convención de los derechos del niño) que son vinculantes y hacen parte del bloque de constitucionalidad, razón principal, para determinar que esta propuesta podría implicar, adicionalmente, aspectos inconstitucionales.

FILIACIÓN Y LA UNIÓN MARITAL DE HECHO

Juan Enrique Medina Pabón
Helí Abel Torrado Torrado
Jaime Londoño Salazar

La necesidad de ajustar todo el régimen de familia

En general todas las falencias advertidas por los equipos que participamos en el estudio del Proyecto de Código Civil, están presentes en el aparte estudiado sobre filiación y unión marital de hecho, que se resumen en que la propuesta estudiada en algunos casos no moderniza la regla o mejor mantiene anacronismos evidentes, tiene aspectos **inconvenientes**, incongruencias con el **resto del sistema jurídico** y se advierten algunos artículos inconstitucionales, especialmente con la incierta y cuestionable jurisprudencia de la Corte Constitucional en el campo de la relación marital y la filiación; a lo cual agregamos que tampoco es un modelo de orden secuencial de los temas a tratar.

Pero, al contrario de otras materias como el Derecho de bienes, obligaciones o contratos e incluso en sucesiones, cuyo contenido axial se conserva razonablemente intacto en el código actual, el Derecho de familia, reclama una urgente reestructuración que ponga algo de orden al caótico régimen introducido desde la Constitución política de 1991, al abandonar los modelos jurídicos en esta materia y ceder el lugar primordial a las situaciones fácticas (vínculos naturales, las llama el artículo 42 de la Carta), dejando lo institucional en un puesto residual; lo que, por supuesto, está ostensiblemente alejado del fundamento de la ciencia del Derecho, cuyo única misión, como sabemos, es disponer y exigir a los asociados comportamientos que, no solo se estiman más convenientes para la calidad, seguridad y progreso de la sociedad, sino que tienen el propósito de modular o impedir que los comportamientos derivados de las tendencias naturales del sujeto terminen enfrentados con los intereses colectivos o el orden público.

Los modelos jurídicos ciertamente encasillan a muchos individuos en la situación regulada, en contra de su propio criterio y se pueden prestar (de hecho se han prestado) para descalificaciones y discriminación, pero claro, no por culpa de la norma en sí, sino por las incontables formas de abuso en que incurren los sujetos y las mismas instituciones (otra creación humana) en todos los campos; por eso la normatividad jurídica es un “deber ser”. Pero esos atropellos no se eliminan abandonando el modelo jurídico, sino detectando y proscribiendo de los comportamientos abusivos individuales o colectivos.

Los paradigmas y modelos permiten reconocer, en ésta y las demás ciencias, cuáles estructuras paralelas o semejantes son adecuadas, mediante un elemental ejercicio de comparación, permitiendo encontrar soluciones útiles a las incontables situaciones de interesan al ser humano, individualmente o como elemento del conjunto, porque dejar el sistema de acción en grupo al vaivén de las opiniones y tendencias individuales es un llamado a la anarquía.

En el sistema jurídico había un modelo y paradigma de familia en la forma como el legislador de cada momento del desarrollo cultural consideró que debían establecerse las relaciones interpersonales de convivencia e intimidad entre sujetos reproductivos, generación de hijos, sostenimiento del conjunto, manejo de la autoridad doméstica, transferencia o tradición a las generaciones venideras los valores intrínsecos y de orden patrimonial, con una parametrización fácilmente identificable que podía contrastarse con los demás fenómenos familiares fácticos presentes en determinada sociedad,

permitiendo advertir su legitimidad o su ilegitimidad o, de tratarse de hechos que no enmarcan en esos dos extremos que plantea el rígido concepto de lo “regular – irregular”, mantener su reconocimiento y protección, dejando que la libertad dicte el comportamiento del individuo del modo que mejor le parezca.

Pero ahora el matrimonio y la relación filial es una amalgama de situaciones sin contornos definidos, que no permiten encontrar unas directrices ciertas, comunes a todos y que solucione en máxima medida los inevitables conflictos entre personas que comparten la cotidianidad y los recursos destinados a satisfacer necesidades primarias e ineludibles, según la visión de cada cual.

Para que pueda apreciarse la realidad de estas afirmaciones, que a primera vista parecen exageradas presentemos a la familia de hoy.

En cuanto a las **familias regulares** (las que se ajustan a una norma positiva) encontramos

- Biparentales, monoparentales y uniparentales

En materia de **Uniones Matrimoniales** hay:

- Homosexuales y heterosexuales
- Vigentes, recompuestas o ensambladas, disueltas

A su lado están **las uniones maritales de hecho**

- Homosexuales y heterosexuales
- Declaradas y sin declarar
- Uniones sexuales excluyentes pero sin convivencia real o sin *animus maritalis* (noviazgos, relaciones premaritales, parejas no convivientes) y concubinarias reconocidas en la sentencia SC-8225 del 15 de marzo de 2016 de la Corte Suprema.

Sobre el establecimiento de la **relación paterno filial** encontramos formas:

- Puramente fáctica (la maternidad) y las paternalidades presuntas, paternalidades por reconocimiento, y paternalidades declaradas en proceso judicial.
- En otro aspecto encontramos atribuciones filiales genéticas (por generación natural o con asistencia científica) y filiaciones atribuidas con o sin respaldo del Derecho (adopción, reconocimiento de hijos no generados por uno o ambos parentales, hijos procreados con genes heterólogos y hasta reconocimiento de negocios jurídicos de subrogación materna).
- A esto se suma la filiación por crianza, creada por nuestras cortes, sin mayor soporte conceptual, la cual es coetánea con la filiación de ley, sin que nadie haya explicado su alcance, cuál prevalece y en qué condiciones.

Por último, para modificar o retirar la filiación cuando no coincide con la realidad o con el Derecho, hay un único y arcaico régimen (impugnación de la maternidad o la paternidad), que abarca fenómenos derivados de fallas en decisiones judiciales, errada aplicación de las normas, vicios en las declaraciones de voluntad y problemas de prueba y problemas de registro del estado civil, cuyo tratamiento por fuerza tiene que ser diferente, atendiendo la heterogeneidad de los fenómenos.

Al introducir directamente en el régimen legal, fenómenos de diverso orden y alcance según la apreciación jurisprudencial, aisladamente y sin ninguna estructura, se destabilizó hasta los cimientos el Derecho de familia y esta es la hora de empezar la reconstrucción y organización, incorporando, con método, los avances culturales de esta época al Derecho positivo de la Nación.

Conclusiones del estudio y propuestas del grupo

Ante este reto, el equipo de trabajo se centró en identificar los cruciales esenciales sobre los cuales debe girar la eventual reforma del régimen de filiación y al respecto propuso enfatizar en que los hijos que nazcan a una mujer en unión formal (matrimonio o unión marital de hecho **declarada**), durante la vivencia de la relación y hasta 300 días de disuelta deben tener por parental a su pareja (de cualquier sexo) y por ello debe abandonarse el criterio de la presunción de paternidad, que pasó a ser un medio errado de comprobar la procreación al descubrirse y popularizarse la prueba de ADN. Hoy es en realidad una **atribución legal** que señala a determinado sujeto como paternal de la criatura, abriendo espacio a dos excepciones puntuales: las relativas a la incertidumbre de asignación por coexistencia de matrimonio y unión marital de hecho, y las relativas a la errada atribución de la paternalidad por ausencia de vínculo genético o por fallas en la asunción de la paternalidad.

Cuando no exista la posibilidad de atribución legal directa de la paternalidad por falta de vínculos entre la madre y un tercero, el vínculo filial se establece por el reconocimiento de su condición por quien estima ser el paternal y, en defecto de este reconocimiento, admitir la investigación y declaración judicial de la filiación por procreación.

Paralelamente se aludió a las formas legítimas de asignación de hijos a otras familias como la adopción y la subrogación de vientres, siendo en este caso necesario adecuar el sistema, porque las cortes olvidaron que ante el Derecho positivo actual es un imposible jurídico un contrato de esta naturaleza, porque la madre tiene prohibido renunciar a su maternidad hasta que ha pasado un mes del parto.

Y no se dejó de lado la mención a las incorporaciones familiares extra jurídicas (no antijurídicas) como la familia recompuesta o la de crianza y la familia de acogida o por solidaridad, proponiendo un sistema de **oponibilidad** de la relación mientras ésta se mantenga y que incluso pueda llegar a ser declarada cuando se den las circunstancias previstas para la posesión notoria del estado civil.

En cuando a la modificación y supresión de los vínculos jurídicos paterno filiales y de parentesco se hicieron las observaciones relativas al tratamiento que debe dársele a los variados fenómenos, según su naturaleza, pero evitando las disonancias de tratamiento que puedan convertirse en el desconocimiento de los intereses y derechos individuales o que abran la puerta a la elusión de las reglas.

El segundo tema fundamental del estudio era el de la unión marital de hecho, sus efectos en lo personal y en lo patrimonial, que en el proyecto está bien concebido, al eliminar muchas de las fallas que tenía la ley 54 de 1990 tanto en la conformación, como en el régimen de la sociedad patrimonial, por lo que las observaciones se limitaron a la sugerencia de precisiones y correcciones.

Quedó a estudio y solución del comité redactor del proyecto, el tema de la familia uniparental, en que el hijo tiene solamente una rama familiar (por adopción o por desconocimiento de la pareja, sea real o acordado dentro de los procesos de fertilización asistida o por ocultación consensuada, pero legítima de la condición de paternal), en cuanto a la conformación, desarrollo, restablecimiento de la biparentalidad y otros asuntos por resolver.

Finalmente hay que anotar que el trabajo del grupo no se centró en la crítica del contenido del proyecto (que la hubo y profusa), sino en formular las propuestas de corrección y complementación de las reglas estudiadas, de modo que se diera riguroso cumplimiento al atento pedido de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional y los redactores finales del proyecto de hacerle una **revisión** y, de paso, aprovechar que ya se recorrió la parte más dispendiosa de toda ley y permite contar un soporte real sobre el cual incorporar mejoras y correcciones, pero evitando que, como sucede habitualmente en nuestro medio, se descarte todo lo hecho y tenga que comenzarse nuevamente.

Observaciones a los artículos del proyecto del código civil

Artículos 1727- 1787, 1789-1805

NOTA: En el proyecto se incorporan las observaciones de cada uno de los participantes que se estimaron necesarias.

1. ARTÍCULO 1602

Son hijos legítimos los matrimoniales, los extramatrimoniales y los adoptivos.

Observaciones al artículo:

H. A. Torrado:

- La filiación matrimonial y la no matrimonial, forman parte de la llamada **filiación por naturaleza**. El carácter de filiación **matrimonial viene determinado porque** los cónyuges están casados entre sí, y en la filiación **no matrimonial**, no existe ese vínculo entre ellos dos. Junto a la filiación por naturaleza, también se reconoce la **filiación por adopción**. Adicionalmente, hoy, debido a los avances y descubrimientos científicos en los campos de la biomédica y la biotecnología, las formas de reproducción de la especie humana se han modificado al punto de ser posible acceder a la fecundación *in vitro*, inseminación artificial, transferencia de embriones y demás. Esto significa que, de conformidad con lo previsto en el artículo 42 de la Constitución Política y los lineamientos jurisprudenciales, la filiación puede ser también por reproducción artificial. Precisamente por esas razones, pareciera recomendable adicionar el texto de la norma propuesta, haciendo una referencia expresa a la filiación por naturaleza, mediante técnicas de reproducción humana asistida, matrimonial o extramatrimonial, entre personas de diferente o igual sexo, sin que haya ninguna clase de distinciones de efectos entre una u otra.
- También es conveniente establecer que ninguna persona puede tener más de dos vínculos filiales, cualquiera sea la naturaleza de la filiación.
- En caso de reproducción asistida con un tercero donante, debería consignarse que no podrá establecerse ningún vínculo de filiación entre el donante y el hijo nacido de la reproducción, y que no podrá ejercerse ninguna acción de responsabilidad civil contra el donante.

2. ARTÍCULO 1727

El hijo concebido durante el tiempo de convivencia matrimonial es hijo matrimonial.

Se presume concebido durante el matrimonio, el hijo que nace después de ciento ochenta días contados a partir de la celebración del matrimonio, o antes de expirar trescientos días contados a partir de su disolución.

Observaciones al artículo:

H. A. Torrado:

La propia estructura creada por los autores del proyecto, al clasificar la filiación matrimonial, por un lado, y la filiación extramatrimonial, por el otro, incluyendo en esta última a los hijos concebidos durante la unión marital de hecho, pareciera regresiva. Ciertamente, el artículo 213 del Código Civil, tal como fue reformado por el artículo 1° de la ley 1060 de 2006, determina que el hijo concebido durante el matrimonio o durante la unión marital de hecho, tiene por padres a los cónyuges o compañeros permanentes, de manera concluyente, sin sujeción a ninguna clase de presunciones, subsistiendo la posibilidad de probar lo contrario en un proceso de investigación o impugnación de la paternidad. Este es un evidente avance en la búsqueda de la aplicación del principio de la *unidad de filiación*, y de la igualdad legal para todos los niños, sean estos nacidos de padres unidos a través de un matrimonio, o de otra clase de relaciones maritales (Ley 29 de 1982, artículo 1°).

En el anterior orden de ideas, no parece conveniente hacer esa clasificación reglamentando la filiación extramatrimonial de manera independiente, a partir de los artículos 1793 y siguientes del proyecto, y desoyendo los evidentes progresos que en esa materia se alcanzaron por medio de la citada ley 1060 de 2006.

- La presunción establecida en el texto que se propone parece no estar acompañada con la época actual, cuando la paternidad puede ser acreditada con pruebas directas.
- Ver diversos instrumentos internacionales relativos a la protección y a la igualdad ante la ley de todos los hijos. Por ejemplo, el artículo 17 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos - Pacto de San José de Costa Rica - de 1969 dispone que “la ley debe reconocer iguales derechos tanto a los hijos nacidos fuera de matrimonio como a los nacidos dentro del mismo”. Y los “Principios generales sobre la igualdad y la no discriminación respecto de las personas nacidas fuera del matrimonio”, elaborados por el Consejo Económico y Social de Naciones Unidas, en 1978, destacan que “una vez determinada la filiación, toda persona nacida fuera de matrimonio tendrá igual condición jurídica que la nacida de matrimonio”. En el artículo 8°, la Convención sobre los Derechos del Niño, se dice que “Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad...”

J. Londoño:

Establece la presunción de paternidad matrimonial (antigua presunción de legitimidad), en función de que la concepción se haya dado “durante el ***tiempo de convivencia matrimonial***”, que parece una noción diferente a “durante el matrimonio” que se mantiene para la otra hipótesis de presunción (después de 180 días de celebrado y antes de 300 días a la disolución).

Deberá ajustarse, en tanto que la presunción cobija en la hipótesis de la concepción durante la convivencia del matrimonio, pero excluye la ocurrida durante el matrimonio sin convivencia, la que también ocurre y debe quedar cubierta.

J. E. Medina:

Presunción de paternidad. La presunción de paternidad (un medio de prueba) se justificaba en el Derecho antiguo porque era prácticamente imposible determinar el progenitor de un hijo, habida cuenta de la reserva propia de las relaciones sexuales y al hecho de la pluralidad de individuos que pueden acceder a una mujer. El sistema jurídico entonces estableció una serie de condiciones tendientes a limitar las relaciones sexuales con alguien diferente del marido (fidelidad) y con ello **suponer** (inferir o deducir) que si la esposa cumplía y tenía un hijo, este debería ser del marido, a menos que pudiera demostrarse lo contrario.

Pero ese sistema de probar el vínculo genético perdió toda su justificación con las pruebas de ADN, lo que exige **eliminar la presunción** (ya es un hecho probable, no deducido). Pero claro, esto no quiere decir que el hijo de mujer casada no sea por principio hijo jurídico de su pareja (**sea de cualquier sexo**, por razón de las decisiones de la Corte Constitucional lo que hace necesario cambiar el nombre de paternidad **por paternalidad** para cobijar **todas las parejas**), pero no por suponerlo o presumirlo, sino por la **atribución legal directa**, con las excepciones que se **consagren expresamente** en la ley, como tendremos oportunidad de comentarlo.

Por otro lado, el Derecho colombiano actual tiene por padre al otro miembro de la pareja cuando el hijo de ella haya **nacido** durante la vigencia de la relación y hasta los 300 días de disuelto el matrimonio como puede verse en la ley 1060 de 2006 (aunque confusamente - Arts. 2º y 4º). Además, está el asunto de que la ley 1060, incluyó al hijo nacido en la unión marital de hecho dentro del tratamiento de determinación de la paternidad por nacer en el vínculo y no creo que pueda abandonarse ese criterio.

Estas son las propuestas para el título del capítulo y este artículo:

FILIACIÓN EN LA UNIÓN FORMAL

CAPÍTULO I

Hijos concebidos o nacidos durante la comunidad doméstica marital

1. Atribución de paternalidad

“El hijo nacido durante la vigencia de una unión marital formal o dentro de los 300 días siguientes a la disolución de la misma, tiene por paternal a su pareja formal.

Parágrafo: Para efectos del presente capítulo son uniones maritales formales el matrimonio y la unión marital de hecho debidamente declarada.”

3. ARTÍCULO 1728

Será también hijo matrimonial el concebido mediante inseminación artificial con semen del marido o de un tercero, cuando aquél lo autorizó y el acto médico se llevó a cabo en vida del mismo o después de su muerte, siempre que en este último caso el hijo nazca dentro de los trescientos días siguientes a su fallecimiento. Cuando la reproducción asistida se efectúe con la contribución de un tercero donante, no podrá establecerse ningún vínculo de filiación entre el donante y el hijo procreado, ni reclamársele responsabilidad alguna por este concepto.

Será matrimonial el hijo concebido entre los cónyuges pero gestado subrogadamente, en los términos del artículo 51.



Parágrafo. La reproducción humana asistida solamente puede adelantarse con el consentimiento previo, informado, libre y revocable del interesado o interesados, antes de su realización, y de acuerdo con las reglamentaciones gubernamentales y los protocolos científicos.

Las personas nacidas de esta forma tienen frente a sus padres y entidades pertinentes, el derecho a la información médica de la identidad y caracteres genéticos del donante, para efectos de salud, información generacional o de otra índole personal.

Observaciones al artículo:

H. A. Torrado:

En el texto del inciso primero del artículo 1728 hay una evidente inconsistencia, al determinar que el nacimiento del hijo concebido mediante inseminación artificial, a través de un procedimiento médico llevado a cabo después de la muerte del marido o de un tercero que aportó el semen, necesariamente deba realizarse dentro de los 300 días del fallecimiento.

J. E Medina:

Del hijo matrimonial por procreación asistida. El hijo por procreación asistida que nace durante el matrimonio o la unión marital de hecho y hasta los 300 días siguientes a la disolución, queda cobijado por la **atribución** de paternalidad, luego no es necesario que se diga su condición.

Lo necesario es regular la filiación del hijo por procreación asistida, nacido cuando **ya han pasado más de 300 días** de la unión pero con gametos del marido o compañero y determinar su condición como heredero, así como dar las reglas primarias de la **procreación asistida** y los medios para comprobar la legitimidad y seguridad de **los procesos de fertilización**.

Este artículo podría decir:

“Los hijos nacidos a la mujer luego de 300 días de disuelta la unión formal serán atribuidos a quien fuera el cónyuge o compañero cuando en la fertilización se utilicen gametos de éste, siempre el procedimiento de fertilización asistida haya sido autorizado formalmente por la pareja y con el lleno de los requisitos previstos en la ley para este tipo de procedimientos”.

La filiación por gestación subrogada se regirá por las disposiciones del artículo 51

Parágrafo primero: La reproducción humana asistida solamente puede adelantarse con el consentimiento, informado, libre y revocable del interesado o interesados, manifestado antes de su realización, y de acuerdo con las reglamentaciones gubernamentales y los protocolos científicos.

Los hijos procreados con asistencia científica tienen frente a sus padres y entidades pertinentes, el derecho a la información médica de la identidad y caracteres genéticos del aportante genético anónimo, para efectos de salud, impedimentos legales por parentesco genético, información generacional o de otra índole personal. No podrá reclamarse la paternalidad del hijo concebido aportación genética heteróloga anónima por parte de quien hizo donación anónima de sus gametos.

Parágrafo segundo: Los derechos del hijo nacido pasados 300 días de la disolución de la unión regirán por las disposiciones de este Código, pero no tendrá derechos patrimoniales si nace luego de dos años de terminado el vínculo formal'

4. ARTÍCULO 1729

No se presume hijo del marido el concebido durante la separación judicial o extrajudicial de cuerpos o separación de hecho de los cónyuges, a menos de probarse que el marido lo reconoció como suyo, o que durante la separación hubo reconciliación entre los cónyuges.

Observaciones al artículo:

H. A. Torrado:

La presunción establecida en el texto del artículo 1729 que se propone, parece no estar acompañada con la época actual, cuando la paternidad puede ser acreditada con pruebas directas. Además, si la separación de cuerpos (judicial, extrajudicial o, de hecho, como la clasifica el proyecto) no implica la disolución del matrimonio, habría que concluir que, en vigencia de este, se daría aplicación al artículo 1727, que determina que el hijo concebido durante el matrimonio de sus padres es hijo legítimo.

J. E. Medina:

Excepciones a la atribución de paternalidad. Ciertamente el hijo concebido o nacido durante la separación judicial o extrajudicial de cuerpos no debe tenerse por hijo de la pareja, pero hay otros casos en que existen dudas por la superposición de parejas en los tiempos en los que le es atribuible la parentalidad que se insinúan en la ley actual sin respuesta. Debe aprovecharse este artículo para mencionar estas excepciones:

“No serán aplicables las disposiciones de los artículos precedentes:

- 1. Al hijo de la esposa o compañera permanente separada de cuerpos de Derecho o de hecho cuando hayan transcurrido más de 300 días de la separación. La paternalidad de este hijo será determinada bajo las normas de la filiación no atribuida por la ley.*
- 2. Al hijo nacido a la cónyuge o compañera permanente separada de bienes, cuya pareja ha establecido unión marital de hecho declarada con otro.*
- 3. Al hijo de la esposa separada de bienes, que ha establecido una unión marital de hecho declarada. En este evento, el hijo tiene por parental al compañero permanente actual.*

Parágrafo: *Cuando la madre contrajo matrimonio o estableció unión marital de hecho declarada, antes de cumplirse los 300 días de la disolución del matrimonio o la unión marital de hecho declarada anterior, el hijo tendrá por padre al marido o compañero permanente del matrimonio o la unión vigente”.*

5. ARTÍCULO 1730

La filiación matrimonial cesa con la ejecutoria de la sentencia que acoja la acción de impugnación promovida oportunamente por las personas y por las causales legales.

Los vicios y defectos que afecten la validez del acto o del registro civil que consecuentemente destruya la filiación matrimonial, solo podrán alegarse dentro de la acción de impugnación correspondiente.

También cesa la filiación matrimonial con la repudiación expresa y oportuna que haga el mayor de edad del reconocimiento hecho por las personas indicadas en los artículos anteriores, y con la ejecutoria de la sentencia que decreta la adopción plena del hijo.

No se extingue la filiación matrimonial con la mera prueba de marcadores genéticos que indiquen su exclusión, y tampoco con la sentencia que solamente establezca el mero origen biológico de una persona.

Observaciones al artículo:

J. Londoño:

El último inciso es innecesario, en tanto que el inciso primero es suficientemente claro, sobre la única manera en la que cesa la filiación matrimonial.

J. E. Medina:

La cesación del vínculo filial. El artículo tiene una serie de situaciones que no se refieren a la impugnación de la paternidad y propone la repudiación de un **reconocimiento** “por las personas indicadas en los artículos anteriores”, pero no se ha hablado en ellos del reconocimiento y como veremos adelante este reconocimiento no tiene cabida ni por ende el repudio (ver comentario al capítulo II). Mi criterio es que no es posible, porque la filiación no solo es un asunto entre dos, sino que toca con la familia extensa y se proyecta en muchos frentes del Derecho, tanto en los atributos de la personalidad (nacionalidad, domicilio, parentesco), como en los derechos netamente interpersonales, así como en los económicos, que harían casi imposible de aplicarlo. Parto de la base de su imposibilidad pero sin cerrar la puerta a casos muy excepcionales en los que podría darse la negación de la parentalidad con un régimen propio y detallado.

Por otro lado debe estudiarse con seriedad el tema de la terminación del vínculo filial en la adopción, porque es necesario resolver la situación de los padres del hijo cuando ha habido consentimiento de adopción o respecto del cual recae la declaratoria de adoptabilidad (exigibilidad de deberes, derechos en relación con el hijo el papel de la autoridad de infancia, y otros temas a los que se aludirá en su momento).

La sentencia **referida al origen biológico**, tiene por fuerza que dar a dicho origen la parentalidad, toda vez que el proceso tiende a solucionar una controversia y claro si se prueba ese origen y no hay alguna razón jurídica para que se pueda dar o mantener el vínculo filial con otra persona, la genética es la de terminante del vínculo filial. Pero como existen excepciones en las que un tercero no progenitor tiene definitivamente el carácter de paternal (adopción, filiación por subrogación), la decisión del caso mantendrá el paternal determinado por atribución.

En cuanto a las fallas del registro, estas **no deberían generar impugnación** de la parentalidad, sino corrección de la información errada y si se trata del vicios en el acto jurídico de conformación de unión



formal, debe seguirse la ruta de que la invalidez del acto declarada a posteriori no afecta el vínculo filial (parentalidad putativa) y si se trata de un acto inexistente, la filiación debe establecerse por prueba (al no haber acto se vuelve un tema de registro errado). Esta sería la propuesta:

“La filiación atribuida conforme a las disposiciones precedentes cesa con la ejecutoria de la sentencia que acoja la pretensión de impugnación del vínculo filial promovida oportunamente por las personas facultadas y por las causales legales.

También cesa la relación filial con la prosperidad de las pretensiones en las acciones tendientes a desvirtuar el vínculo filial debido a vicios y defectos que afecten existencia del acto o la veracidad del registro civil o cualquier circunstancia que haya tenido como consecuencia la apariencia del vínculo filial.

No se extingue la filiación por atribución legal con la mera prueba de marcadores genéticos que indiquen su exclusión”.

6. ARTÍCULO 1731

El marido podrá impugnar la paternidad matrimonial si acredita que no ha podido ser el padre.

Durante el proceso se presumirá la paternidad y en la sentencia el juez de familia podrá decidir sobre los perjuicios causados.

Parágrafo. El marido no podrá impugnar la paternidad del hijo nacido de una reproducción asistida autorizada por él, a menos que en la reproducción se haya desconocido el contenido, la oportunidad y la vigencia de la autorización correspondiente.

Observaciones al artículo:

J. E. Medina:

Impugnación de la parentalidad. La impugnación la puede hacer el parental atribuido y la madre, por eso tiene que cobijar todos los casos, no sólo los relativos a la paternidad genética. Este artículo tiene que cambiar porque como está violaría la Constitución y la ley sobre la unión formal de parejas diversas y dejaría por fuera los hijos concebidos con asistencia científica:

“La pareja en unión formal de la madre podrá impugnar la parentalidad atribuida cuando acredite no ser el progenitor del hijo.

Cuando la parentalidad sea atribuida a un hijo que no deba de tener vínculo genético con la pareja de la madre, la impugnación requiere demostrar que no consintió en el procedimiento de fertilización asistida o no se cumplieron los requisitos establecidos para la subrogación materna.

Parágrafo: Durante el proceso se presumirá la paternidad. En el evento de declarar extinguido el vínculo filial, el juez de familia podrá decidir sobre los perjuicios causados por la parentalidad supuesta”.

7. ARTÍCULO 1732

El marido deberá impugnar la presunción de paternidad dentro de los ciento cuarenta días siguientes a aquel en que tenga conocimiento de que no es el padre biológico.

Si conociéndolo el marido muere antes del vencimiento de dicho plazo o muere sin dicho conocimiento, los herederos podrán impugnarla, según el caso, dentro del plazo restante o dentro del plazo de los ciento cuarenta días siguientes a partir de la muerte. Cuando se trate de un hijo póstumo, dicho plazo se contará a partir del nacimiento ocurrido dentro de los trescientos días siguientes a la muerte del causante.

Se entiende que hay conocimiento de que no es hijo del marido, cuando éste conoce de su esterilidad existente al momento de la concepción, realiza una prueba genética que excluye su paternidad, a sabiendas de que no es descendiente suyo lo reconoce, o conoce la declaración de desconocimiento de la madre o el reconocimiento hecho en forma debida por un hombre diferente al marido.

No podrá impugnarse la paternidad por el marido ni por sus herederos cuando quiera que haya precedido una crianza y una posesión notoria de hijo matrimonial no inferior a dos años.

Observaciones al artículo:

H. A. Torrado:

La prohibición de impugnar la paternidad por el marido, o sus herederos, cuando ha precedido una crianza o una posesión notoria de hijo matrimonial no inferior a dos años, prevista en el último inciso del artículo 1732 del proyecto, en la práctica parece darle paso a una filiación más: la de los hijos de crianza. Esta posibilidad no debería prosperar, en cuanto que la crianza no es fuente de filiación y, demás, que ella, bajo el cumplimiento de los correspondientes requisitos, podría dar lugar a la filiación por adopción. En ese sentido, la crianza y la posesión notoria de hijo matrimonial no tienen por qué enervar la acción de impugnación de la paternidad.

J. Londoño:

El último inciso es innecesario, en tanto que el inciso primero es suficientemente claro, sobre la única manera en la que cesa la filiación matrimonial.

El último inciso de la norma resuelve bien los diferentes hitos a partir de los cuales se entiende ese conocimiento, incluyendo el más definitivo que es la existencia de la prueba genética, con lo cual acoge lo dicho por la Corte Suprema en su Sala de Casación Civil en sentencia SC2350-2019, al conceptuar que “*la figura extintiva bajo análisis comienza a contabilizarse a partir del conocimiento de la verdad científica, razonamiento que como quedó evidenciado, ha sido acogido y reiterado por la jurisprudencia y que -se enfatiza- debe analizarse en cada situación concreta, en aras de proteger prevalentemente, el derecho sustancial sobre el formal ... la certeza científica obtenida a través del examen de ADN, determina el hito a partir del cual debe computarse el término de caducidad de la acción, pues solo a partir del momento en que conoce el resultado de esa prueba, el impugnante tiene completa seguridad de la inexistencia del vínculo biológico*”.

“...por ello, es preciso distinguir entre la simple duda acerca de la existencia de la relación parental y la certidumbre sobre su apariencia, pues es a partir de este último suceso que se debe contar el término de caducidad para promover la acción de que se trata, vale decir, que el derecho a impugnar la paternidad solo surge cuando el demandante es consciente de que no es el verdadero padre”. (CSJ SC 12 dic. 2007, rad. 2000-01008-01, reiterada en SC11339-2015, rad. 2011-00395-01).

Entre tanto, es importante reconocer los efectos de la crianza y posesión notoria del estado civil por espacio mayor a dos años, pues la suerte favorable de las acciones de impugnación de paternidad, sin considerar ese aspecto circunstancial, genera en la práctica trastornos y afectaciones para los hijos e incluso para los que pasaban por padres.

J. E. Medina:

El plazo de impugnación por el parental. El tema de los herederos y otros interesados debe tener un artículo aparte, toda vez que se trata de posiciones jurídicas distintas y hechos diferentes, y además requiere precisiones que en su momento omitió la ley 1060/06. Con todo se dejará en un párrafo para no modificar el título y la numeración.

La impugnación de la paternidad del hijo de la mujer nacido 300 días después de la disolución del vínculo es innecesaria (siempre lo fue, ya que no se presumía hijo del marido) porque ese hijo no tiene por padre a la pareja, según lo dispone el artículo 1727, pero como ahora el hijo sí puede nacer luego de los 300 días por la fertilización asistida, este asunto tuvo que regularse antes (propuesta del artículo 1728).

Este artículo podría tener la siguiente redacción:

“El parental atribuido por ley podrá impugnar paternidad dentro de los ciento cuarenta (140) días siguientes a aquel en que tenga conocimiento de no ser el padre biológico. Se entiende que hay conocimiento de que no fue procreado por él, en el momento en que recibió la noticia de las pruebas genéticas de determinación de la paternidad.

Podrá probarse que el padre que impugna la paternidad conocía con anterioridad que no era el padre, demostrando:

- a) Que conocía que ella no era la progenitora.*
- b) Que estuvo en imposibilidad absoluta de acceder a la madre en la época probable de la iniciación del embarazo. Dicha imposibilidad se presumirá desde el momento en que cesó definitivamente la convivencia en el mismo hogar, de hecho o por divorcio o separación de cuerpos o cesación de efectos civiles de la unión.*
- c) Que conocía un dictamen médico que indicaba que estaba impedido definitivamente para procrear por medios naturales.*
- d) Que conocía un examen científico que ponía de manifiesto una incompatibilidad genética entre el padre o la madre y la criatura.*

El juez determinará con base en el acervo probatorio, la época en que el padre conoció que él no era progenitor de la criatura, o que su pareja no era la madre y declarará, mediante auto, si la discusión fue promovida dentro de la oportunidad legal. Este auto admite los recursos de ley.

No podrá impugnarse la paternidad por el cónyuge o compañero de la madre ni por sus herederos cuando quiera que haya precedido una crianza y una posesión notoria de hijo matrimonial no inferior a dos años.

En los eventos de impugnación de la parentalidad por falta de consentimiento en la fertilización asistida, los ciento cuarenta (140) días comenzarán a contar desde el momento del nacimiento del hijo o desde el momento en que se enteró de su nacimiento.

Parágrafo: Muerto el parental antes del vencimiento del plazo que tenía para impugnar la filiación de conformidad con lo dispuesto en este artículo, los herederos y quienes deriven intereses patrimoniales de estos, podrán impugnar la filiación, dentro del plazo restante contado a partir de la fecha de la muerte. En caso de que los herederos e interesados desconozcan la existencia del hijo, el plazo empezará a contar cuando la conocieron”.

8. ARTÍCULO 1733

Si los cónyuges estuvieren separados de hecho, el marido, en caso de que en el acta de nacimiento haya sido indicado como el padre, podrá en cualquier tiempo impugnar la inscripción del nacido, si la concepción se verificó durante la separación, siempre que no se configure la posesión notoria a que hace referencia el artículo precedente.

Si el marido muere sin haber impugnado la inscripción en el acta de nacimiento, podrán hacerlo sus herederos en cualquier tiempo, siempre que no se haya configurado la posesión notoria a que hace referencia el artículo precedente, pero para que produzca efectos patrimoniales deberá hacerse dentro de los dos años siguientes a la muerte del presunto padre.

Cuando cese la separación de hecho, la impugnación por el marido y por los herederos solo podrá hacerse en los términos del artículo anterior a partir de la reconciliación.

Observaciones al artículo:

H. A. Torrado:

No debería hablarse de impugnación de la inscripción, sino de impugnación de la paternidad.

En los casos en que se cita al marido, debería citarse al compañero permanente, obviamente estas normas del proyecto con las que regulan la paternidad extramatrimonial.

J. E. Medina:

La designación de la pareja como paternal. El tema de la inscripción del parental en los casos en que la atribución legal de paternalidad no opere (según se anotó en el punto anterior) o por cualquier otra causa, no es un tema de impugnación, porque el hijo **no lo era, jurídicamente hablando**, es realmente un tema de información errada en el registro, de modo que lo que se debe hacer es la corrección del registro demostrando porqué la atribución de paternalidad no era cierta (falsedad del acto jurídico marital o su prueba, desacierto en la selección del paternal al que se le atribuye la paternalidad, tiempo de separación, etc.).

La cesación de la separación es en realidad la antigua reconciliación de que hablaba el artículo 20 de la ley 57/18871, que presuponía la renuncia a la acción de impugnación y por eso, eliminaba para todos la posibilidad de atacar la presunción (y hoy lo sería de la atribución legal) y así debe mantenerse, aunque se puede dar 140 días para iniciar la acción de impugnación.

La propuesta es:

“En el caso de que en el acta de nacimiento haya sido indicado como el parental quien no lo sea de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1729 o por cualquier otra casusa en que aparezca como parental quien no lo es en realidad, ese parental y la madre, podrán en cualquier tiempo adelantar un proceso ante el juez de familia para supresión de la inscripción de la condición de paternal.

Si el parental o la madre mueren sin haber adelantado la acción, podrán hacerlo sus herederos en cualquier tiempo, pero esta supresión no tendrá efectos patrimoniales si la demanda se notifica luego de los dos (2) años de producida la muerte del causante.

Parágrafo: La reconciliación de los separados de cuerpos, la posesión notoria del estado de hijo de unión formal a que hace referencia el artículo precedente, producidos luego de sentado el registro, extinguen la acción de supresión de la inscripción de la condición de paternal”.

9. ARTÍCULO 1734

El allanamiento de la madre a la demanda de impugnación del marido desvirtúa la presunción matrimonial del hijo.

El hijo debe ser citado personalmente al proceso, si fuere capaz. Si la incapacidad fuere por minoridad debe citarse al defensor de familia o, en su defecto, al agente del ministerio público, y si fuere por causa diferente, debe citarse al respectivo guardador o curador nombrado por el juez.

También se vinculará al proceso, siempre que fuere posible, al presunto padre biológico con el fin de ser declarado como tal en la misma actuación procesal.

Observaciones al artículo:

J. Londoño:

El primer inciso sobre “el allanamiento de la madre a la demanda de impugnación del marido desvirtúa la presunción matrimonial del hijo”, deja de lado la importancia de la prueba genética, al otorgar al allanamiento de la progenitora el efecto de desvirtuar la paternidad, favoreciendo conductas delictivas.

Y respecto al mandato sobre vinculación al proceso del presunto padre debe estar sustentado en una mayor coerción al juez, debe perfilarse como un imperativo obligatorio para el funcionario, que no simplemente sometido a la mención de “*siempre que fuera posible*”.

Igualmente atendiendo a los mandatos de la Convención de los Derechos del Niño e incluso el artículo 26 de nuestro Código de la Infancia y la Adolescencia, el menor de edad, por ser un asunto que le atañe, deberá ser convocado y escuchado dentro del proceso, además de lo previsto para su representación legal.

J. E. Medina:

Partes en el proceso y su actuación. Este artículo hace referencia a las partes en el proceso y por eso el inciso primero debe pasar al final del artículo. En cuanto al allanamiento de la madre a la pretensión del parental, debe condicionarse para que no pueda ser utilizado de manera fraudulenta para cambiar de familia a un hijo por fuera de las estrictas reglas familiares y por eso se propondrá como un parágrafo:

Este es el texto propuesto:

“El hijo debe ser citado personalmente al proceso, si fuere capaz. Si la incapacidad fuere por minoridad debe citarse al defensor de familia o, en su defecto, al agente del ministerio público y al guardador si lo tuviere. Cuando el demandado mayor de edad tenga apoyo judicialmente designado se le citará, aún en el evento de que éste no tenga facultades judiciales para actuar en ese tema, dando aviso al juez del proceso de designación judicial de apoyo.

También se vinculará al proceso, siempre que fuere posible, al presunto padre biológico con el fin de ser declarado como tal en la misma actuación procesal, salvo que este progenitor tenga condición anónima.

Parágrafo: El allanamiento de la madre a la demanda de impugnación o supresión de la inscripción de la condición de paternal dará lugar a la prosperidad de las pretensiones de la acción. Dicho allanamiento deberá manifestarse en la respectiva audiencia pública y bajo juramento de no faltar a la verdad.

El juez tomará las medidas requeridas para la protección de los derechos de los menores e impondrá las cargas de protección acordes con su decisión. De encontrar la comisión de conductas punibles dará traslado a las autoridades competentes para investigarlas”.

10. ARTÍCULO 1735

El hijo podrá en cualquier tiempo impugnar su calidad de matrimonial por las mismas causales que las señaladas para la impugnación de la paternidad.

Podrá acumularse a la demanda de impugnación, la de investigación de la paternidad extramatrimonial.

El hijo también podrá investigar su paternidad biológica sin impugnar la paternidad matrimonial, la que conservará, a menos que expresamente, sabido el resultado de la prueba biológica, solicite la impugnación de la filiación y su sustitución por su filiación biológica.

Observaciones al artículo:

J. Londoño:

En cuanto al último inciso de este artículo, permitirle al hijo averiguar sobre su familia biológica y le deja abierta la posibilidad, sin ninguna limitación, de ser parte de ella o no impugnar la filiación, de una u otra forma podría desestabilizar, tanto la familia biológica como la de crianza, así como la intimidad de sus integrantes; y dejaría de lado la importancia de la verdad obtenida a partir de una prueba genética. Debería señalarse un plazo, para que una vez obtenida la prueba de ADN, pueda impugnar la paternidad matrimonial, dado el caso de no coincidencia entre ellas.

J. E. Medina:

Impugnación por el hijo; investigación de la procedencia genética. Se repite, hoy lo que se impugna es la calidad de hijo de unión formal, en especial porque se trata de una atribución legal que cobija personas de mismo sexo o formulas de filiación asistida (y no de la antigua presunción)

En cuanto a la simple investigación de la paternidad biológica, sólo debe darse en el caso de determinación genética, para impedimentos jurídicos (matrimonio o unión marital), requerimientos médicos (compatibilidades de tejidos) o “raíces” en el caso en que se requiera. Pero al tratarse de dos situaciones diferentes, debe agotarse primero un tema y luego el otro.

No debe olvidarse además que ya existe el reconocimiento de la posesión notoria del carácter de hijo (dispuesta en varios artículos) y por eso debe tenerse en cuenta para efectos de darle el mismo tratamiento o establecer las excepciones.

Se propone:

“En cualquier tiempo el hijo podrá impugnar la paternity atribuida por ley al cónyuge o compañero permanente de su madre, por las mismas causales que las señaladas para la impugnación de la parentalidad. También podrá, en cualquier tiempo, impugnar la maternidad por las causales pertinentes y en tal evento, se decidirán en un único proceso la impugnación de la paternidad y la maternidad.

A estas demandas, se acumulará la de investigación de la paternidad a petición de parte o de oficio por el juez. Esta acción podrá ser promovida por cualquiera de los padres en representación de su hijo menor, siempre y cuando el respectivo padre no haya promovido la impugnación de la paternity en su propio nombre con anterioridad. El ejercicio de la acción en representación del hijo impide que el actor, en el futuro, pueda impugnar la paternity en su propio interés.

El hijo incapaz será representado durante el proceso por un curador ad litem o el por el defensor de familia.



Parágrafo primero. No procederá la impugnación de la paternidad por el hijo que haya sido reconocido o ya haya cumplido los 25 años de edad y sus padres hubiesen ejercido la patria potestad y los deberes paternofiliales del modo que lo establece la ley.

Parágrafo segundo: El hijo tendrá acción para conocer su origen genético con fines médicos, maritales o de determinación de orígenes, en las mismas condiciones y con los requisitos previstos para los hijos adoptivos. En este caso no se modificarán los vínculos paternofiliales”.

11. ARTÍCULO 1736

La confesión judicial o ante notario de la madre en la que desconoce la paternidad del marido, señalando quién es el padre, destruye por sí sola la paternidad matrimonial, cuando vaya acompañada de la prueba genética que la excluye y, si fuere el caso, la que indica quién es el padre biológico.

A falta de prueba de marcadores genéticos, se requerirá asentimiento del marido dentro de los noventa días siguientes a su notificación. Vencido el plazo, se entenderá que consiente y produce efectos la destrucción de la presunción.

En caso de que el marido rechace el desconocimiento de su paternidad le corresponderá a éste proceder a la impugnación del desconocimiento, como se indica en el artículo siguiente.

Observaciones al artículo:

J. Londoño:

El primer inciso de este artículo va en contradicción con el artículo 1730 que establece que la filiación matrimonial cesa con la **sentencia ejecutoriada**, que en este caso también debería cesar con la sentencia.

J. E. Medina:

Impugnación por la madre. Este artículo es especialmente complejo, porque presupone el retiro de los derechos del parental sin su consentimiento (el parental atribuido tiene además de la imposición legal, **un derecho a su paternidad**, en especial cuando sabe que no es padre genético, como cuando se casa con una embarazada por otro o perdona el adulterio de la mujer).

Es de especial dificultad el tema de que la madre, por lo general, ha participado en la indeterminación del parental y muchas veces de mala fe por faltar al deber de fidelidad, lo que hace necesario determinar los efectos de esta conducta y por cierto fijarle un plazo para la impugnación, porque si se le concediera un amplio plazo, tendría un tratamiento discriminatorio respecto de su pareja.

Por otro lado, hasta hoy existe el reconocimiento formal del hijo matrimonial, que cierra la puerta a las impugnaciones o la posesión notoria del estado de hijo que se menciona arriba (si se quiere ver como el reconocimiento de una prioridad, o de una forma de adopción o de “subrogación paterna”, no hay problema).

Siguiendo la fórmula propuesta por el redactor del proyecto se sugieren las siguientes modificaciones:

“La madre podrá impugnar la parentalidad atribuida a su pareja formal en los mismos casos y condiciones previstos para la impugnación por el parental y siempre que se tenga prueba hábil de que no es el padre. El término para la impugnación será de ciento cuarenta (140) días contados desde el momento que tuvo conocimiento de no ser el marido el padre o ella la madre. Si este conocimiento se produjo en la época de la gestación, el término empezará a contar desde el nacimiento.

Cuando la madre desconoce la paternidad o la maternidad y el parental acepta dicha condición, se podrá otorgar una escritura con la respectiva declaración o celebrar un acuerdo de conciliación ante los funcionarios habilitados o ante el juez de familia. Los respectivos documentos serán inscritos ante la Oficina de Registro del Estado Civil y a partir de esta diligencia se extinguirá el vínculo filial”.

12. ARTÍCULO 1737

El reconocimiento de la paternidad del hijo dado a luz por mujer casada hecha por hombre diferente al marido y la aceptación del mismo por la madre, acompañado de la prueba genética pertinente, destruye la presunción de paternidad matrimonial y, por lo tanto, deberá notificársele al marido.

No obstante el marido puede impugnar el reconocimiento antes de los ciento cuarenta días siguientes a aquel en que tuvo conocimiento del reconocimiento, sin perjuicio de la investigación de la filiación.

Observaciones al artículo:

H. A. Torrado:

Tal como está redactado este artículo del proyecto, da la impresión de que un tercero, diferente al marido, podría realizar el reconocimiento de la paternidad bastando la aceptación de este por la madre, sin que previamente deba ser demostrado por ella, por el hijo mismo, o por el marido, que este no es el padre. Mientras no haya prosperado esa impugnación, ningún tercero debería estar legitimado para hacer el reconocimiento.

J. E. Medina:

El reconocimiento del hijo de una casada. Mientras no se elimine el vínculo jurídico de filiación atribuido por ley (y se modifique el respectivo registro), a nadie le está permitido reconocer el hijo, por simple incompatibilidad entre situaciones jurídicas. También puede impugnar la paternidad atribuida el padre genético, en los términos generales.

Por otro lado, no se contempla el tema de la posesión notoria como elemento que consolida la situación incierta.

Por último, los que aportaron su material genético de manera anónima o con el consentimiento del aportante y los receptores, no deberían tener derecho a impugnar la parentalidad atribuida.

Este artículo está desconociendo principios jurídicos por lo que se propone:

“Nadie puede reconocer la parentalidad del hijo de mujer casada mientras subsista el vínculo paterno filial atribuido de acuerdo con la ley.

Si alguien afirma ser el progenitor del hijo de determinada mujer concebido o nacido en unión formal, podrá impugnar la parentalidad atribuida a la pareja de la madre en cualquier tiempo ante el juez de familia y con las formalidades y pruebas propias de la impugnación, a efecto de ser declarado el padre.

Con todo, si la madre no se opone a la declaración de impugnación y el parental atribuido allana a las pretensiones, se podrá otorgar el instrumento previsto en el inciso 2° del artículo anterior.

Esta acción no podrá ser intentada por aquellas personas que de forma anónima o por pacto con la madre y el parental, contribuyeron con los gametos utilizados en el proceso de fertilización asistida”.

13. ARTÍCULO 1739

Cuando por haber pasado la madre a otras nupcias se dudare a cuál de los dos matrimonios pertenece el hijo, el juez decidirá con base en la prueba genética correspondiente, y, en su defecto, lo hará tomando en consideración las circunstancias y oyendo el dictamen de facultativos.

Observaciones al artículo:

J. E. Medina:

La paternidad disputada. Como se comentó respecto del artículo 1729, hay varios casos en que se puede dar la indeterminación de la paternidad, además del que aquí se contempla y se dio una solución que en general va a coincidir con la realidad, pero nada evita que el verdadero padre sea el que quedó excluido y por eso este artículo debe abrir la puerta para que los interesados planten el litigio, que tendrá el carácter de impugnación al estar fijada por ley la parentalidad.

El artículo diría:

“Cuando, en los casos previstos en el artículo 1729, se pretenda que se declare que el hijo es del progenitor biológico a quien no se atribuye la parentalidad por la ley, los interesados podrán impugnar la paternidad en las condiciones del tercero que impugna la parentalidad. Esta acción puede intentarse en cualquier tiempo.

La acción podrá ser intentada por los herederos del padre biológico en cualquier momento, pero no tendrá efectos patrimoniales sino cuando la demanda ha sido notificada dentro de los dos años siguientes a la fecha del fallecimiento del causante”.

14. ARTÍCULO 1740

En cualquier tiempo el hijo puede investigar judicialmente su estado de hijo matrimonial conforme con las reglas generales.

El padre o la madre, pueden igualmente, comprobar judicialmente su estado de progenitores matrimoniales de determinado hijo, salvo que éste haya sido legalmente adoptado en forma plena.

Lo anterior no se opone a que el hijo adoptivo, de acuerdo con la ley, pueda establecer su origen biológico, para el solo efecto de conocerlo, a menos que, expresamente, con intervención del adoptante, también reclame dejar sin efecto la adopción y, en firme, la declaración de la filiación biológica.

En caso de fallecimiento del presunto padre, madre o hijo, la sentencia solamente producirá efectos patrimoniales cuando la acción se promueva dentro de los dos años siguientes a dicho fallecimiento y se notifique debidamente conforme con a las normas de procedimiento.

Observaciones al artículo:

J. Londoño:

Ajuste de preposición en la penúltima línea del artículo “*debidamente conforme **con** las normas*”

J. E. Medina:

La reclamación del estado de hijo de unión formal. La oponibilidad de una situación jurídica y más aún la de hijo de familia ya consolidada no requiere consagración legal y la prueba es la de registro civil. Lo que aquí se está regulando es la posibilidad de que un hijo pueda reclamar su estado civil, respecto de su madre, de su padre o de ambos, mediante un proceso judicial (algo que está regulado a través del capítulo y por eso apenas amerita la mención.

La comprobación judicial de filiación, con determinación de los padres, su situación jurídica familiar, es suficiente para todos los efectos jurídicos una vez conste en el registro.

En cuanto a la investigación de la procreación para desvirtuar la adopción, no es un tema de este punto.

Parece que la redacción de este artículo debería quedar así;

“El hijo, la madre y el padre pueden en cualquier tiempo ejercitar las acciones consagradas en este Código, para determinar sus vínculos paterno filiales conforme con las reglas generales, excepto que el hijo haya pasado a otra familia por adopción o por gestación subrogada o la investigación del origen genético.

En caso de fallecimiento del presunto padre, madre o hijo, la sentencia solamente producirá efectos patrimoniales cuando la demanda respectiva promueva dentro de los dos años siguientes a dicho fallecimiento y se notifique debidamente conforme con a las normas de procedimiento.

Lo anterior no se opone a que estas personas, puedan obtener la información relativa al origen biológico del hijo para fines médicos, terapéuticos o jurídicos sin modificación de los vínculos paterno filiales”.

15. ARTÍCULO 1741

*La maternidad, es el estado civil de ser la mujer la verdadera madre del hijo que pasa por suyo.
Se presume la maternidad de la mujer que ha tenido el parto y cuyo hijo dado a luz fue concebido con material biológico perteneciente a ella, o que le haya sido donado para este fin.*

Observaciones al artículo:

J. E. Medina:

La maternidad. La maternidad es un hecho verificable y desde el punto de vista probatorio basta tener certeza de la identidad de la madre y del hijo (identidad de parto y criatura). **No puede entonces ser presunción**, lo que en realidad se puede presentar es la incertidumbre de alguno o todos los elementos que determinan el vínculo filial, como se ve a lo largo de este capítulo.

Por otro lado, aquí se hace referencia a la maternidad en su connotación fáctica, más no jurídica y por eso solo debe referirse al parto (la maternidad jurídica y por ende el estado civil de madre, no necesariamente coincide con la progenie materna -adopción, subrogación-).

Se hace la siguiente propuesta:

“La filiación materna se origina por el hecho del parto y será reconocida desde ese mismo instante.

Con excepción de las disposiciones de este Código sobre gestación subrogada. El consentimiento de la madre de vientre para la adopción no tendrá efecto alguno cuando sea otorgado durante la gestación, o dentro del mes siguiente al parto.

Parágrafo: *En el evento de indeterminación de la maternidad por cualquier circunstancia que impida conocer quién es la madre de un niño, las autoridades de protección de infancia realizarán las actividades requeridas para comprobar la maternidad. Establecida la maternidad, el juez de familia mediante actuación de jurisdicción voluntaria, iniciada a petición del defensor o comisario de familia y luego de la valoración de las pruebas pertinentes, declarará la respectiva maternidad y ordenará la inscripción en el registro del Estado Civil”.*

16. ARTÍCULO 1742

La maternidad podrá ser impugnada probándose falso parto, o suplantación del pretendido hijo al verdadero, dentro de los ciento cuarenta días siguientes al conocimiento de la fecha del falso parto o del momento en que debió conocerse la suplantación.

Tienen derecho a impugnarla:

- 1. El marido de la supuesta madre y la misma madre supuesta, para desconocer la maternidad del hijo;*
- 2. Los verdaderos padres o madre del hijo para conferirle a él, o a sus descendientes, los derechos de familia en la suya.*



La mujer que haya donado el material genético para practicar la reproducción humana asistida no podrá impugnar la maternidad de la mujer titular jurídica del material genético.

3. La mujer titular jurídica del material genético que, con o sin su aporte genético, encargó en su favor que otra la sustituyera en su gestación, en virtud de contrato legalmente autorizado que desvincula a ésta última total y jurídicamente de la maternidad, en contra de la maternidad biológica o de la gestante o de ambas.

4. En caso de fallecimiento de los señalados titulares, que conocieron o no la falsa maternidad, sus herederos deberán promover la impugnación de aquella o dentro del plazo restante al que comienza a transcurrir en vida de aquellos o dentro de los ciento cuarenta días siguientes a partir del conocimiento de la muerte.

Para que la sentencia produzca efectos patrimoniales, la acción deberá promoverse a más tardar dentro de los dos años siguientes a la muerte de la mujer a quien se le atribuye la falsa maternidad y notificado el auto admisorio de la demanda conforme a las normas de procedimiento.

Observaciones al artículo:

J. E. Medina:

Incertidumbre de la maternidad. El régimen de la impugnación de la maternidad previsto en este artículo está bien, por lo que se harán simplemente algunos ajustes más que todo para precisión, en especial se suprime el caso de la donación de material genético por otra mujer (el óvulo), toda vez que esta donante al no haber alumbrado el hijo no es ni será madre de conformidad con el artículo precedente y si quisiera serlo tendría que adoptar, para retirar el vínculo derivado del parto.

Igualmente es importante que quede claro que en la subrogación materna, no hay conflicto de maternidad, toda vez que la consolidación del vínculo jurídico con los nuevos padres solamente se debe producir **al momento de la entrega del hijo** (por eso es indiferente el material genético utilizado en la generación de la criatura)

Esta sería la redacción:

“La maternidad podrá ser impugnada probándose falso parto, o suplantación del pretendido hijo al verdadero, dentro de los ciento cuarenta (140) días siguientes al momento en que conocieron que la mujer que pasa por madre no lo era.

La época del conocimiento se establecerá conforme a las disposiciones del artículo 1732.

Tienen derecho a impugnarla:

- 1. El marido de la supuesta madre y la misma madre supuesta;*
- 2. Los verdaderos progenitores del hijo para obtener el restablecimiento del vínculo paterno o materno filial.*

Parágrafo: En caso de fallecimiento de los señalados titulares, que conocieron o no la falsa maternidad, sus herederos deberán promover la impugnación de aquella o dentro del plazo restante al que comienza a transcurrir en vida de aquellos o dentro de los ciento cuarenta días siguientes a partir del conocimiento de la muerte.

Para que la sentencia produzca efectos patrimoniales, la acción deberá promoverse a más tardar dentro de los dos años siguientes a la muerte de la mujer a quien se le atribuye la falsa maternidad y notificado el auto admisorio de la demanda conforme a las normas de procedimiento”.

17. ARTÍCULOS 1743 y 1744

1743 *La maternidad subrogada es la que se le atribuye a la mujer titular del material genético que, de acuerdo con el artículo 51 de este Código, se le suministra a mujer para que la sustituya en la gestación sin vinculación jurídica materna de ésta última.*

Dicha titularidad maternal puede derivarse de su propio material genético o del que le ha sido donado o transmitido en virtud de un contrato en que, de acuerdo con los reglamentos pertinentes a una tercera persona, lo ha puesto a su disposición para la reproducción humana asistida en su favor.

Esta maternidad también podrá impugnarse por las personas indicadas en el artículo anterior dentro del plazo de ciento cuarenta días contados a partir del conocimiento de que se trata de una falsa maternidad subrogada, por no ser la titular de la misma de acuerdo a lo indicado en el párrafo anterior.

1744 *La impugnación de la maternidad subrogada procede cuando la mujer a quien se le atribuye no lo es, por las siguientes causas:*

- 1. Por no haber existido suministro de material genético alguno a la madre que dio a luz el hijo.*
- 2. Por no haber sido la supuesta madre biológica la titular del material genético suministrado o del derecho a disponer del mismo.*
- 3. Por no haber sido la supuesta madre biológica o la persona titular del material genético la que convino el suministro de dicho material para efectuar la reproducción asistida.*
- 4. Por no haber entregado libre y voluntariamente el material genético convenido del cual era titular.*

Observaciones al artículo:

J. E. Medina:

Régimen especial de la maternidad subrogada. La fórmula planteada en estos artículos tiene un error conceptual de fondo, toda vez que la maternidad en sentido material y jurídico solamente se produce con el parto.

Mientras tanto es una situación biológica, indiferente al Derecho, salvo en lo relativo a la protección de la criatura por nacer en su vida y la reserva de los eventuales derechos futuros si nace con vida, pero no puede existir relación filial o vínculo precisamente porque la criatura no es sujeto de Derecho. Y cuando se produzca el nacimiento, queda consolidado por ese hecho, ahora sí, el vínculo materno filial y éste se da con la mujer que tuvo el parto.

La subrogación materna es un contrato (o sea que genera obligaciones a la gestadora) para gestar en la forma acordada y renunciar a la maternidad en favor de su contraparte y bajo la vigilancia del sistema de protección de las autoridades infancia y adolescencia.

Además, el artículo 1744 presupone que el material genético tiene algún papel en la gestación subrogada, lo cual no es cierto, porque pueden acudir a este contrato los casados homosexuales o la pareja absolutamente estéril y los efectos jurídicos son iguales, porque todo lo que se hace es pactar que una mujer sea gestante para entregar su hijo a una pareja. No hay entonces que impugnar, ya que, si el contrato de subrogación es ineficaz, la gestante es madre en toda su extensión, si es válido y **se produce la entrega formal de la criatura a los subrogantes** ellos pasan a ser padres en toda la extensión de la ley, luego no se vislumbra como podrá operar en la práctica este artículo. **Se sugiere la supresión de estos dos artículos.**



18. ARTÍCULO 1747 a 1753 (CAPÍTULO II)

1747 El matrimonio posterior incorpora ipso jure como hijos matrimoniales a los hijos concebidos antes y nacidos en él.

1748 El matrimonio de los padres incorpora como hijo matrimonial ipso jure a los que uno y otro hayan reconocido como hijos extramatrimoniales de ambos o tengan este carácter conforme a lo dispuesto en el artículo 1794.

1749 Fuera de los casos de los dos artículos anteriores para que el reconocimiento filial matrimonial se produzca es necesario que los padres designen en el acta de matrimonio o en instrumento público, los hijos a quienes confieren este beneficio, ya estén vivos o muertos.

El reconocimiento filial matrimonial también podrá hacerse en testamento.

En su defecto el hijo puede investigar judicialmente su reconocimiento filial matrimonial acreditando su estado de hijo de ambos padres y el posterior matrimonio de los mismos.

1750 El hijo matrimonial reconocido podrá aceptar o repudiar el beneficio del reconocimiento filial matrimonial. Si fuere incapaz, deberá estar asistido por su representante legal. Se presume la aceptación del reconocimiento filial matrimonial.

1751 La repudiación del reconocimiento filial matrimonial deberá hacerse por instrumento público dentro de los noventa días siguientes a aquél en que se tuvo conocimiento del beneficio. Los incapaces podrán hacer la declaración de repudiación dentro de los noventa días siguientes a aquél en que cesó su incapacidad. Solo el reconocido como hijo matrimonial podrá alegar la repudiación.

1752 Todos los hijos matrimoniales reconocidos por matrimonio posterior tendrán iguales derechos a los hijos matrimoniales concebidos o nacidos dentro de él.

Pero el beneficio del reconocimiento matrimonial no se retrotrae a una fecha anterior al matrimonio que lo produce.

El reconocimiento matrimonial aprovecha a los herederos de los hijos reconocidos matrimonialmente.

La impugnación del reconocimiento filial matrimonial se sujetará a las siguientes reglas:

1. Podrá impugnarse el reconocimiento de los hijos matrimoniales por las mismas personas y de la misma manera que los hijos habidos dentro de la comunidad doméstica matrimonial, acreditando que el reconocido no ha podido tener por padre o madre a quienes los reconocen.

Será obligatoria la prueba genética que corresponda a los desarrollos científicos disponibles y que excluya la paternidad.

2. El marido o la mujer podrán impugnar el reconocimiento matrimonial ipso jure dentro del término de ciento cuarenta días contados a partir:

- a. Del conocimiento de que el hijo matrimonial no era del marido, cuando se contrajo matrimonio desconociendo el estado de embarazo de la mujer y la paternidad del concebido.

- b. Del conocimiento del nacimiento del hijo reconocido que podía no ser del marido, cuando se contrajo matrimonio, a sabiendas del estado de embarazo de la mujer.

Se entiende que el marido conoce que el hijo no es de él cuando conoce de su esterilidad existente al momento de la concepción o cuando conoce de la prueba genética que lo excluye como progenitor, o la declaración de la madre que lo desconoce o del reconocimiento del hijo, en forma debida, por persona distinta a aquél. Se entiende que la mujer también tiene este conocimiento cuando sabe de su embarazo de otra persona distinta al marido.

3. El marido o la mujer solamente podrán impugnar el reconocimiento voluntario de los hijos matrimoniales, dentro del plazo de ciento cuarenta días, contados a partir:

- a. Del conocimiento de que el hijo matrimonial reconocido no era suyo, si desconocía la paternidad, para lo cual se tendrá en cuenta lo dispuesto en el numeral anterior.

- b. Del conocimiento del acto de reconocimiento como hijo matrimonial, cuando lo inscribió en el acta de matrimonio como hijo de éste último o lo incorporó mediante otro acto, o a sabiendas de que no era suyo.

No podrá impugnarse el reconocimiento matrimonial del hijo cuando haya precedido la crianza y posesión notoria no inferior a cinco años.

4. En el reconocimiento filial matrimonial de carácter judicial, la impugnación de esta filiación solo puede efectuarse en el mismo proceso, donde aquella se investiga, para lo cual deberá citarse a los interesados en ésta.

5. En caso de fallecimiento, los herederos del marido o de la mujer solamente podrán impugnar la paternidad matrimonial en el plazo restante de ciento cuarenta días que empezó a transcurrir en vida del marido, o dentro de todo este plazo, en caso contrario, contados a partir del conocimiento de la muerte.

Para que la sentencia produzca efectos patrimoniales la acción deberá promoverse a más tardar dentro de los dos años siguientes a la ocurrencia de la muerte del presunto padre y que sea notificado el auto admisorio de la demanda de conformidad con las normas de procedimiento. Vencido este plazo en vida del marido o después de su muerte, ningún heredero podrá impugnar el mencionado reconocimiento filial matrimonial.

Tampoco podrá impugnarse la mencionada paternidad matrimonial del hijo, cuando haya precedido la crianza y posesión notoria del mismo no inferior a cinco años.

6. El hijo reconocido matrimonialmente podrá reclamar en cualquier tiempo contra su reconocimiento e investigar su verdadera paternidad.

7. También es procedente la excepción de extramatrimonialidad a que alude el penúltimo inciso artículo 1732 de este Código.

Observaciones al artículo:

J. Londoño:

El artículo 1747 sobre el reconocimiento de otros hijos matrimoniales, reencarna la antigua legitimación ipso-iure.

El artículo 1753 sobre el reconocimiento de la importancia de la prueba genética que corresponde a los avances científicos disponibles.

Se destaca la importancia de que en la norma queden consagrados cuáles son los eventos que generan el conocimiento para impugnar el reconocimiento filial matrimonial (num. 2, literal b.)

Hay un criterio diferencial respecto a la imposibilidad de impugnar la paternidad matrimonial (1732) con la de impugnar reconocimiento matrimonial (num. 3, literal b y num. 5), pues mientras en uno la imposibilidad se basa en la crianza y posesión notoria de estado civil por espacio mayor a 2 años, en el otro es por un lapso de 5 años, no entendiéndose los fundamentos para establecer esa diferencia.

J. E. Medina:

Otros hijos matrimoniales. De acuerdo con este código, el carácter un hijo por provenir de una unión marital formal, no tiene, otro efecto que tener **un paternal** determinado *a priori* y **nada más**.

Las reglas originales de la legitimación (o filiación matrimonial), tenían un interés jurídico, porque las relaciones paterno filiales y los derechos y deberes que de ello emanaban eran diferentes para los hijos matrimoniales y extramatrimoniales, pero poco a poco esas diferencias se fueron eliminando y hoy, por virtud de la *ratio decidendi* de la sentencia C- 105 de 1994, no existe ninguna diferencia jurídica y en este Código se eliminaría la única que había subsistido en relación con los alimentos debidos entre hermanos legítimos y los medio hermanos naturales (art. 1825).

Por otro lado el artículo 1749, es un atentado a la lógica, porque presupone que los padres no cumplieron su deber de sentar el registro como hijos a sabiendas que lo eran y que luego al casarse pretenden regularizar esa situación, cuando quiera que han venido violando los derechos de los hijos (a ciencia y paciencia de las autoridades de infancia).

El artículo 1752, es incomprensible. En efecto si todos los hijos tienen iguales derechos cualquiera que sea su origen, ¿para qué les sirve igualarlos a los matrimoniales?; pero además el inciso segundo no tiene cómo operar, porque si de verdad es hijo el reconocimiento es apenas un medio para subsanar la irregularidad (absurda) que estaban cometiendo los padres (y el sistema de infancia y adolescencia) de mantener incierto el estado civil de los niños violando el mandato constitucional de su derecho a tener una familia determinada **desde el momento mismo del nacimiento**.

Finalmente el artículo 1753 es de lo más inútil, por un lado porque este reconocimiento se hace mediante acto jurídico, de modo que en lugar de impugnación de la paternidad lo que se está haciendo es eliminando la eficacia de la declaración, por error que como se ha venido viendo no debería ocurrir.

Por eso **se propone eliminar íntegramente este capítulo** que es un arcaísmo jurídico, hoy incongruente con el resto del Derecho y hasta discriminatorio en lo moral.

19. ARTÍCULO 1754

Corresponde de consuno a los padres o al padre o madre sobreviviente, el cuidado personal de los hijos menores de edad, la administración de sus bienes y la representación judicial y extrajudicial.

También les corresponde, de común acuerdo, la dirección de la educación y la formación moral e intelectual de los menores que procuren su máximo desarrollo, y la colaboración en su crianza, sustento y establecimiento.

Observaciones al artículo:

J. Londoño:

Los artículos de este capítulo IV, del artículo 1754 al 1786 están adecuados al orden del nuevo régimen de potestad parental y sus instituciones (cuidado personal, administración de bienes y representación del hijo).

J. E. Medina:

Nota preliminar: Este capítulo IV de “potestad parental” debe pasar íntegramente al concluir lo relativo a la filiación (después de la filiación adoptiva), toda vez que se aplica igualmente a los hijos cualquiera que sea su origen, y se evita dar la sensación de que solo hay potestad sobre los hijos matrimoniales. Sin embargo se hacen a continuación las observaciones a los artículos que componen este capítulo, sea que se queden en este punto o que se acoja la sugerencia de su traslado.

La potestad parental. La corresponsabilidad (art. 10 C.I.A.) es un concepto más amplio que el de cuidado personal por los padres y la patria potestad, ya que se refiere a la **carga que tienen todos los miembros de la sociedad** de velar por los intereses de los menores según las circunstancias (padres, familia extendida, guardadores, maestros, familias acogedoras y sustitutas, terceros, autoridades). Por otra parte, estando reconocidas las uniones maritales diversas queda difícil hacer una referencia directa a la heterosexualidad en este punto. Se propone el siguiente texto:

“1. Ejercicio de la potestad parental

Corresponde de consuno a los parentales, el cuidado y la atención personal de los hijos menores de edad, la administración de sus bienes y la representación judicial y extrajudicial.

También les corresponde, de común acuerdo, dirigir la educación y la formación moral e intelectual de sus hijos menores de edad para que procuren su máximo desarrollo, y la colaboración en su crianza, sustento y establecimiento.

Parágrafo: Faltando uno de los parentales la potestad parental será ejercida por el otro”.

20. ARTÍCULO 1755

Corresponde a los hijos en relación con sus padres, y, en su caso, con la pareja de éstos, su corresponsabilidad filial, de formarse adecuadamente, de acuerdo con su desarrollo y sus máximas capacidades.

Observaciones al artículo:

J. E. Medina:

Los deberes de los hijos. El tema de los deberes de los hijos en relación con su propia atención personal, su esfuerzo en prepararse y reconocer la autoridad **es primordial**; más en estas sociedades que han hecho de la libertad y los derechos un paradigma inamovible, descuidando las cargas que impone la vida al menor como elemento de un conjunto social. No existe una **corresponsabilidad filial**.

En este artículo se está dando cabida a dos figuras distintas: la “familia ensamblada” por matrimonio o unión con alguien diferente al padre y la “familia de crianza” (cuando un hijo no tiene vínculo filial con ninguno de los miembros de la pareja, por lo que es necesario abarcarlos genéricamente).

Esta es la redacción propuesta:

“Los hijos tienen el deber de respetar a sus parentales o quienes ocupen esta posición, atender sus directrices y estar dispuestos de formarse adecuadamente de acuerdo con su desarrollo y sus máximas capacidades. Los padres velarán que los hijos cumplan estos deberes”.

21. ARTÍCULO 1756

El cuidado personal y responsable de los hijos comprende su crianza, educación y establecimiento. Dicho cuidado estará a cargo de ambos padres en forma conjunta, y, a falta de uno de ellos, será a cargo del otro.

A falta de ambos, la autoridad competente podrá confiar el cuidado de los hijos mejores a otra persona o personas competentes, preferencialmente los parientes consanguíneos más próximos.

Los gastos respectivos se extraerán de los bienes de la sociedad conyugal o patrimonial. Si ésta no existiere, padre y madre deberán sufragarlos en proporción a sus facultades. Si sólo uno de los padres tuviere bienes, él deberá cancelarlos en su totalidad. La misma obligación corresponde al padre o madre sobreviviente, en caso de muerte del otro, sin perjuicio de la carga alimentaria que corresponda a la herencia.

Observaciones al artículo:

J. Londoño:

No hay claridad en el contenido de la expresión “hijos mejores” del primer inciso, debe ser menores; falta la preposición a después de preferencialmente (de manera preferencial) y en el segundo inciso se usa indebidamente la palabra cancelarlos, siendo la correcta pagarlos.

J. E. Medina:

Del cuidado personal. Sin que se trate de observaciones de fondo, se sugiere ajustar su contenido:

“El cuidado personal y responsable de los hijos comprende su crianza, educación y establecimiento. Dicho cuidado estará a cargo de los parentales conjuntamente, y, a falta de uno de ellos, será a cargo del otro.

A falta de ambos, la autoridad competente podrá confiar el cuidado de los hijos mejores a otra persona o personas competentes, preferencialmente los parientes consanguíneos más próximos.

Los gastos ocasionados por el cumplimiento de estos deberes gravan a la sociedad conyugal o patrimonial. Si ésta no existiere, los padres deberán sufragarlos en proporción a sus facultades. Si sólo uno de los padres tuviere bienes, él deberá asumirlos en su totalidad. La misma obligación corresponde parental sobreviviente, en caso de muerte del otro, sin perjuicio de la carga alimentaria que corresponda a la herencia”.

22. ARTÍCULO 1757

En caso de diferencias o conflictos de pareja o paterno-filiales no superados satisfactoriamente de manera directa o indirecta, es deber de los padres respetar siempre el interés superior del niño, niña o adolescente, y abstenerse voluntariamente de todo acto de vulneración o agresión y de ejecutarlos contra o en presencia de ellos, o de utilizar al menor como instrumento de disputa. En su defecto, corresponderá a la autoridad competente otorgar provisional o definitivamente el cuidado responsable de los hijos, a uno o a ambos, o a un tercero, sin perjuicio del cumplimiento de los demás deberes.

Observaciones al artículo:

J. Londoño:

Acertada consagración del interés superior del niño como criterio relevante a considerar en caso de disputas entre padres o entre éstos y sus hijos. Armoniza con las disposiciones internacionales adoptadas por Colombia y con mandatos de la jurisprudencia patria.

Dicha consagración se replica en art. 1759 para los casos de nulidad, divorcio o cesación.

23. ARTÍCULO 1758

Habrá lugar a quitar a los padres el cuidado personal de los hijos:

- 1. Por la inhabilidad física, síquica o moral de ambos padres, o por comportamientos que pongan en riesgo la vida o la salud del menor. Se presume inhabilidad moral en el padre o madre que haya puesto en peligro o en riesgo la vida o la integridad personal al otro o a alguno de sus hijos.*
- 2. Por el abandono de sus deberes respectivos o por el maltrato dado al hijo en términos de causarle grave daño.*

3. *Por violencia intrafamiliar o por ejercer actividades ilícitas o adoptar conductas reprochables que afecten el desarrollo de los hijos.*
4. *Cuando el juez lo crea conveniente para la salud del menor, o para evitarle grave daño físico, psíquico o moral.*
-

Observaciones al artículo:

J. E. Medina:

El retiro de los hijos. Las medidas de protección de la infancia (que incluye en muchos casos el retiro de los hijos) está regulado con un especial detalle en el código de la Infancia y de la Adolescencia, y se liga más que a conductas puntuales y típicas, al **concepto global** de vulneración de los derechos, de modo que este artículo tiene que ser remisorio a ese Código. Se propone este artículo:

“La vulneración de los derechos de los hijos dará lugar a las medidas de protección previstas en el Código de la Infancia y la Adolescencia, previo el cumplimiento de las formas procesales allí establecidas, incluyendo el retiro de la custodia del hijo a uno o ambos parentales.

En caso de riesgo inminente a la integridad física, mental o moral del hijo, las autoridades competentes podrán decretar el retiro inmediato de la custodia parental y encargar de la misma a personas garantes de sus derechos”.

24. ARTÍCULO 1759

En caso de nulidad, divorcio o cesación de efectos civiles del matrimonio o la unión marital, y de separación legal o de hecho, el cuidado o custodia de uno o varios hijos menores de edad, podrán ser convenidos o establecidos por el juez de manera compartida, siempre que se permita la satisfacción del interés superior y el desarrollo de aquellos.

No habrá lugar a establecer custodia o cuidado compartido, cuando quiera que la causa de la ruptura de la relación de pareja excluya a uno o a ambos de dicho cuidado conforme con los artículos anteriores.

Habrará lugar a la terminación de la custodia compartida, cuando quiera que se demuestre alguna de las causas previstas en el artículo 1758, o el ejercicio abusivo de sus facultades, el incumplimiento grave de las reglas de ejercicio armónico compartido y la afectación del desarrollo y formación del menor. Se entiende que esto último se configura con los actos de manipulación o de influencia de uno de los padres hacia el menor, para producir aversión o desapego hacia el otro progenitor.

Observaciones al artículo:

J. Londoño:

Usa como sinónimos los términos cuidado personal y custodia, cuando cada uno tiene su ámbito de comprensión diferente, aunque se incluyan, dado que el cuidado personal lo deben ejercer ambos progenitores o cuidadores del niño, salvo en la pérdida de potestad parental.

J. E. Medina:

La situación del hogar disuelto o no conformado. La redacción de este artículo se inspira en la familia nuclear (que es la más conveniente), pero no debe olvidarse que los deberes paterno filiales se predicán de los hijos extramatrimoniales, de modo que su redacción debe ser neutra en estas materias. Los acuerdos de custodia son actos propios de la familia y en general son informales, siempre que se

acuerden y ejecuten de buena fe y no impliquen la exoneración injustificada de los deberes paterno filiales o la supresión de los derechos de uno de los padres.

Pero los acuerdos de custodia, pueden llegar a ser formales y obligatorios (aunque modificables de variar las circunstancias) cuando no hay acuerdo primario y se recurre a los medios de conciliación formales (ante los diferentes entes competentes para el efecto) e incluso pueden ser impuestos directamente por el funcionario de familia o el juez.

“En caso de que los parentales no convivan el mismo hogar, el cuidado o custodia de uno o varios hijos menores de edad, podrá ser convenido entre ellos, siempre que se permita la satisfacción del interés superior y el desarrollo de ellos y no impliquen la exoneración de responsabilidades parentales o impidan el ejercicio de sus derechos. Los respectivos acuerdos serán obligatorios las partes, quienes podrán introducir los ajustes que estimen convenientes.

En caso de no llegar a un acuerdo, las diferencias podrán ser sometidas a los diversos mecanismos de solución de estos conflictos o al conocimiento y decisión de los jueces de familia. La decisión formal prestará mérito ejecutivo y solo podrá ser modificada de común acuerdo o por decisión de la autoridad competente, mediante acto de igual o superior valor.

No habrá lugar a establecer custodia o cuidado compartido cuando uno de los parentales le haya sido retirada la custodia como medida de protección de los hijos por el ejercicio abusivo de sus facultades, el incumplimiento grave de las reglas de ejercicio armónico compartido y la afectación del desarrollo y formación del menor. Se entiende que esto último se configura con los actos de manipulación o de influencia de uno de los padres hacia el menor, para producir aversión o desapego hacia el otro progenitor”.

25. ARTÍCULO 1760

Al padre o madre de cuyo cuidado se sacaren los hijos, no por eso se le prohibirá visitarlos con la frecuencia y libertad que resulten convenientes para el desarrollo del menor y siempre que cumpla con su obligación alimenticia. En caso contrario, se suspenderá y, si fuere el caso, se le negará ese derecho.

También tienen derecho a visitarlo los abuelos del menor, sin interferir en su crianza.

Observaciones al artículo:

J. Londoño:

Deberá revisarse si la restricción de visitas de los hijos, en función del no pago de la obligación alimentaria, es constitucional, y si ese incumplimiento da para privar al padre de ese derecho, viendo también el interés superior del niño.

J. E. Medina:

El derecho a la incorporación familiar. El inciso segundo es importante, porque corresponde al respeto y aprovechamiento de los vínculos con la familia extendida y por eso no debe circunscribirse

a parientes determinados y claro hay que quitar lo relativo a la interferencia en la crianza porque sería un abuso al no tener ellos la custodia.

Se sugiere entonces ajustar este inciso:

“Los parentales y custodios cuidarán que se mantengan las interrelaciones del menor con los demás parientes próximos, a efecto de contribuir a consolidar la identidad, seguridad y apego a la familia extensa”.

26. ARTÍCULO 1761

Sin perjuicio de las medidas provisionales, el juez confiará el cuidado personal y responsable de los hijos a los parientes más próximos; en su defecto, serán entregados, a costa de los padres, si tuvieran recursos, a establecimientos o personas que puedan cumplir en forma competente la mencionada obligación.

Observaciones al artículo:

J. E. Medina:

Las medidas de restablecimiento de los derechos. Este artículo, es anacrónico, ya que cualquier medida de protección debe desarrollarse de la manera establecida en el Código de la Infancia y la Adolescencia, bajo supervisión y control de la autoridad y, en todo caso, la institucionalización es un último recurso, ya que el sistema moderno propone que se procure restituirle la familia al menor provisionalmente o como medida definitiva a través de la adopción. Este artículo debe hacer mención y remisión al código del menor.

“En caso de ausencia o falta de idoneidad de la familia, el Sistema de Bienestar Familiar ejecutará las medidas de restablecimiento de derechos de los niños, niñas y adolescentes decretadas por la autoridad competente. El Ministerio Público supervisará el cumplimiento de esta disposición”.

27. ARTÍCULO 1762

Si el hijo menor, en razón de haber sido abandonado por sus padres o por haber huido de la casa de sus padres, hubiere sido alimentado y educado por otra persona, aquéllos deberán pagar dichos gastos, tasados prudencialmente por el juez.

Observaciones al artículo:

J. E. Medina:

Acción de los terceros para el cobro de los gastos de atención de menores. La **corresponsabilidad** lleva a que sea de interés público que cualquiera pueda atender las necesidades de los menores en toda circunstancia que lo requieran, no solo respecto de los que se encuentran en situación de abandono (desde proporcionar vituallas, comunicación, educación, transporte, y hasta asumir gastos de salud o acogerlo temporalmente para su protección). En estos casos y a efecto de no permitir un enriquecimiento injusto, lo apropiado es conferir acción al tercero para reclamar el respectivo reembolso o *actio in rem verso*.

Se propone esta redacción, por cierto concordante con la ley 1306 de 2009 (art. 49, vigente):

“Quien proporcione al hijo cualquier prestación alimentaria necesaria tendrá acción para que se le compense su valor. Dicha acción podrá ejercerse contra cualquiera de los parentales o los demás alimentantes. El juez podrá decretar que estos valores se ajusten con el índice de corrección monetaria desde el momento en que se realizaron los gastos”.

28. ARTÍCULO 1764

Ningún niño, niña o adolescente puede cambiar de residencia o salir del país sin autorización de los padres bajo cuyo cuidado responsable se encuentran, y, en caso de desacuerdo, sin la autorización del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, la autoridad administrativa que haga sus veces, o judicial competente, de conformidad con los tratados internacionales y la ley.

Los padres bajo cuya potestad parental o cuidado responsable se encuentre legalmente un niño, niña o adolescente que legalmente ha salido del país, conservan su derecho a visitarlo, y, si fuere el caso de salida o retención ilegal, también tienen el derecho a la restitución civil, de conformidad con los tratados internacionales y la ley.

En las mismas condiciones, las personas que han recibido al menor que ha ingresado para visita o lo ha hecho ilegalmente, tendrán la obligación de restituirlo al lugar de su procedencia y a las personas a quien corresponda legalmente su cuidado personal.

Observaciones al artículo:

J. Londoño:

El derecho a la restitución civil es coherente con régimen internacional y con eventual nueva ley, está atado a potestad parental o cuidado responsable, importante que esté contenido en el nuevo código se consagra en forma adicional con la obligación de restitución a las personas que hayan recibido el menor.

Para claridad del artículo podrían hacerse cambios en su lenguaje en orden a efecto de incluir los supuestos de sustracción y retención que son los que guían normas internacionales y reflejan situaciones diferentes.

Es afortunada la inclusión de este artículo, y la buena comprensión sobre el punto.

29. ARTÍCULO 1765

Ambos padres, o el padre o madre sobreviviente, administrarán los bienes de sus hijos menores.

No obstante los adolescentes autorizados para trabajar tendrán la administración de los bienes adquiridos en el ejercicio de cualquier empleo, industria o arte

Observaciones al artículo:

J. E. Medina:

La administración de los bienes del hijo. Se proponen estos ajustes al texto:

“Los parentales tendrán la administración de los bienes de sus hijos menores de edad.

No obstante los adolescentes autorizados para trabajar tendrán la administración de los bienes adquiridos en el ejercicio de cualquier empleo, industria o arte. Los padres prestarán su concurso al hijo, para la mejor administración de tales bienes, sin limitar los derechos y facultades que le son propios”.

30. ARTÍCULOS 1766 Y 1767

1766 *Los padres realizarán todos los actos de administración que tengan por finalidad la conservación y mayor productividad de los bienes de sus hijos menores.*

Ellos podrán enajenar los bienes cuando las circunstancias lo exijan y lo recomiende el giro ordinario de las actividades a que están afectados. No podrán dar en arriendo o en tenencia los bienes inmuebles urbanos por más de dos años o los rurales por más de tres, ni por más tiempo del que le falte al menor para alcanzar la mayoría.

La gestión del patrimonio del pupilo también se sujetará a las normas sobre la materia.

1767 *No se podrán enajenar o gravar con derechos reales los bienes inmuebles sin autorización del juez o del funcionario que señale la ley, quien sólo la dará cuando se acredite la necesidad manifiesta de hacerlo. Si se trata de venta, se hará en los términos que señala de las normas de procedimiento.*

Observaciones al artículo:

J. E. Medina:

Reglas de administración de los bienes. Por la disposición del Código de Bello, las reglas de administración de los padres, se remitían a las disposiciones previstas en esta materia para los guardadores. Esto llevó a que en la ley 1306 se detallaran y modernizaran las reglas respectivas (arts. 91 a 98) en la que por cierto se eliminó la trascendencia a los inmuebles, porque en la economía moderna un par de automóviles de alta gama o unas acciones pueden ser más importantes patrimonialmente que el mismo inmueble. Se sugiere que se mantenga la remisión al régimen de

guardas, quitando la mención a la trascendencia de los inmuebles. No se mencionan los actos prohibidos y tampoco los que requerirían autorización judicial.

Se propone este texto sustitutivo de los dos artículos.

“En la administración de los bienes de los hijos los parentales deberán actuar con la diligencia propia de todo administrador de bienes de terceros según su condición y situación. Las reglas previstas para los guardadores en las normas pertinentes serán aplicables en el ejercicio de la administración y la evaluación de la gestión, pero el juez podrá ajustarlas a petición de los padres, previa justificación de su conveniencia”.

31. ARTÍCULO 1769

El que ejerce la potestad parental no es obligado a hacer inventario solemne de los bienes del hijo que administra, mientras no contrajere matrimonio o conforme unión marital; pero deberá llevar una descripción circunstanciada de los bienes y de su productividad, so pena de la privación de su facultad de administrar.

Observaciones al artículo:

J. E. Medina:

La descripción circunstanciada. Los padres no reciben los bienes por inventario y por eso ni llevan ni rinden cuenta. El Código Civil mencionó que deben llevar la “descripción circunstanciada”, sin decir qué es esa actuación, cuándo se hace, cómo se presenta, quién puede solicitarla, cómo se controvierte, cuándo es prueba y contra quién. Eso llevó a que nadie cumpliera y ahora se repite esa norma.

Como está es inútil; luego, o se describe así sea someramente su alcance o se elimina y se deja al juez su imposición, la forma de la cuenta y la rendición de la misma, como sucede con la caución de manejo (son dos elementos casi inseparables, en materia de administración) Mas adelante se habla de cuenta y por eso debería existir inventario como se advertirá en su momento (arts. 1772 y 1773).

32. ARTÍCULO 1770

Los padres, o el padre o madre sobreviviente, tendrán derecho a hacer suyos los frutos de los bienes que administran, los que deberán dedicar en forma preferente al cumplimiento de sus obligaciones de cuidado personal de los hijos.

Observaciones al artículo:

J. E. Medina:

El usufructo. Salvo que exista una razón para suprimir el derecho de uso (*uti, habitatio*) de los bienes de los hijos que administran los padres, debería conservarse entre otras razones porque el derecho de

fruto sin uso, es más una remuneración (como la de los guardadores) que un verdadero ejercicio del fruto mismo (*fructus*) y, por otra parte, es lo que permite la libre administración de los bienes, con cambio de destino y demás facultades del que administra por derecho propio y no como una comisión o encargo del dueño. Se propone el siguiente ajuste:

“Los parentales, o el parental sobreviviente, tendrán derecho a utilizar los bienes de sus hijos que administran y a hacer suyos los frutos que produzcan, los que deberán dedicar en forma preferente al cumplimiento de sus obligaciones de cuidado personal de los hijos”

33. ARTÍCULO 1771

Si alguien hace donación de algún bien al hijo por acto entre vivos o por testamento, con la condición de que el padre o la madre o ambos no tengan la administración, se le nombrará un administrador de bienes para que la ejerza, salvo que el donante lo haya designado. La donación que se haga al hijo con la prohibición de que los padres tomen para sí los frutos del bien donado, se entiende que no les priva de la administración del mismo.

Observaciones al artículo:

J. E. Medina:

El peculio adventicio extraordinario. El retiro de la administración por el donante o testador, hace necesario que se nombre un administrador que tendrá el carácter de **adjunto**, pero **no** de bienes porque estos administradores son taxativos (del ausente y de la herencia yacente) y tienen recortadas las facultades de administración, más cerca de la custodia que de la verdadera administración. En cuanto al destino de los frutos y como se comentó en el punto anterior, ahora si son frutos propiamente dichos y los paga el administrador en nombre del hijo y el padre no se los puede apropiar como parte de su derecho.

Por otro lado no se está tocando el tema de los bienes que han pasado al hijo por indignidad y desheredamiento que no los administraba el padre porque no tenía derecho alguno sobre estos.

Se propone esta redacción para el artículo:

“Si alguien asigna bienes al hijo por acto entre vivos o por testamento, con la condición de que el padre o la madre o ambos no tengan la administración, se le nombrará un administrador adjunto para que la ejerza, salvo que se haya designado uno en el respectivo acto. Si en el acto de asignación de los bienes se prohíbe a los parentales o uno de ellos tomen para sí los frutos del bien donado, se entiende que no les priva de la administración del mismo e, igualmente, si en dicho acto se les priva de la administración no por ello pierden el derecho a los frutos.

Parágrafo: Sobre los bienes que han pasado a poder del hijo por indignidad o desheredamiento del parental, éste no tendrá la administración ni el derecho de frutos, que corresponderán al otro parental. El juez podrá retirar al otro parental de la esta administración y designar un administrador adjunto cuando sea preferible para la defensa de los intereses del hijo, pero los frutos llegarán directamente al parental no impedido y no ingresarán a la sociedad conyugal o patrimonial, de haberla”.

34. ARTÍCULO 1772

Quienes ejercen la administración de los bienes del hijo están obligados a llevar cuenta informal pero detallada y documentada de todos sus actos relacionados con aquella, y a exhibirla luego de que termine su administración.

Observaciones al artículo:

J. E. Medina:

La cuenta del administrador. Como se dijo los padres no llevan cuenta, porque no reciben por inventario y por eso no habría una base sobre la cual llevarla y poder comprobar la variación patrimonial por la gestión. No es claro cómo puede haber una cuenta detallada y documentada que a su turno sea informal, ni en qué coincide o se diferencia de la relación circunstanciada. Se sugiere estudiar a fondo estos requisitos e integrarlos a las reglas de caución e inventario.

Si este artículo se refiere al **administrador adjunto** debe dejarse claro que no se refiere a los padres o mejor pasarlo al régimen de guardas, porque este capítulo se refiere a la potestad parental y se presta a confusiones.

35. ARTÍCULO 1773

Podrá el juez, a petición de parte que acredite un interés legítimo o del defensor de familia, ordenar que el administrador, aún durante el ejercicio de su cargo, exhiba las cuentas de la administración al guardador nombrado para este efecto.

Observaciones al artículo:

J. E. Medina:

Exhibición anticipada de la cuenta. El mismo comentario de artículo anterior. Si se refiere a los padres habría que pasarlo al artículo pertinente con el inventario y la caución. Si se refiere al administrador adjunto, debe pasarse al capítulo de guardas.

36. ARTÍCULO 1676

La cesación de la facultad de administrar o la extinción de la potestad parental, tienen lugar:

- 1. Por contraer el hijo menor de edad matrimonio o constituir unión marital de hecho, o por llegar el hijo a la mayoría;*
- 2. Por la muerte del padre y de la madre;*
- 3. Por la incapacidad sobreviniente de quien ejerce la administración;*

176



4. *Por la comisión de dolo o culpa grave en la administración. Si sólo uno de los padres ha cometido dolo o culpa grave, la potestad parental y la administración la tendrá el otro.*
 5. *Por sentencia judicial en caso de abandono del hijo, maltrato grave o abuso sexual del hijo, conducta incompatible con el ejercicio de la potestad, o por condena privativa de la libertad superior a los dos años.*
 6. *Por declaratoria administrativa en firme del estado de abandono del hijo con la consecuencia de su adoptabilidad.*
 7. *Por sentencia declarativa de paternidad extramatrimonial, con oposición injustificada del demandado y que por el abandono de su hijo, u otras circunstancias, se hace incompatible con el ejercicio de la potestad parental, cuando así lo solicita el hijo.*
-

Observaciones al artículo:

J. Londoño:

En cuanto a la causal 5° de cesación o extensión de la potestad parental creo importante precisar que se da por “condena privativa de la libertad superior a 2 años” siempre que ello comprometa el interés superior del menor en tanto que el delito pueda afectar su desarrollo, siguiendo la exposición de la sentencia C-997 de 2004, máxime cuando esta causal es también la de suspensión y privación de la potestad parental prevista en el 1783.

J. E. Medina:

Extinción de la administración y la potestad parental. Es conveniente dejar muy claro las causas que dan lugar a la pérdida de la administración sin extinguir la potestad parental y las que extinguen la potestad parental (junto, obviamente, con la administración).

También hay que hacer ajustes en lo relativo a la declaratoria de adoptabilidad (que puede ser por el defensor de familia o por el juez); las causales judiciales de extinción de la potestad para incluir la de la ley 1453 de 2011; la responsabilidad de la administración que al ser la misma del guardador sería la culpa leve y regular muy bien lo relativo al ejercicio de la potestad por el padre vencido en juicio contencioso de paternidad (Sent. C-145/10).

Por otro lado, este artículo debe ser el último del capítulo y concordarse con la suspensión de la potestad parental.

Se sugiere este texto:

“La facultad de administración de los bienes del hijo cesa por la comisión de dolo o culpa en la administración. Si sólo uno de los padres ha cometido dolo o culpa, la administración la tendrá el otro.

También cesa por la inhabilidad para el ejercicio de la administración, decretada por el juez a petición de interesado o de las autoridades de protección de infancia y adolescencia.

La potestad parental se extingue:

1. *Por contraer el hijo menor de edad matrimonio o constituir unión marital de hecho, o por llegar el hijo a la mayoría;*

2. Por la muerte del padre y de la madre o por su inhabilidad definitiva para el ejercicio de la patria potestad por discapacidad mental impeditiva, declarada por el juez.

4. Por sentencia judicial en caso de abandono del hijo, maltrato grave o abuso sexual del hijo, conducta incompatible con el ejercicio de la potestad, o por condena privativa de la libertad superior a los dos años.

5. Cuando el adolescente hubiese cometido homicidio doloso, secuestro, extorsión en todas sus formas y delitos agravados contra la libertad, integridad y formación sexual y se compruebe que los padres favorecieron estas conductas con sus actos u omisiones. La privación de la potestad parental será decretada por el juez de familia, previa comprobación de los hechos y su causa.

6. Por declaratoria de adoptabilidad del hijo en firme.

Parágrafo primero: No tiene la potestad parental quien ha sido declarado parental en juicio contradictorio y con su oposición. Con todo el hijo menor adulto podrá solicitar el restablecimiento de dicha potestad ante el juez de familia.

Parágrafo segundo: La pérdida de la potestad parental es irrevocable y conlleva el retiro del derecho a administrar, y usar los bienes del hijo y recibir los frutos de éstos”.

37. ARTÍCULO 1777

La potestad parental sobre un adolescente en situación de discapacidad que ha recibido asistencia de apoyo, cesa por mandado legal al llegar a la mayor edad; pero mantiene vigente dicha asistencia, mientras no se extinga de conformidad con la ley.

Esta potestad parental también termina por la muerte de los padres, el matrimonio o la unión marital de hecho declarada por la persona con discapacidad y por las causales indicadas en el artículo anterior.

Observaciones al artículo:

J. E. Medina:

El apoyo del menor con discapacidad mental. Entre los múltiples errores (conceptuales, de lógica o de redacción) que aparecen en la ley 1996 de 2019, está el artículo 7° que prevé la posibilidad de designar apoyo para el menor en sus actos, ya que el menor tiene parentales o curadores, **que lo representan legalmente** y por eso no necesita apoyo y menos de alguien que se someta a sus decisiones. El artículo debería desaparecer.

Si se pretende conservar este artículo, habrá necesidad de determinar precisamente quién llegaría a ser el apoyo, qué facultades tendría y cómo compaginar la función del apoyo con la del parental o el curador.

El inciso segundo está incluido en terminación de la potestad parental y por eso este inciso sobra.

38. ARTÍCULO 1779

Artículo 1779. Corresponde a los padres la representación judicial y extrajudicial de sus hijos menores, a menos que tenga que litigar en contra de uno de ellos, caso en el cual la representación la tendrá el otro.

Observaciones al artículo:

J. E. Medina:

La representación residual por un padre. La representación por el otro padre cuando se litiga contra el hijo sólo debe darse en condiciones puntuales expresamente establecidas en la ley (V. gr. alimentos y otros derechos de los hijos incluyendo permisos de salida del país, juicios de paternidad, oposición a la entrega en adopción, autorización para el matrimonio), porque cuando existen ambos parentales estos deben obrar de consuno en las decisiones relativas a los hijos y por eso si demanda uno, el otro necesariamente está en la misma posición (el Código hablaba en singular porque en esa época la madre no ejercía patria potestad). Se sugiere ajustar el artículo, así:

“Corresponde a los padres la representación judicial y extrajudicial de sus hijos menores. Cuando un hijo tenga que litigar contra uno de sus padres o sea demandado por uno de ellos se le designará al hijo un curador ad litem, a menos que la ley o el juez autoricen al otro parental a representar al hijo en un proceso donde sea contraparte el parental”.

39. ARTÍCULO 1781

Cuando los padres nieguen su consentimiento al hijo para comparecer a un proceso, están inhabilitados para prestarlo o lo autorizan sin representarlo, se aplicarán las normas procesales para la designación de curador ad litem

Observaciones al artículo:

J. E. Medina:

Autorización al hijo para comparecer a juicio. Hay una contradicción en este artículo con el anterior en el punto que dice “lo autorizan sin representarlo”, mientras que en el anterior se habla de autorizarlo **como actor** (lo que implica que va por sí y sin representante). Por otro lado debe dejarse claro que el hijo solo puede comparecer como actor cuando ya es púber porque el impúber es absolutamente incapaz.

Esta sería la corrección:

“El impedimento o embarazo de los padres para representar el hijo en el proceso no impedirá su presencia y se aplicarán las normas procesales para la designación de curador ad litem. También se le designará curador ad litem si los padres niegan su consentimiento al hijo menor adulto para comparecer a un proceso como actor o están inhabilitados para prestarlo,

40. ARTÍCULO 1783

Cuando el juez lo considere conveniente podrá suspender la potestad parental en los casos del artículo 1758.

179



También la podrá suspender por encontrarse su titular en situación de discapacidad que impida el ejercicio idóneo de la potestad, o por la larga ausencia de su titular o titulares y en los casos contemplados en los numerales 3 a 5 del artículo 1776.

La suspensión respecto de un padre, mantendrá la potestad parental en cabeza del otro. Si se predica de ambos, se le dará al hijo un guardador.

La suspensión no exonera a los padres de los deberes para con sus hijos.

Habrá lugar a privar judicialmente la potestad parental por las causas previstas en numerales 3 a 5 del artículo 1776 sin perjuicio de su restablecimiento, cuando así lo aconsejare el interés superior del menor.

No habrá restitución de potestad parental en el caso de que exista declaración administrativa mediante resolución en firme de abandono.

En el proceso de privación o suspensión de la potestad parental también podrá pedirse, como medida cautelar, la suspensión provisional de las facultades de disposición y administración de los bienes del menor y la designación de un curador.

En los casos de los numerales 4 a 6 del artículo 1776, el hijo o su representante legal pueden suprimir de su nombre el apellido del padre o madre privado de la potestad parental, abstenerse, a su juicio, de recibir visitas o de mantener comunicación con ellos y oponerse a toda solicitud de rehabilitación de dicha potestad.

Observaciones al artículo:

J. E. Medina:

La suspensión de la potestad parental. La suspensión de la potestad parental debe ser una medida concomitante y automática con la medida de restablecimiento de los derechos de menor cuando impliquen el retiro del hijo (porque el padre no puede interferir con las facultades del encargado sea de la familia extensa u otro designado).

El retiro y la privación de la potestad parental quedó regulado en el artículo 1776 (según las observaciones que hicimos) y por eso sobra toda referencia a este tema y debe ser irrevocable, precisamente para evitar que se confunda con la suspensión.

No creemos que la pérdida de la potestad parental dé lugar a la exclusión de la familia (salvo cuando se consolida la adopción) y aún más, deben mantenerse porque la familia extensa puede ser asignada para la custodia permanente o pueden tener bienes que heredaría el hijo ante la indignidad del padre, pero además el hijo quedaría con un solo apellido lo que sería violatorio de la ley.

Se proponen unos ajustes, más que todo para concordarlo con las sugerencias de cambio que se hicieron en su momento y se sugiere que este artículo preceda el de la terminación de potestad:

“5. Suspensión de la potestad parental

La potestad parental se suspende cuando el hijo ha sido retirado de la custodia de su parental o parentales como medida de restablecimiento de derechos conforme al artículo 1758.

El juez, a solicitud de interesado podrá suspender la potestad parental por encontrarse su titular en situación de discapacidad que impida el ejercicio idóneo de la potestad, o por la larga ausencia de su titular o titulares.

En el proceso suspensión de la potestad parental también podrá pedirse, como medida cautelar, la suspensión provisional de las facultades de disposición y administración de los bienes del menor y la designación de un administrador interino.

La suspensión respecto de un padre, mantendrá la potestad parental en cabeza del otro. Si se predica de ambos, se le dará al hijo un curador interno.

La suspensión termina por la restitución de la custodia al padre, por haber cesado la ausencia o por mandato del juez a petición del padre”.

41. ARTÍCULO 1786

En los casos en que no hubiere acuerdo de los padres sobre el ejercicio de los derechos del cuidado personal, administración de bienes o representación del hijo menor, se acudirá al juez o al funcionario que la ley designe, para que dirima la controversia teniendo en cuenta los intereses superiores del hijo y la armonía de relaciones entre los miembros de la familia.

Observaciones al artículo:

J. E. Medina:

Suspensión de la potestad parental y administración de los bienes. En el caso del retiro de la custodia del hijo, es obvio que debe excluirse al parental de la administración de los bienes porque ese retiro de la custodia se produce porque **se han vulnerado gravemente** los derechos del menor y no sirvieron las amonestaciones y otros requerimientos formulados por los funcionarios de infancia y adolescencia.

Se sugiere suprimir el texto sobre la posibilidad de que se conserve la administración durante la suspensión a decisión del juez.

42. ARTÍCULO 1788 (inciso 3°)

Los anteriores deberes no podrán contrariar el interés superior y desarrollo gradual del niño, niña o adolescente.

Observaciones al artículo:

J. E. Medina:

Obligaciones con los padres. No se entiende bien este inciso que alude al interés superior de los menores. Si lo que se trató de decir es que los hijos, así sean menores, tienen el deber de auxilio y socorro (que ciertamente lo tienen), pero están relevados de la custodia y protección personal y el deber se refleja exclusivamente en la obligación alimentaria, cuando el menor tenga bienes, hay que decirlo así. Debe revisarse su contenido.

43. ARTÍCULO 1789

Para todos los efectos civiles, se denomina unión marital de hecho, la unión estable formada entre dos personas que, sin estar casadas, hacen comunidad de vida permanente y singular. Con ella los miembros de la pareja adquieren el estado civil de compañero permanente.



Se entiende por comunidad de vida la convivencia afectiva con proyecto de vida común, y por permanencia, la que ha tenido una duración no inferior a dos años, sin perjuicio de la inscrita voluntariamente por los compañeros incluso antes de este término. Las relaciones de noviazgo y las afectivas casuales no son comunidad de vida.

La unión podrá convenirse o ser reconocida civilmente en las capitulaciones maritales, por escritura pública, por acta legal de conciliación y podrá ser declarada por sentencia judicial. El acto deberá inscribirse en el registro civil de matrimonios y uniones maritales. Los compañeros permanentes tendrán los mismos derechos, obligaciones y responsabilidades reconocidas a cargo de los cónyuges.

En caso de matrimonio posterior de los compañeros permanentes, éstos deberán indicar la época de inicio de su unión y los hijos habidos en la misma. Los efectos del matrimonio se extenderán a la iniciación de la unión marital de hecho que se ha reconocido en el acto del matrimonio, dejando a salvo derechos de terceros adquiridos de buena fe.

Ninguno de los compañeros permanentes cuya unión marital terminó seis meses o más antes del fallecimiento del causante, tendrá derecho a invocar esa calidad para heredar abintestato en la sucesión del otro.

Observaciones al artículo:

J. Londoño:

La redacción del artículo es desafortunada: extenso y equívoco en alguna de sus expresiones.

La norma desconoce el desarrollo jurisprudencial en virtud del cual se distinguen las instituciones de unión marital y sociedad patrimonial entre compañeros, en cuanto a que el reconocimiento de la primera no requiere un término mínimo, sino que se configura mientras estén presentes sus elementos, sin importancia de la duración, aunque esta se suponga por cuanto se exige la estabilidad y permanencia de la relación. Hay casos en los que se puede predicar la existencia únicamente de la familia de hecho, con independencia de su término de duración, incluso se elevan pretensiones autónomas para ello sin perseguir efectos económicos directos.

De cara a ese aspecto temporal creo que es innecesaria la salvedad (inciso 2), en caso de inscripciones voluntarias de los compañeros antes de ese tiempo.

Así, la condición de la existencia de UMH a una convivencia no inferior a 2 años, debería seguirse manteniendo solo frente a sociedad patrimonial, en aras de que se respeten los otros efectos que se desencadenan de la UMH (paternidad, presunción de filiación, estado civil, efectos pensionales).

Inciso primero: "...Con ella los miembros de la de la pareja adquieren el estado civil de compañero permanente...", no tiene concordancia de número, al iniciar en el plural y terminar en el singular. Debería ser: *Con ella cada uno de los integrantes de la unión marital, adquiere el estado de compañero permanente.*

Inciso 2 última parte: "Las relaciones de noviazgo y las afectivas casuales no son comunidad de vida." Esta afirmación si bien tiene un buen propósito es insuficiente al tratar de enlistar las relaciones que no son comunidad de vida, porque se excluyen las relaciones sexuales o de amantes que aun siendo permanentes no son uniones maritales y muchas otras que igualmente tampoco se configurarían como comunidades de vida. Creo que dada definición antecedente que trae el artículo respecto a la comunidad de vida, sobra decir cuales no lo son, tarea que corresponderá al juez.

Inciso 3. "...La unión marital podrá convenirse o ser reconocida civilmente en las capitulaciones maritales..." Si bien la posibilidad de realizar capitulaciones en las uniones maritales, se reconoció en reciente providencia de la Sala de Casación Civil de la CSJ, aun no existe doctrina probable sobre

tal situación, además es un tema que riñe con la teleología de la Ley 54 de 1990, en el sentido de que tal normativa se creó con el fin de proteger económicamente a la parte más débil, así que permitir las capitulaciones en ella es un asunto controversial, añadiendo la complejidad doctrinal no resuelta sobre el alcance de las capitulaciones. Deberían conservarse las tres maneras para el reconocimiento de la unión: escritura, conciliación o decisión judicial.

J. E. Medina:

Nota: Este capítulo debe ir a continuación del matrimonio, por ser una de las formas de unión marital. Se sugiere trasladarlo.

La unión marital de hecho. La unión marital de hecho es una **situación familiar** que presupone la conjunción de dos factores: la convivencia *more uxorio* y el ánimo de permanecer de manera indefinida. En mi concepto no genera estado civil porque quebranta los principios de legalidad, irrenunciabilidad, indisponibilidad que son características determinantes de los atributos de la personalidad y porque queda al criterio unilateral de cualquiera de los miembros de la pareja eliminar el estado civil (propio y del otro miembro de la pareja) sin cumplir requisitos ya que es un asunto tan privado que no es oponible a terceros, ni aun conociendo la existencia del hecho; pero en esto el legislador manda y por eso no se volverá en este tema.

Falta lo relativo a la legitimidad de la unión y al respecto consideramos que debe conservarse el sistema establecido en la ley 54 de 1990 (impedimento igual a los que van a contraer matrimonio, excepto los casados sin sociedad conyugal al momento de establecer la unión).

No es clara cuál es la teoría que se acoge en este artículo en relación con el comienzo de la existencia de la unión marital de hecho. Porque si se lee el inciso 2º solo habría unión marital a partir del segundo año (antes sería un período de prueba o algo así), pero si se lee el inciso 4º, la unión se entiende conformada desde el primer día de convivencia pero sólo solo llega a ser eficaz luego de pasados los dos años, que le daría eficacia a todo lo sucedido entre el primer día y el fin del año dos. Parto de la base que esta última es la interpretación y por eso se harán las aclaraciones pertinentes.

En relación con la declaración de los hijos que se procrearon en la unión, debe eliminarse este requisito, porque en estricto Derecho esa situación ya tendría que estar solucionada prácticamente en el momento en que nacieron los niños y por eso la declaración posterior al nacimiento de los niños no tiene efecto real y si al momento de la declaración, no ha regularizado el registro del estado civil, el acta de declaración de la unión no sirve para hacerlo ya que se deben utilizar las pruebas especiales del registro (los certificados de nacido vivo, los documentos públicos, los testimonios).

Se proponen algunas soluciones puntuales, para lo cual utilizaremos el texto propuesto.

“Para todos los efectos civiles, se denomina unión marital de hecho, la unión estable formada entre dos personas que, sin estar casadas entre sí, hacen comunidad de vida permanente y singular. Con ella los miembros de la pareja adquieren el estado civil de compañero permanente.

Se entiende por comunidad de vida la convivencia afectiva con proyecto de vida común, y por permanencia la que ha tenido una duración no inferior a dos años, sin perjuicio de que los compañeros puedan declararla voluntariamente e inscribirla en el registro del estado civil, incluso antes de este término. Las relaciones de noviazgo y las afectivas casuales no son comunidad de vida.

Las uniones maritales de hecho solo podrán ser establecidas por las mismas personas que pueden contraer

matrimonio entre sí. Quien esté casado, pero su matrimonio tenga disuelta la sociedad conyugal podrá establecerla con otra pareja, con todas las consecuencias jurídicas previstas en la ley. Mientras subsista la unión marital de hecho las consecuencias jurídicas del matrimonio estarán en suspenso, pero extinguida la unión de hecho, podrán restablecerse por acuerdo entre las partes por escritura pública o acuerdo conciliatorio, que se inscribirán en el respectivo registro.

La unión podrá convenirse o ser reconocida civilmente en las capitulaciones maritales que celebren antes del término previsto para la eficacia de la unión y también podrán declararla por escritura pública o mediante acta legal de conciliación. El juez podrá declarar su existencia por sentencia judicial a petición de cualquiera de los compañeros o sus herederos. Cualquier persona interesada podrá solicitar a la pareja la declaración de la unión o la terminación de la misma y en caso de que no sea atendida su solicitud, podrá solicitar al juez la respectiva declaración a efectos de la oponibilidad de la situación.

El documento contentivo de la declaración de la unión deberá inscribirse en el registro civil de matrimonios y uniones maritales. Los compañeros permanentes, mientras subsista la unión marital, tendrán los mismos derechos, deberes, obligaciones y responsabilidades reconocidas a cargo de los cónyuges.

En caso de matrimonio posterior de los compañeros permanentes, éstos deberán indicar la época de inicio de su unión. Los efectos del matrimonio se extenderán a la iniciación de la unión marital de hecho que se ha reconocido en el acto del matrimonio, dejando a salvo derechos de terceros adquiridos de buena fe.

Ninguno de los compañeros permanentes cuya unión marital terminó seis meses o más antes del fallecimiento del causante, tendrá derecho a invocar esa calidad para heredar abintestato en la sucesión del otro. En cuanto a la sustitución pensional y otras prestaciones laborales se estará a lo que dispongan las leyes especiales sobre esta materia.

Parágrafo primero: Las uniones maritales establecidas por personas impedidas para establecerlas, serán inexistentes de pleno derecho, aún aquellas que han sido declaradas. La constatación de la inexistencia no afecta derechos adquiridos por los compañeros o por terceros, pero los derechos pendientes y las expectativas no podrán consolidarse, sin perjuicio de las acciones mutuas de enriquecimiento sin causa.

Parágrafo segundo: Las uniones conformadas por personas impedidas para establecerlas, tendrán la eficacia reconocida en la ley a partir del momento en que haya cesado el impedimento.

44. ARTÍCULO 1790

La unión marital de hecho termina por cesación definitiva de la convivencia, el matrimonio de uno con un tercero y la muerte de uno o ambos compañeros.

Se entiende que la cesación es definitiva cuando ha transcurrido seis meses desde el último acto de convivencia.

El compañero o la compañera permanente inocente podrá solicitar, dentro del año siguiente a la cesación definitiva de la unión, la declaración judicial de esta última, junto a los efectos a que se refieren los artículos siguientes.

Observaciones al artículo:

J. Londoño:

El cese definitivo para la unión marital (6 meses desde el último acto de convivencia), no es equivalente a régimen de ruptura en el matrimonio (art. 1657), donde se admite plazo de espera de un año sin reconciliación.

Régimen de inocencia o culpabilidad para solicitar judicialmente declaración de unión marital no se corresponde con regulación del régimen de disolución para el matrimonio, que gira sobre un ámbito objetivo (cese definitivo de la vida común) donde ya no se considera el factor de culpabilidad.

La norma consagra el término de un año para solicitar judicialmente la unión marital, declaración que tiene que ver con el estado civil y que, por tanto, no debería estar sometida a ese término, considerado del carácter de imprescriptible de aquél, otra cosa será para la declaración de la sociedad patrimonial. Sigue confundiendo unión marital con sociedad patrimonial.

J. E. Medina:

La calificación del que causó la ruptura. Es de la **esencia** de la unión marital de hecho el retracto unilateral (por eso se habla de unión “libre”) y en los incisos anteriores se puede apreciar que la terminación se da por el fin de la convivencia (otro hecho) y no por el abandono del hogar o por consenso y por eso es impertinente hablar de compañero inocente o culpable (sent. C-1033/02).

Por otro lado, la declaración de la unión para la liquidación de la sociedad patrimonial es un derecho de los dos compañeros o sus herederos y por eso no se entiende por qué el “culpable” perdería este derecho cuando quiera que en el matrimonio que termina por divorcio, cualquiera de los cónyuges - aun el culpable del divorcio-, puede pedir la liquidación (no hay que declarar la unión porque el matrimonio tiene fecha cierta).

Finalmente es de anotar que debe mantenerse la interrupción del término para pedir la declaración con la interposición de la demanda de declaración o con la recepción de los documentos en la notaría o el centro de conciliación cuando es de común acuerdo.

El inciso segundo de este artículo se ajustaría así:

“El compañero o la compañera permanente, o sus herederos podrán solicitar, dentro del año siguiente a la cesación definitiva de la unión, la declaración judicial de esta última, con los efectos a que se refieren los artículos siguientes.

Parágrafo: La presentación de la demanda de declaración de la unión marital de hecho interrumpe los términos de caducidad de la acción en los términos de la ley procesal. Cuando la declaración y liquidación de la unión se tramite de común acuerdo, se interrumpirá el término de caducidad a partir del momento de recepción de los respectivos documentos por la notaría o el centro de conciliación. Dicho término se reanudará con la declaración de terminación por abandono o aceptación de la interrupción del trámite, antes de que se produzcan y queden en firme los actos que ponen fin a la actuación. El término de durante el cual las diligencias estaban en el respectivo despacho se descontarán para efectos del cálculo de la caducidad de la acción”.

45. ARTÍCULO 1791

Se configura sociedad patrimonial entre compañeros permanentes a partir del reconocimiento y registro voluntario de la unión marital de hecho, o desde el inicio de la convivencia declarada judicialmente, siempre que no concurra en uno o en ambos compañeros otra sociedad conyugal o patrimonial vigente.

La sociedad patrimonial se sujeta a las reglas de la sociedad conyugal y se disuelve por mutuo acuerdo elevado a escritura pública, acta de conciliación, por sentencia judicial, muerte de uno o de ambos compañeros o por matrimonio contraído por alguno de ellos con un tercero.

La acción para obtener la disolución y liquidación de la sociedad patrimonial entre los compañeros permanentes caduca en un año a partir de la separación definitiva de los mismos, del matrimonio con terceros o de la muerte de uno o de ambos compañeros.

Observaciones al artículo:

J. Londoño:

Considero oportuno conservar para la declaración de la sociedad patrimonial, el requisito de los dos años de duración de la unión marital, lo que dota a la sociedad de una cierta seriedad, estabilidad y permanencia en el tiempo, lo que ha funcionado bien, máxime cuando el artículo 1792 consagra la compensación familiar para todas las uniones y en todos los casos.

J. E. Medina:

La declaración como elemento probatorio de la unión. El asunto complejo de la declaración de la unión marital de hecho, es que **no es determinante** de la existencia de la unión y, por eso, si luego de la declaración no hay convivencia no hubo unión o por lo menos su iniciación quedó aplazada hasta que se dieron los requisitos de convivencia y ánimo y permanecerá mientras se mantenga ésta. Debe dejarse claro que es requisito, además de la declaración el establecimiento de pareja y además debe dejarse un parágrafo que regule lo relativo a la forma de desvirtuar la declaración.

Por otra parte es de recordar que no es posible jurídicamente la coexistencia de sociedades patrimoniales, porque al establecerse una unión con otra persona la sociedad conyugal anterior se disuelve y entra en liquidación. Igual ocurre cuando el compañero contrae matrimonio con otra persona.

También es necesario aludir a las situaciones patrimoniales comunes generadas por la unión marital que no alcanzó a superar los dos años.

Este sería el texto del artículo sustitutivo:

“Se configura sociedad patrimonial entre compañeros permanentes a partir del reconocimiento y registro voluntario de la unión marital de hecho, acompañado de la convivencia efectiva y el ánimo marital, o desde el inicio de la convivencia, según lo declare el juez luego de practicadas las pruebas de dicho hecho, siempre que no concurra en uno o en ambos compañeros una sociedad conyugal.

La sociedad patrimonial se sujeta a las reglas de la sociedad conyugal y se disuelve por mutuo acuerdo elevado a escritura pública, acta de conciliación, por sentencia judicial, por muerte de uno o de ambos compañeros o por matrimonio contraído por alguno de ellos con un tercero, o porque uno de ellos establezca unión marital con otro.

La acción para obtener la disolución y liquidación de la sociedad patrimonial entre los compañeros permanentes caduca en un año a partir de la disolución de la sociedad patrimonial conforme al inciso precedente.

Parágrafo Primero: Los interesados podrán probar ante el juez que la unión se inició en época diferente a la declarada, con el fin de reclamar derechos concernientes a sociedad patrimonial. La prueba se someterá a la reglas procesales del caso”.

Parágrafo segundo: Las adquisiciones y demás elementos patrimoniales comunes generados en una unión marital fáctica que no alcanzó a durar dos años quedarán definitivamente radicados en cabeza del compañero a cuyo nombre figuren, pero el compañero que contribuyó con sus recursos a la obtención de la ventaja patrimonial, tendrá las acciones de restitución de dicha contribución, probando su monto. La restitución se hará por el valor de la contribución incrementado en el índice de precios al consumidor”.

46. ARTÍCULO 1792

A falta de sociedad patrimonial, el compañero o compañera permanente de buena fe tendrá derecho a una equitativa compensación familiar dineraria por sus esfuerzos en la comunidad doméstica, que no será inferior a un mes de salario mínimo legal mensual vigente al momento de la compensación, por cada año de convivencia.

Para el cálculo de esta prestación, previa exclusión de los derechos de gananciales que corresponderían al tercero en la sociedad conyugal o patrimonial vigente, se tendrá en cuenta el valor de los bienes y deudas sociales de los compañeros permanentes que hubieren podido ingresar a una sociedad patrimonial.

Esta compensación es independiente de la reclamación de los perjuicios que se hubiese podido causar al compañero o compañera de buena fe.

Observaciones al artículo:

J. Londoño:

Es un batiburrillo. Además de la complejidad para la tasación de las indemnizaciones consagradas, trae el concepto de la buena fe para el otorgamiento de la compensación familiar, cuando bien podría ser que el reclamante no haya sido el culpable de la ruptura o una situación análoga, su liquidación, prevista en el inciso 2 del artículo, es compleja y para rematar incluye la reclamación de perjuicios causados al compañero, a tono con la decisión reciente de la Corte Constitucional en el caso Conto (establecida para una solo de las causales de divorcio -SU080-20-), lo que de por si desestructura el cauce para la disolución y liquidación de la sociedad patrimonial.

De otra parte no indica el trámite para la reclamación de perjuicios, que debería ser en un proceso autónomo de responsabilidad, donde se puedan establecer los puntales que reclaman la comprobación del daño, para la tasación de los perjuicios (ver sentencia de la Sala de Casación Laboral en el caso de Conto). La Corte Constitucional, en el fallo mencionado lo estableció solo para la causal tercera de divorcio y mediante incidente.

J. E. Medina:

La compensación por la terminación de la unión. Los compañeros permanentes **no son** de buena o mala fe, porque la unión se mantiene por el “continuado propósito mutuo de convivir” (y no por la convicción de estar obrando conforme a Derecho o no, porque esa unión se establece por **vínculos naturales**).

Parece que con este artículo lo que se quiere es establecer una compensación a favor del que **no ocasionó la terminación**. No debería ser así porque el que está en unión marital de hecho, se expone por su propia voluntad a que la otra parte deje la unión al cesar el afecto unilateral o bilateralmente (es el problema de las situaciones de hecho, que al dejar de presentarse, desaparece cualquier efecto jurídico futuro o simplemente no consolidado).

Pero esta redacción tiene otro aspecto complejo, porque en la unión marital el que no da lugar a la ruptura puede ser pudiente y el que la ocasiona escaso de fondos, por lo que es un despropósito generar una indemnización que empobrece más al pobre y enriquece más al rico. La sugerencia es, por supuesto, eliminar este artículo, pero si se quiere mantener habría que poner a la indemnización condiciones relativas a la solvencia económica (el ejemplo se toma de la “porción conyugal” aunque ajustado a la condición de la unión de hecho).

Finalmente, hay que anotar que falta un régimen relativo a los gastos familiares propios de las uniones separadas de bienes (tanto matrimoniales como maritales) durante la convivencia, respecto a lo cual se hará un propuesta en otro punto.

“A falta de sociedad patrimonial, el compañero o compañera permanente que esté en condición para reclamar alimentos, tendrá derecho a una equitativa compensación familiar dineraria mensual por sus esfuerzos en la comunidad doméstica, que será fijado por el juez atendiendo las facultades económicas del obligado y las necesidades del acreedor, por cada año de convivencia.

Para el cálculo de esta prestación, previa exclusión de los derechos de gananciales que corresponderían a los terceros acreedores de la sociedad conyugal o patrimonial vigente, se tendrá en cuenta el valor de los bienes y deudas sociales de los compañeros permanentes que hubieran ingresado a la sociedad patrimonial, de haber existido ésta”.

47. ARTÍCULO 1793

Son hijos extramatrimoniales los nacidos de madre soltera, los concebidos durante la unión marital de hecho y los nacidos después de trescientos días de terminado el matrimonio o la unión marital.

Observaciones al artículo:

J. E. Medina:

Hijos extramatrimoniales. Como se ha venido insistiendo el tema de ser hijo matrimonial (o de unión marital de hecho declarada) se reduce en esta época a que el hijo tiene un parental atribuido y por esto tiene su filiación completa, con integración directa a las familias por ambas ramas.

El hijo al que no se le puede determinar esa filiación parental, ciertamente queda **sin padre**, hasta el momento del reconocimiento o de la investigación de la paternidad. No se puede hablar de mujer soltera, porque también puede ser viuda.

El hijo de unión marital de hecho declarada tiene padre atribuido y por ende no se le aplicaría este capítulo tal como se propuso en su momento. El inciso 2° debe desaparecer por estar íntegramente asimilado a la filiación matrimonial que quedó neutra al llamarla de “unión formal”. Si la unión no ha sido declarada, habría que probarla, pero es más fácil y rápido probar la progenitura con las reglas de este capítulo.

Este sería el ajuste:

“CAPÍTULO II

De la filiación paterna no atribuida por la ley

1. La determinación de la filiación

La filiación paterna del hijo al que de acuerdo con la ley no se le atribuye un padre se establecerá de los modos previstos en este capítulo”.

48. ARTÍCULO 1794

El reconocimiento que cualquiera de los padres haga de los hijos extramatrimoniales es irrevocable y puede hacerse:

- 1. En el acta de nacimiento, firmándola quien reconoce;*
- 2. Por escritura pública o documento auténtico;*
- 3. Por testamento, caso en el cual la revocación de éste no implica la del reconocimiento;*
- 4. Por manifestación expresa y directa hecha ante juez o funcionario público.*

En este último caso servirá de prueba para la inscripción del reconocimiento, la diligencia judicial o administrativa respectiva, levantada por el juez o el funcionario, la que deberá ir firmada por quien reconoce.

Observaciones al artículo:

H. A. Torrado:

En tratándose de un asunto de tanta importancia, como es el reconocimiento voluntario de la paternidad, no se ve claro el motivo por el cual se omite el reconocimiento hecho ante el defensor de familia, a que se refiere el artículo 109 del Código de la Infancia y la Adolescencia, o ante el juez de paz, tal como lo autoriza el artículo 9° de la ley 497 de 1999.

J. E. Medina:

El reconocimiento. Debe dejarse claro que la madre **no reconoce a su hijo**, porque la maternidad es y siempre ha sido un hecho. La indeterminación de la madre en un momento dado (secuestro del

hijo, exposición, suplantación del hijo al verdadero), se soluciona probando el parto y la identidad del hijo y hoy con las pruebas de ADN. Establecidos estos hechos fehacientemente el juez o el funcionario de familia respectivo ordenará la respectiva inscripción en el registro del estado civil.

El reconocimiento paterno es un acto formal y debe tener todas las seguridades, por lo que un simple documento auténtico, no debería ser suficiente, en especial porque la ley de registro determina cuáles documentos son suficientes para sentar las partidas, pero además porque debe minimizarse la posibilidad de fallas en el documento.

No es conveniente admitir la diligencia de reconocimiento ante cualquier funcionario público sino los funcionarios de familia en diligencia de conciliación y los jueces de familia, para estar acordes con el Código de la Infancia y la Adolescencia y el Código General del Proceso, pero si un funcionario público tiene noticia de que un padre pretende reconocer un hijo debe dar traslado a los funcionarios competentes (corresponsabilidad).

Cuando se reconozcan varios hijos en un acto, será necesario que por cada uno se expida un documento, porque si se hace colectivo puede suceder que respecto de alguno haya una falsedad u otra circunstancia que afecte el reconocimiento de éste, y si el documento se llegase a anular quedarían ineficaces los demás reconocimientos.

Se proponen los siguientes ajustes:

“El reconocimiento de la paternidad, es irrevocable y puede hacerse:

- 1. En el acta de nacimiento, firmándola quien reconoce;*
- 2. Por escritura pública, en la que el reconocimiento sea el objeto del acto;*
- 3. Por testamento, caso en el cual la revocación de éste no implica la del reconocimiento;*
- 4. En diligencia de conciliación, adelantada ante el juez de familia, el defensor de familia, el comisario de Familia o inspector de policía que haga sus veces, o en un centro de conciliación autorizado.*

De esta diligencia se dejará constancia en un acta especial, referida exclusivamente al reconocimiento y por lo tanto no estará ligada a las demás cuestiones que se debatan en la respectiva audiencia y que consten en el acta general de la diligencia. Cuando en una diligencia de esta naturaleza se reconozcan varios hijos, se levantará un acta por cada uno de ellos. Suscrita esta acta por los intervinientes el funcionario o director del centro de conciliación hará llegar copia auténtica a la Registraduría Nacional del Estado Civil, para lo de su competencia.

Parágrafo primero: Cuando un juez o funcionario público, en el ejercicio de sus funciones, tenga noticia sobre la intención de un varón de reconocer un hijo, está obligado a dar aviso escrito al defensor o comisario de familia para que proceda a citar a la diligencia de que trata el numeral 3° del presente artículo. La omisión de esta obligación tendrá el carácter de falta disciplinaria.

Parágrafo segundo: El notario que autoriza el testamento abierto dejará constancia del reconocimiento en folio aparte y remitirá copia de dicha constancia a la Registraduría Nacional del Estado Civil, para efecto de sentar o complementar las partidas correspondientes. Cuando se trate de un testamento cerrado, el notario informará al compareciente la obligación de declarar si contiene el reconocimiento de un hijo y, de darse dicha declaración, dejará la constancia de que trata el parágrafo precedente y remitirá la información a la Registraduría Nacional del Estado Civil para lo de su competencia. Si al momento de abrirse un testamento cerrado aparece el reconocimiento de un hijo, pero el testador no hizo la manifestación aquí exigida, dicha declaración se tendrá por no escrita, sin perjuicio de que el beneficiario pueda pedir la investigación de la paternidad según lo previsto en este código”. Estas reglas se aplicarán a las directivas anticipadas.

49. ARTÍCULO 1796

El reconocimiento de la paternidad podrá hacerse antes del nacimiento.

Es válido el reconocimiento de un hijo muerto, pero no habilita a quien lo hace para adquirir derechos hereditarios en la sucesión del reconocido.

Se entenderá como reconocimiento anticipado la autorización dada por el padre para la reproducción asistida, certificada por el médico tratante, una vez se produce el nacimiento.

La autorización y la certificación mencionadas, serán inscritas en el registro civil de nacimiento.

Observaciones al artículo:

J. E. Medina:

Reconocimiento de la paternidad anticipada. El reconocimiento anticipado habilita a la madre para reclamar alimentos y la asistencia al parto, por eso debe ser formal; tanto que **permita en todos los casos sentar la partida de nacimiento** como se propone en el inciso 3°, así el reconocedor se arrepienta o muera en el interregno.

El reconocimiento del hijo muerto no es anticipado sino posterior, por lo que debe quedar aparte.

Se proponen estos ajustes:

“El reconocimiento de la paternidad podrá hacerse antes del nacimiento. La diligencia de reconocimiento se hará en audiencia ante el juez, el defensor y el comisario de familia el inspector de policía que haga sus veces, para que un varón declare su condición de padre respecto del hijo o hijos que espera. Esta diligencia y el reconocimiento se someterán a las reglas del numeral 4° del artículo precedente.

Se entenderá como reconocimiento anticipado la autorización dada por el padre para la reproducción asistida, certificada por el médico tratante.

Parágrafo primero. El reconocimiento anticipado dará lugar a la exigibilidad de todos los derechos en favor de la madre gestante y determinará la paternidad cuando ocurra el nacimiento, caso en el cual, el documento en que conste el reconocimiento de la paternidad de la criatura que está por nacer será prueba suficiente para efectos de sentar las partidas del registro del estado civil.

Parágrafo segundo. Es válido el reconocimiento de un hijo muerto, pero no habilita a quien lo hace para adquirir derechos hereditarios en la sucesión del reconocido. Este reconocimiento se podrá hacer por escritura pública o por testamento. Lo anterior no impide la investigación de la paternidad del hijo ya fallecido”.

50. ARTÍCULO 1797

El reconocimiento no crea derechos a favor de quien lo hace sino una vez que ha sido notificado y aceptado de la manera indicada por el artículo 1750.

La persona reconocida también puede repudiar el reconocimiento conforme con lo indicado en el artículo 1751.

Observaciones al artículo:

J. E. Medina:

La notificación del reconocimiento y el repudio. Hasta donde llega mi conocimiento el reconocimiento **no** se notifica, al menos el que se hace firmando el acta de nacimiento y produce todos sus efectos de manera inmediata porque genera la relación filial.

Tampoco es lógico que si el reconocimiento produce la relación filial, el hijo reconocido pueda oponerse y menos sin que se establezcan razones para la oposición (esta norma es un rezago del pasado cuando el hijo extramatrimonial era estigmatizado y más si era hijo de un señor de familia connotada que no se distinguiera por tratar bien a los hijos que llamaban bastardos, y peor si eran adulterinos). Hoy el reconocimiento es simplemente el acto que se realiza con la convicción de ser el padre, para generar el vínculo filial ordinario, luego el hijo que no esté de acuerdo impugna el reconocimiento y prueba que el reconocedor no es su progenitor.

Por otro lado y como se comentó en su momento, la legitimación por reconocimiento es otra figura arcaica porque hoy es ilegal que los padres demoren el registro de sus hijos y un atentado jurídico que luego reconozcan a unos sí y a otros no cuando se van a casar.

Este artículo debe desaparecer.

51. ARTÍCULO 1799

La persona que acredite un interés serio, legítimo y actual podrá impugnar el reconocimiento de un hijo extramatrimonial probando alguna de las causas siguientes:

- 1. Que el reconocido no ha podido tener por padre al reconocedor, en los plazos señalados en los artículos 1732 y 1747.*
- 2. Que el reconocido no ha podido tener por madre a la persona que se indica como tal, sujetándose esta alegación a lo dispuesto en los artículos 1742 y 1744.*

Quien reconoce no podrá impugnar el reconocimiento anticipado del hijo contemplado en el artículo 1797, a menos que no se haya dado cumplimiento a lo dispuesto en el contenido, vigencia y oportunidad de la autorización dada para la reproducción asistida.

Observaciones al artículo:

J. E. Medina:

La ineficacia y e invalidez del reconocimiento. Un error que siempre cometió y ha estado presente en el Código Civil es el de la **impugnación**, o sea el acto procesal de refutar la paternidad u **otro hecho** que se da por cierto (atribuido o presunto), pero como el reconocimiento es una **manifestación de voluntad**, no es acertado hablar de impugnación, sino de validez y eficacia del acto (no importaría si se dijera impugnación, pero no es de la paternidad, como sí pasa con la paternidad atribuida). Como quiera que lo que se rebate es la veracidad del acto, su forma, la causa o el objeto, debería darse el tratamiento propio de las manifestaciones de voluntad afectadas en su legitimidad o eficacia.

Se sugiere agregar un par de párrafos dirigido precisamente a las fallas del acto.



Parágrafo primero: La impugnación del reconocimiento, podrá también darse por cualquiera de las fallas que dan lugar a la inexistencia o ineficacia de los actos jurídicos.

Parágrafo segundo: Las personas que indujeron al acto o participaron en él, perderán los derechos patrimoniales derivados de éste y deberán indemnizar los daños causados.

52. ARTÍCULO 1800

El hijo concebido por mujer casada durante la comunidad doméstica matrimonial no puede ser reconocido como extramatrimonial sin que se haya destruido la presunción de paternidad conforme con los artículos 1736 y 1737, o que el hijo haya sido desconocido por el marido y aquella lo haya aceptado, acompañado de la prueba genética pertinente.

Observaciones al artículo:

J. E. Medina:

El desconocimiento del hijo por el parental atribuido. En el Derecho moderno y como se ve a lo largo del libro que se está estudiando, la filiación (un estado civil) es un tema de imposición y regulación del Derecho positivo y de orden público, de modo que sólo cambia cuando se den las condiciones de ley, y el desconocimiento del hijo como está planteado sin formalidad alguna es ciertamente inaplicable y además contradice el 1736 y el resto del sistema que propone la impugnación en todo caso y con participación de la autoridad (igual observación se hizo en su momento respecto del artículo 1737).

El texto tendría que quedar así:

“El hijo concebido por mujer en unión formal no puede ser reconocido por un tercero sin que esté en firme e inscrita en el registro civil la sentencia que concede la impugnación de la parentalidad atribuida por ley, con los requisitos pertinentes”

53. ARTÍCULO 1802

La declaración judicial de paternidad no tendrá lugar:

1. *Si el pretendido padre demuestra por medio de la prueba de genética o la científica, que sea del caso, que no pudo ser el padre.*
2. *En caso de falta o insuficiencia de la anterior prueba, tampoco podrá declararse la paternidad:*
 - a. *Si se establece que durante el tiempo de la concepción, la madre mantuvo relaciones sexuales con otro u otros hombres; y*
 - b. *Si el pretendido padre demuestra la imposibilidad física en que estuvo para engendrar durante el tiempo en que pudo tener lugar la concepción.*

Observaciones al artículo:

J. E. Medina:

Casos en que no hay lugar a la declaración judicial de paternidad. Salvo casos excepcionales (padres gemelos monocigóticos, ausencia insuperable de parientes que permitan la comparación de ADN, oposición a la toma de muestras) en la práctica no se va a poder presentar ninguno de los eventos que aquí se mencionan porque en estos casos las pruebas genéticas que son obligatorias arrojarían una confirmación o desvirtuarían la paternidad y si se carece de la prueba genética de atribución de paternidad del numeral 2º del artículo 1801 es más que suficiente.

El texto del artículo debe desaparecer

Por otra parte, no se ha contemplado el evento de la **renuencia** del padre a concurrir a las diligencias o a permitir la toma de muestras, que sí ha sido recurrente en nuestro Derecho positivo.

Se sugiere aprovechar este artículo para hacer mención a la renuencia;

“La renuencia del demandado a permitir la práctica de las pruebas requeridas para demostrar la paternidad o que de cualquier otra forma las impida, será requerido por el juez para que cese su actitud y le advertirá que de no hacerlo se declarará la paternidad demandada, conforme a la ley procesal”.

54. ARTÍCULO 1803 (1nc. 1º)

Se encuentran legitimados para demandar la declaración judicial de paternidad extramatrimonial, el hijo personalmente o su respectivo representante legal; cuando es incapaz también podrá deprecarla la persona o entidad que haya cuidado de la crianza o educación del menor; el defensor de familia y el Ministerio Público.

Observaciones al artículo:

H. A. Torrado:

- La incapacidad de que trata esta norma del proyecto debe armonizarse con la ley 1996 de 2019, sobre reconocimiento de la capacidad legal a las personas discapacitadas mayores de edad.

55. ARTÍCULO 1803 (inciso 2º)

Durante el embarazo podrá promoverse la investigación de la paternidad por la madre o el defensor de familia.

Observaciones al artículo:

J. E. Medina:

La investigación de la paternidad del nascituro. Siempre se había echado de menos esta norma, que no existía quizá por la dificultad de hacer una intervención en el útero materno, pero hoy que se puede hacer y de hecho se hace, es más que prudente consagrarla, pero debe dejarse claro que si hay

riesgo se debe evitar. Se sugiere complementar este inciso así: “...la investigación de la paternidad por la madre, el defensor de familia, o el Ministerio Público. El juez de familia, decretará la práctica de las pruebas científicas tendientes a determinar el progenitor, que puedan practicarse sin riesgo de la madre o la criatura”.

56. ARTÍCULO 1803 (inciso 3º)

No podrá investigarse la filiación extramatrimonial de quien ha sido adoptado en forma plena, pero el adoptado tiene el derecho a conocer su origen mediante el ejercicio de la reclamación de estado, sin que se extinga la adopción, salvo que así lo consienta el adoptado y adoptante. En este caso, la sentencia también quedará sujeta a lo dispuesto en el presente artículo.

Observaciones al artículo:

J. E. Medina:

La investigación de la progeneratura del adoptado. La determinación del origen genético de una persona que es jurídicamente hijo de otra (adoptado, procreado por inseminación artificial, o mediante subrogación materna), no es ni será una acción de estado civil, sino una investigación de sus “raíces” para propósitos jurídicos (impedimento marital) o personales.

La acción de reclamación de estado por haber pasado por padres unos terceros que lo dieron en adopción, presupone ya la determinación real de la condición **de no ser hijo de esos padres falsos**, luego no sería el caso de este inciso, sino el caso excepcional de revocación de la adopción a petición del adoptivo.

Finalmente, hoy sólo existe la adopción plena, por lo que debe eliminarse esa referencia.

Este tema debe pasar a la adopción y conservar lo que al respecto dispone el Código de la Infancia y la Adolescencia.

57. ARTÍCULO 1803 (inciso 8º)

En caso de reproducción asistida, no podrá investigarse la paternidad respecto del donante del semen, pero sí contra quien autorizó hacerla como suya en forma distinta a la indicada en el artículo 1797 o cuya autorización no ha producido los efectos de reconocimiento.

Observaciones al artículo:

J. E. Medina:

No investigación de la paternidad (otros casos). Además de no poderse investigar la paternidad del donante de esperma, tampoco se puede investigar la paternidad en caso de subrogación de vientres. Se debería agregar al final del texto: “*Tampoco procede en el caso de paternalidad subrogada cuando se realizó fertilización heteróloga*”.

58. ARTÍCULO 1804

En los casos en que el hijo no tuviere acreditada su maternidad por falta de acta de nacimiento, de reconocimiento hecho en forma legal o por alguna otra causa podrá pedir la declaración judicial de maternidad. Para ello, serán admisibles todos los medios probatorios. En cuanto a los demandados, tiempo y efectos del fallo judicial se dará aplicación en lo pertinente a lo señalado para la declaración de paternidad.

Observaciones al artículo:

J. E. Medina:

Investigación de la maternidad. Reiteramos que la maternidad es un hecho y por eso la madre no reconoce a su hijo y la indeterminación materna es que simplemente un tema de prueba, por eso no debería hablarse de declaración sino de **comprobación** como efectivamente ha quedado redactado en el artículo.

Por otro lado, al ser un tema de prueba, debería facultarse a la autoridad administrativa adelantar este proceso, para regularizar el estado civil, pero cómo es posible que la madre no sea idónea para el ejercicio de la maternidad, sea necesario hacer el respectivo seguimiento. Como esta actuación se da en todos los casos de indeterminación de la maternidad, se sugiere esta redacción:

6. Comprobación de maternidad

“En los casos en que el hijo no tuviere acreditada su maternidad por cualquier causa, el Defensor de familia adelantará el proceso de verificación de la situación del menor y ordenará a las autoridades de familia la investigación correspondiente dentro del proceso de restablecimiento de derechos y, determinada la maternidad en debida forma, procederá a ordenar la inscripción en el registro, según lo disponga la ley de infancia y adolescencia. En caso de controversia, dará traslado del expediente al juez de familia para su decisión”.

59. ARTÍCULO 1805

Los padres y los hijos extramatrimoniales tienen entre sí las mismas obligaciones, derechos y responsabilidades que existen entre padres e hijos matrimoniales.

Observaciones al artículo:

J. E. Medina:

Derechos y deberes paterno filiales. Todos los hijos cualquiera que sea la forma de establecer el vínculo (por ley, por reconocimiento, por prueba, por procreación asistida, por adopción tienen los mismos derechos. Este artículo puede suprimirse sin problema, porque es un principio constitucional (Inc. 6°, Art. 42 C. N.). De dejarse debería ser el último del capítulo de filiación (o sea después de la adopción) y debería decir:

“Los paternos y los hijos cualquiera sea el modo de establecimiento del vínculo filial, tienen entre sí las mismas obligaciones, derechos y responsabilidades.

Observaciones y conclusiones generales del conjunto de artículos estudiados

H. A. Torrado:

Con todo el respeto, debemos manifestar que, leídos algunos apartes del proyecto de nuevo Código Civil, queda la sensación de que los destacados profesores que hicieron el esfuerzo de actualizar y adecuar el trabajo hecho por el maestro Arturo Valencia Zea, no se detuvieron lo suficientemente para preguntarse qué de lo mucho, y muy bueno, que tiene el Código Civil de don Andrés Bello debería conservarse. Además de su sistemática, muchos de los conceptos e instituciones desarrolladas por este Código siguen siendo vigentes. Y, a pesar de que se trate de un comentario puramente referido a las formas, se echa de menos la extensa y valiosa prosa empleada por Bello, pero, por sobre todo, se observa la tendencia a desaprovechar muchos de los preceptos normativos incorporados por él en su titánica tarea de adoptar el Código Civil de Chile, adecuándolo a las particulares circunstancias que vivían los países latinoamericanos en la mitad del siglo XIX.

Es importante reconocer que, en materia de Derecho de Familia, el proyecto de Código Civil presentado por la Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad de Colombia, se acopla a los principios de igualdad preconizados por nuestra Constitución Política, haciendo un reconocimiento más amplio de las fuentes de la familia, y recogiendo varios de los avances derivados de la doctrina constitucional.

Sin embargo, en algunos temas, la Comisión Redactora – quizás sin proponérselo – asomó unos textos aparentemente regresivos, que hacen necesario ajustarlos a los pronunciamientos de los altos tribunales de justicia, especialmente de la Corte Constitucional, en lo que atañe a varias conquistas alcanzadas a través de sus numerosos fallos de inexecutable o executable condicionada de buena parte de los artículos que contiene el Código Civil vigente.

La cooperación de los académicos y docentes en este empeño de mirar con sentido crítico constructivo el proyecto que también puede ser enriquecido estudiando las aportaciones hechas en otros países que, en materia de filiación, vienen tratándola dentro de la perspectiva de los principios de libertad e igualdad, que exigen dar la misma protección y trato a las personas, sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, entre otras.

J. Londoño:

De manera general advertir que el proyecto, en algunos de los artículos revisados, tiene una redacción confusa, con párrafos demasiado extensos que no favorecen el entendimiento de la norma.

Igualmente se debe revisar el uso preposicional que se emplea en el proyecto, porque en algunos casos hay un empleo impreciso.

J. E. Medina:

Las conclusiones y sugerencias han quedado explícitas en cada artículo, por lo que aquí se hacen otras observaciones de carácter general:

- a) El tema del Derecho de Familia debería ser el libro II a continuación del libro de personas, toda vez que trata de la generación, crianza y representación de las personas naturales, luego su correlación es directa.
- b) Hace falta establecer un régimen para la familia uniparental que se da en la adopción, en la procreación asistida y en la ocultación del progenitor por la madre de común acuerdo con el padre y ahora que se permiten negocios de transferencia de hijos (subrogación), nada impediría que se pudiera renunciar expresamente a la condición de padre.
- c) Es posible que haga falta un régimen para la familia recompuesta o ensamblada, de mucha importancia actual, en especial cuando el padrastro o madrastra son los verdaderos padres como referente afectivo, e incluso toman el hijo si el padre jurídico los abandona. También tiene mucho que ver con los conflictos por la custodia.
- d) En el Proyecto se suprime el reconocimiento formal del hijo matrimonial que existe en el código civil (Art. 219) que en su momento impedía la impugnación por los herederos (hoy se tendría más como un derecho del paternal de unión formal, a la prioridad de decidir mantener como hijo que le ha sido atribuido por ley, sea porque sabe que no es suyo o porque no quiere poner en duda su condición paterna.

Podría restablecerse ese reconocimiento formal (en los artículos 1729 y 1732 se menciona ese reconocimiento, pero no hay norma sobre cómo se hace) permitiendo impedir que la madre o el verdadero padre o los herederos afecten intereses tanto del parental como del hijo en lo afectivo y en lo económico.

- e) En concordancia con la anterior observación consideramos que debe dedicarse un artículo a la posesión notoria del estado civil, del que se habla en varios puntos, pero es imprescindible saber cuáles son sus elementos, cómo se prueban y qué efectos producen ante el estado civil y comprobado.
- f) ¿Hay alguna razón para eliminar la denominación de “hijo de familia” (sometido a potestad parental)? La sustitución por hijos menores es equívoca porque no todos los hijos menores están sometidos a potestad parental (tienen terminada la potestad respecto de uno o de ambos).
- f) Hay que regular la posesión notoria, su declaración, oponibilidad, registro etc., en especial el plazo respectivo (que en algunos casos está de 2 años y en otros de 5 años, como se hizo notar). También es importante contrastarla con la familia de crianza a la que se da cabida en el artículo 1823, aunque con algunos errores en su concepción.

MATRIMONIO Y RÉGIMEN DE BIENES. OBSERVACIONES A LOS ARTÍCULOS 1603 A 1718 DEL PROYECTO DEL CÓDIGO CIVIL

*Laura Lusma Castro Ortiz
Mateo Vargas
José Ricardo Buitrago F.*

1. Artículo 1603. La promesa de contraer matrimonio, o esponsales, no se puede alegar para pedir que se lleve a efecto el matrimonio o convivencia alguna. No valdrán las cláusulas penales o de otro orden tendientes a ese cumplimiento.

Artículo 1604. Quien sin causa grave se negare a cumplir la promesa de matrimonio o dé lugar a ello, indemnizará al otro los gastos hechos con miras al matrimonio y no podrá pedir restitución de las cosas donadas. Además, indemnizará el perjuicio moral, cuando por la duración del noviazgo, la intimidad establecida entre los prometidos, la publicidad del matrimonio u otras causas semejantes, la ruptura cause daño al inocente.

Esta acción caduca en un año a partir del día del rompimiento de la promesa.

Observaciones al artículo:

La estructura de los artículos 1603 y 1604 del Proyecto de Código Civil retoma, en buena parte, la regulación sobre los esponsales que adoptó el Código Civil Federal de México en los artículos 139 a 145, hoy derogados por el decreto expedido el 24 de diciembre de 2013 –aunque en varios Estados federados aún subsiste la regulación–. Sobre el particular, se observa lo siguiente:

Inveterado es en el ordenamiento jurídico el principio de no irrogar daño a otro (*neminem laedere*) y por eso puede resultar extraño que los códigos civiles de Uruguay (Art. 82), Chile (Art. 98 a 100) y el nuestro (Art. 110 a 112) excluyan por completo las sanciones indemnizatorias derivadas del rompimiento de los esponsales por uno de los cónyuges. La razón para que así se regulara obedeció a que Andrés Bello quiso evitar la intromisión de la ley en “relaciones íntimas de los esposos [léase contrayentes o novios], misterio de la vida privada, que en interés de la libertad y de la dignidad humana deben siempre sustraerse a las investigaciones de la ley”. En otras palabras, se quiso despojar de cualquier efecto al rompimiento de los esponsales con miras a evitar que uno de los novios contrajera matrimonio, en contra de su real querer, para evitar sanciones. La anterior explicación no es inútil en la discusión que aquí se entretiene, justamente porque el miramiento que se le dé a la institución jurídica matrimonial, y de contera a los desposorios, habrá de impactar directamente en las indemnizaciones a que haya lugar.

A nuestro juicio, la importancia de la familia –reconocida en la Constitución como núcleo básico de la sociedad– conduce a que el matrimonio, como una de sus fuentes, se deba proteger de la manera más adecuada. Sin duda alguna, parte de esa protección estriba en garantizar que la voluntad de los contrayentes sea absolutamente libre y espontánea, derivada de su real querer y no sujeta a

factores externos como evitar la imposición de sanciones, porque se supone que el matrimonio –y con él la familia– debe tener una vocación de duración prolongada en el tiempo.

La asignación de las consecuencias jurídicas resarcitorias que propone el Proyecto puede resultar desproporcionada e incrementar ostensiblemente la litigiosidad, en particular si se tiene en cuenta que, las más de las veces, la ruptura obedece a una razón clara y contundente que se relaciona estrechamente con la vida en pareja: el dejar de querer compartir su proyecto de vida con alguien. Y es que los desposorios deben ser vistos, justamente, como la antesala para tomar la decisión de compartir un proyecto de vida con vocación de perdurabilidad en el tiempo, luego puede resultar inoportuno someter a los novios a indemnizaciones, en especial si se tiene en cuenta que el mismo Proyecto propone un divorcio libre, incausado, de manera que, para evitar sanciones, un novio podría contraer nupcias y, fácilmente, en un lapso corto solicitar el divorcio. Ello atenta, sin duda alguna, contra la institución matrimonial y se estima de plano inconveniente.

Los anteriores argumentos tampoco sirven de base para afirmar que se deba eliminar la figura de los esponsales de nuestro ordenamiento jurídico (o, puesto en términos más correctos, eliminar la regulación jurídica de esa figura), porque el resultado sería nefasto.

La promesa de matrimonio mutuamente aceptada tiene, en los países occidentales en general y en Colombia en particular, una manifestación clara, cual es la de la entrega del anillo. Se ha dicho que ha perdido vigencia la institución esponsalicia, pero esa afirmación es solo cierta si se quieren ver los desposorios como los acuerdos familiares que otrora tenían ocurrencia o los ritos solemnes que otro tipo de culturas les imprimían. Ello no implica, en lo más mínimo, que la figura haya desaparecido o que carezca de vigencia, simplemente significa que ha mutado en lo que toca con su celebración.

Siendo ello así, la consecuencia de que se remueva cualquier tipo de regulación sobre el particular será, indefectiblemente, que los jueces quedarán obligados a dirimir los distintos conflictos que emerjan, como sucedió en Francia. Esa solución se estima inconveniente, porque debería haber reglas claras al respecto.

En nuestro país, la razón para que no haya habido jurisprudencia en torno a la materia estriba no estriba en la inexistencia de conflictos entre los novios que ven truncado su matrimonio, sino la clara regulación que impide la reclamación alguna de perjuicio.

No quiere ello decir que se autorice a las personas para irrogar daños a terceros “impunemente”, como lo expresara Valencia Zea. Sencillamente se tiene en consideración la especial importancia del matrimonio y la necesidad, acertadamente avizorada hace más de un siglo por Andrés Bello, de evitar todo tipo de presiones para los contrayentes.

2. Artículo 1606. Son incapaces para el matrimonio: 1. Los que no han cumplido dieciocho años. Con todo, los mayores de 16 años podrán contraerlo previa autorización notarial o judicial en la que se evalúe el grado de madurez alcanzado por la persona para comprender las consecuencias jurídicas del acto matrimonial. 2. El que en el momento de celebrarlo no estuviere en su sano juicio.

Observaciones al artículo:

Encontramos inconveniente en el sentido que no se establece de qué manera se evalúa el grado de madurez que deberá evaluar el notario o el juez razón por la cual se considera que resulta inconveniente esta expresión, salvo que se obtuviera una licencia por parte del operador judicial.

En este sentido, se recomienda que se suprima el requisito.

3. Artículo 1607. *Les está prohibido contraer matrimonio:*

1. *A los consanguíneos y parientes por adopción entre sí en línea directa y a los hermanos;*
2. *Al partícipe de la muerte de su cónyuge con su cómplice;*
3. *Al que se encuentre ligado por matrimonio anterior.*

Observaciones al artículo:

Respecto del numeral tercero se necesita que se aclare que el matrimonio, como causal de nulidad, es el que se encuentre vigente

4. Artículo 1613. *Cuando sea notoria la incapacidad o el impedimento se rechazará de plano la solicitud.*

Observaciones al artículo:

Este artículo contrario las disposiciones de la ley 1996 de 2019 toda vez que la incapacidad es un concepto que hoy día se encuentra revaluado toda vez que hoy día se presume la capacidad.

5. Artículo 1617. *Si no hay oposición, o fallada la formulada en contra del opositor, el juez autorizará el matrimonio y señalará día y hora para celebrarlo, teniendo en cuenta la solicitud que al respecto le hagan los interesados. Cualquier día y hora son hábiles para celebrarlo.*

El señalamiento de nuevas fechas no podrá exceder de seis meses a partir de la primera solicitud. Pasado este término será necesario una nueva solicitud, su correspondiente trámite y la celebración de nuevas capitulaciones matrimoniales en caso de haberse realizado.

Observaciones al artículo:

Este artículo no guarda coherencia con las capitulaciones previstas en el artículo 1669 en el que se señala que las capitulaciones caducan en un año.

6. Artículo 1624. *Tendrán plenos efectos jurídicos los matrimonios celebrados conforme a los cánones de cualquier confesión religiosa o iglesia que sea reconocida por el Estado.*

Para efectos del registro en el estado civil deberá darse cuenta del cumplimiento de los requisitos señalados para el matrimonio notarial.

Observaciones al artículo:

Como quiera que no todos los matrimonios religiosos tienen un código como el católico se requiere que se adicione “conforme a los cánones o estatutos” de cualquier confesión religiosa o iglesia que sea reconocida por el Estado.

7. Artículo 1629. Los matrimonios inexistentes no producen efecto. La inexistencia puede alegarse como acción o como excepción.

La inexistencia jurídica del matrimonio no impide la posibilidad de constitución de una unión marital de hecho, si la relación de pareja reúne los requisitos legales para ello.

Observaciones al artículo:

Consideramos importante que se adicione y sus efectos patrimoniales de tal suerte que la disposición debería redactarse así: “La inexistencia jurídica del matrimonio no impide la posibilidad de constitución de una unión marital de hecho y sus efectos patrimoniales, si la relación de pareja reúne los requisitos legales para ello”.

8. Artículo 1631. El matrimonio es nulo:

- 1. Cuando se celebra con violación de los artículos 1606, 1607 y 1608;*
- 2. Cuando se celebra ante autoridad incompetente.*
- 3. Cuando alguno de los cónyuges hubiere incurrido en error o dolo, o hubiere sido víctima de fuerza o coacción moral o física, suficientes para obligarlos a obrar sin libertad, bien sea que provengan de la otra parte o de terceros.*
- 4. Cuando haya disfunción grave en la sexualidad siempre que haya sido tenida en consideración para la celebración del matrimonio*
- 5.- Diversidad sexual de uno de los cónyuges, sin que se haya conocido previamente al matrimonio por el otro.*

Observaciones al artículo:

Consideramos que incluir el dolo como causal de nulidad resulta equivocado toda vez que permitiría que el cónyuge adujera que su consorte lo engañó para contraer matrimonio y es por ello por lo que tradicionalmente la doctrina ha considerado que el dolo no es una causal de nulidad matrimonial.

8. Artículo 1645. Los cónyuges deben contribuir a su propio sostenimiento, al del hogar y al de los hijos comunes en proporción a sus recursos. Si uno de los cónyuges falta a esta obligación, la autoridad competente a solicitud del otro de plano y dentro de las veinticuatro horas, fijará el monto de la contribución, y el modo, la forma y tiempo de pago, conforme lo dispuesto en el capítulo de alimentos de este Código.

Observaciones al artículo:

La expresión “de plano y dentro de las veinticuatro horas” desconoce el debido proceso que tiene el consorte para que pueda ejercer la contradicción de los hechos que se le enrostran, y es por ello por lo que consideramos que debería suprimirse.



10. Artículo 1646. *La separación de cuerpos puede ser judicial o extrajudicial. La que se efectúe de otra manera, será separación de hecho.*

Observaciones al artículo:

Debe aclararse a qué se le denomina separación extrajudicial porque es equívoco. Consideramos que debería señalarse que, por el mecanismo alternativo de solución de conflictos, verbigracia, la conciliación.

11. Artículo 1647. *Son causas de separación judicial de cuerpos:*

- 1. El mutuo consentimiento. En la demanda se determinará la forma como se atenderá el cuidado personal de los hijos comunes, la proporción con que contribuirán a su crianza y educación y, si fuere el caso, al sostenimiento de cada cónyuge. En este caso la separación se decretará de plano, pero el juez podrá exigir o adoptar las modificaciones que sean necesarias para proteger el interés superior del hijo menor.*
 - 2. Las relaciones sexuales extramatrimoniales no consentidas de los cónyuges, el abandono injustificado del hogar y todo otro incumplimiento o violación grave de los deberes del matrimonio para con el otro cónyuge o en relación con los hijos comunes.*
 - 3. La reasignación del sexo durante el matrimonio que afecte la paz doméstica, por toda enfermedad o discapacidad grave, psíquica o física, por acto de violencia intrafamiliar no superada adecuadamente y por toda conducta o comportamiento de uno de los cónyuges que alteren gravemente la convivencia.*
 - 4. La separación extrajudicial libremente consentida que haya durado más de seis meses, o la no consentida que haya durado más de un año.*
- La sentencia se inscribirá en el registro civil pertinente.*

Observaciones al artículo:

Consideramos importante llevar a cabo la adición del término incumplimiento (numeral 2º) y el cambio de expresión anormalidad por discapacidad toda vez que la expresión anormalidad atenta contra la dignidad humana de la persona.

De igual forma, consideramos que el término de la separación consentida es muy corto. (autonomía de la pareja). Debiera ser igualmente de un año.

12. Artículo 1659. *El cónyuge que haya infringido grave e injustificadamente sus deberes u obligaciones y haya sido la razón esgrimida para adelantar el divorcio, podrá el otro reclamar la pensión alimenticia consagrada en este Código y la indemnización de los daños morales sufridos.*

La reclamación solo podrá hacerse dentro del año siguiente a la ruptura definitiva o al momento en que se haga imposible continuar con la misma, so pena de caducidad de los efectos económicos.

Aceptado el divorcio voluntariamente en la demanda, en la contestación o en otro acto procesal, en forma anticipada, concurrente o posteriormente, se procederá a determinar la pensión alimenticia por el término previsto en el capítulo de alimentos de este código.

Adicionalmente, se accederá a los alimentos, de conformidad con lo ofrecido o lo probado conforme a este Código, y se condenará a los perjuicios morales en la cantidad ofrecida o, en su defecto, a aquella que no sea superior al equivalente a seis meses de pensión alimenticia.

Si ambas partes dieren motivo para el divorcio, el juez podrá reducir o exonerar a las partes de dicha pensión e indemnización.

Los demás perjuicios podrán reclamarse ante juez competente.

Observaciones al artículo:

La sentencia de la Corte Constitucional SU 080 de 2020 ha señalado que debe llevarse a cabo un trámite incidental para establecer los perjuicios razón por la cual debe aclararse de qué manera debe llevarse a cabo esta solicitud, la cual consideramos que es el incidente en los términos del artículo 129 del CGP.

13. Artículo 1660. La sentencia que decreta el divorcio y la cesación de efectos civiles de matrimonio religioso disuelve la sociedad conyugal.

Observaciones al artículo:

Al artículo deberá adicionarse la expresión “y la cesación de efectos civiles de matrimonio religioso” disuelve la sociedad conyugal.

14. Artículo 1667. Las capitulaciones matrimoniales, su modificación o revocación deben celebrarse por escritura pública e inscribirse en el registro del estado civil de las personas. Si alguno de los cónyuges fuere comerciante se inscribirán, además, en el registro público mercantil.

Observaciones al artículo:

El Proyecto de Código establece que las capitulaciones matrimoniales se pueden llevar a efecto antes o durante el matrimonio. Estimamos inconveniente autorizar que las capitulaciones se suscriban durante la vigencia del matrimonio, específicamente por los perjuicios que ello puede significar para terceros, quienes deberán estar siempre atentos a las distintas inscripciones en el registro civil de una persona casada.

Más complicaciones se añaden a lo anterior si se tiene en cuenta el artículo 1712 del Proyecto de Código, en la medida en que permite que las parejas separadas convencionalmente de bienes establezcan el régimen de sociedad conyugal con efecto retroactivo al momento del matrimonio. Obviamente, a pesar de que la disposición alude a la no afectación de los derechos de terceros de buena fe, en la práctica se puede convertir en un importante foco de litigios que conviene evitar.

Ahora bien, si se llegara a mantener la posibilidad de celebrar capitulaciones durante la vigencia del matrimonio, resulta indispensable aclarar un vacío que deja la redacción actual del artículo 1666 del Proyecto de Código: ¿desde cuándo surten efectos las capitulaciones que se celebran en las que se pacta un régimen distinto al de separación de bienes o de sociedad conyugal?

15. Artículo 1669. Las capitulaciones matrimoniales celebradas antes del matrimonio caducan:
1. Si el matrimonio no se celebra dentro del año siguiente; y
2. Si la celebración del matrimonio se hace imposible.

Observaciones al artículo:

Es necesario armonizar la caducidad de un año con la consagrada en el artículo 1617, ibídem. En efecto, en esta última norma se indica que cuando se dispongan nuevas fechas para celebrar el

matrimonio y éstas superen de seis meses a partir de la primera solicitud, se deberán celebrar nuevas capitulaciones.

No hay motivos para que ello deba ser así. Si el término de caducidad de las capitulaciones será de un año contado a partir de su celebración, carece de todo sustento dejarlas sin efecto en un lapso inferior, solo porque la fecha del matrimonio supera los seis meses desde la primera solicitud ante el juez.

***16. Artículo 1670.** A falta de capitulaciones matrimoniales o de manifestación del régimen patrimonial del matrimonio en las oportunidades previstas en este código, los matrimonios celebrados en Colombia quedarán gobernados por el régimen de sociedad conyugal, con libre administración de bienes, a partir de la celebración del matrimonio.*

En caso de matrimonio posterior de los compañeros permanentes, se presume que la anterior sociedad patrimonial que se ha formado se convierte en sociedad conyugal sin solución de continuidad y que esta se extiende retroactivamente a la fecha que se demuestre que aquella nació.

Observaciones al artículo:

El que se establece que el posterior matrimonio de los compañeros permanentes hace que cambie de denominación la sociedad habida entre ellos (de conyugal a patrimonial), es solo admisible en la medida en que la regulación de la sociedad patrimonial y la conyugal permanezca idéntica. De lo contrario, sí se tendrá que disponer la solución de continuidad, para hacer dos liquidaciones independientes.

***17. Artículo 1671.** Lo dispuesto en el artículo anterior también se aplica a los matrimonios celebrados en el exterior por colombianos o por extranjeros que posteriormente establezcan su domicilio conyugal en Colombia con duración no menor a dos años continuos.*

Observaciones al artículo:

No es claro el motivo para que el artículo 1671 del Proyecto de Código señale que el régimen de sociedad conyugal aplicará para quienes se domicilien en Colombia durante un lapso no inferior a dos años ininterrumpidos. La limitación temporal parece desproporcionada.

***18. Artículo 1673.** Denomínese gananciales, o bienes sociales, los bienes de los cónyuges que están destinados a dividirse entre ellos, cuando la sociedad se disuelva. Los de propiedad exclusiva de cualquiera de los cónyuges no son objeto de reparto a la disolución de la sociedad conyugal.*

Observaciones al artículo:

Si se compara el artículo 1673 del Proyecto de Código Civil con el artículo 1440 del Proyecto de Código de Derecho Privado del profesor Valencia Zea, se observa que en el artículo que ahora se omite hacer referencia a los bienes propios, veamos:

Proyecto de Código Civil Actual	Proyecto de Código de Derecho Privado
Artículo 1673. Denomínesen gananciales, o bienes sociales, los bienes de los cónyuges que están destinados a dividirse entre ellos, cuando la sociedad se disuelva. Los de propiedad exclusiva de cualquiera de los cónyuges no son objeto de reparto a la disolución de la sociedad conyugal.	Artículo 1440. Denomínesen gananciales, o bienes sociales, los bienes de los cónyuges que están destinados a dividirse entre ellos, cuando la sociedad se disuelva. Denomínesen no gananciales los de propiedad exclusiva de los cónyuges que no son objeto de reparto a la disolución de la sociedad.

Es mucho más clara la redacción de la norma propuesta por Valencia Zea, en especial si se tiene en cuenta que, en varios artículos del Proyecto de Código Civil, se alude a la noción de bienes propios.

19. Artículo 1674. *Son bienes sociales o gananciales los que se adquieren durante la vigencia de la sociedad conyugal, tales como:*

1. *Los salarios, sueldos, pensiones, honorarios y demás emolumentos provenientes del trabajo o servicios personales de cada uno de los cónyuges.*
2. *Los frutos, rentas, lucros y los beneficios de cualquier naturaleza que provengan de los bienes gananciales, de los propios o de los fideicomitidos que le pertenezcan a alguno de los cónyuges.*
3. *Los rendimientos de la propiedad intelectual, industrial, de autor o de cualquier otra clase producidos durante la sociedad, salvo la autoría de la respectiva obra.*
4. *Los bienes de uso doméstico.*
5. *Los bienes que se adquieran después de la disolución de la sociedad conyugal, cuando la onerosidad de la adquisición se realizó durante la existencia de aquélla.*
6. *Las indemnizaciones por daños que supriman o disminuyan temporal o permanentemente la capacidad de trabajo de uno de los cónyuges durante la sociedad. Si la indemnización se traduce en el pago de una renta vitalicia, a la sociedad solo pertenecerán las rentas devengadas durante su existencia.*

Parágrafo. Los beneficios económicos del sistema de seguridad social son sociales cuando se han causado totalmente durante la sociedad, sin perjuicio de lo dispuesto en el numeral 7 del artículo 1676. En los demás casos el juez señalará equitativamente la recompensa a que hubiere lugar.

Observaciones al artículo:

El artículo 1674 del Proyecto de Código consagra una lista enunciativa de los bienes que se consideran sociales. Por su importancia, se requiere la modificación de su contenido para alinearlos con las exigencias actuales, lo cual evitaría litigios y discusiones innecesarias sobre los inventarios en los estrados judiciales:

El ordinal 4º limita, sin justificación aparente, los bienes adquiridos a título oneroso que se entienden hacer parte de la sociedad conyugal a los muebles e inmuebles. ¿Por qué se excluyen los eventuales activos intangibles adquiridos onerosamente por uno de los cónyuges? (v.gr. El goodwill). Debería incluirse en la redacción.

El ordinal 5º alude a los bienes de uso doméstico, sin especificar si su adquisición debió ser onerosa o no. Ello podría conducir (a pesar de que el artículo 1676 señala que los bienes adquiridos a título

gratuito son propios) a interpretaciones armónicas que sugieran que los bienes de uso doméstico, incluso adquiridos gratuitamente, hacen parte de la sociedad conyugal, en claro desmedro del aportante (si un tercero efectúa una donación de una nevera o un televisor a uno de los cónyuges, no se ve por qué la sociedad conyugal deba enriquecerse, sin siquiera quedar obligada a restituir una recompensa). En nuestro criterio, se debe eliminar este ordinal.

Si bien con la inclusión de los intangibles o derechos en el ordinal 3º se aclararía el caso de los “derechos fiduciarios” adquiridos por los cónyuges onerosamente durante el matrimonio para hacerse, por ejemplo, a la propiedad de bienes inmuebles en el futuro, con ello no necesariamente se soluciona una problemática vigente entre nosotros: los derechos de leasing habitacional. Por su especialísima naturaleza, y la actualidad del tema entre nosotros, se requiere adicionar un ordinal relativo a estos derechos como parte del haber social.

El párrafo del artículo es sumamente complicado de poner en práctica. Piénsese, al efecto, en una persona que ha cotizado 40 años sin estar casada y se casa y cotiza 10 años más, con lo cual accede a su pensión de vejez. Las liquidaciones de estas sociedades conyugales se pueden tornar supremamente complicadas si se tiene en cuenta que el 80% de la mesada pensional será un bien propio y el 20% será social, la liquidación de recompensas en estos casos puede conducir a dificultades de aplicación práctica que no parecen convenientes. Se sugiere que, como sucede hoy, las mesadas pensionales pagadas durante el matrimonio sean sociales en su totalidad.

Se echa de menos, tanto en este artículo como en el 1676, la naturaleza de las indemnizaciones por responsabilidad civil extracontractual que sean pagadas a favor de un cónyuge. Es conveniente indicar que se trata de bienes sociales.

***20. Artículo 1675.** Se considerarán gananciales los bienes adquiridos a título oneroso antes del matrimonio dentro de una relación de unión marital de hecho entre las mismas personas, reconocidas antes o durante aquel, sin perjuicio de los derechos adquiridos por terceros de buena fe.*

Observaciones al artículo:

Este artículo es innecesario, debido a que el artículo 1670, ibídem, ya consagra la mutación de la sociedad patrimonial a la conyugal sin solución de continuidad y ambas están gobernadas por el mismo régimen.

21. Artículo 1676. No entran a formar parte del haber social, sino que integran el patrimonio exclusivo de cada cónyuge:

Los bienes de toda clase pertenecientes a cada cónyuge en el momento de contraer matrimonio, los recibidos en donación por esta causa, o los que se adquirieran o constituyan a partir del día de la disolución de la sociedad, siempre que la causa onerosa no se haya realizado durante la sociedad.

Los adquiridos por cada cónyuge a título gratuito durante la sociedad.

Los adquiridos durante la sociedad cuando lo oneroso del título de adquisición se realizó antes de la formación de aquella.

Los objetos de uso personal, los elementos mínimos de trabajo, las condecoraciones, diplomas, papeles de familia y correspondencia de cada uno de los cónyuges.

Los adquiridos mediante subrogación a bienes no gananciales de los cónyuges.

Los títulos y los bienes íntimamente unidos o destinados a la persona de los cónyuges y los derechos morales de la propiedad intelectual.

Los derechos y sumas de pensiones alimenticias legales, los de dineros recibidos como beneficiarios de seguros de vida del causante o de un tercero, y los derechos personalísimos de las pensiones de sustitución de jubilación y de sobrevivientes.

Las indemnizaciones recibidas por concepto de reparación o de seguro por daños a derechos extrapatrimoniales, distintas a las indicadas en el numeral 7 del artículo 1674.

Observaciones al artículo:

El ordinal 4º debería establecer hasta qué cuantía los objetos de uso personal son propios, puesto que la joyería o relojería de los cónyuges puede ser sumamente onerosa y habría lugar a considerar que debe integrar la sociedad conyugal.

El mismo ordinal 4º, al aludir a los elementos mínimos de trabajo, abdica por completo de claridad, pues los independientes pueden ser propietarios de insumos con cuantías apreciables, adquiridos onerosamente durante la vigencia de la sociedad conyugal, y ello debe ser de propiedad de la sociedad.

El ordinal 7º incurre en una redacción anti-técnica cuando se refiere a los “seguros de vida del causante o de un tercero”. Típicamente el seguro de vida será de un causante (si es seguro por muerte), quizás se quiso referir al cónyuge en lugar de el causante.

El mismo ordinal 7º se refiere a las pensiones de sustitución y de sobrevivientes como propias de un cónyuge. Nuevamente, si bien es cierto que la causa que las origina no haya estado en el matrimonio, en su naturaleza se deben asimilar a una suerte de rédito, salario o emolumento que recibe el cónyuge y, por tanto, deberían ser consideradas bienes sociales.

***22. Artículo 1678.** Para adquirir un inmueble subrogado a otro, o a valores u otros derechos de exclusiva propiedad de uno de los cónyuges es necesario que en los títulos de enajenación y adquisición conste el ánimo de subrogar. Para adquirir valores, cosas muebles u otros derechos no inmuebles subrogados a bienes muebles o inmuebles que no formaban parte de la sociedad se requiere que por escrito se exprese el ánimo de subrogar en el momento de la adquisición con constancia de que esta decisión fue dada a conocer al otro cónyuge.*

No obstante, para que haya subrogación no debe haber saldo superior a la mitad del nuevo bien que se recibe. Por lo tanto, se hace indispensable que los bienes antiguos tengan el mismo valor que corresponde a los nuevos bienes. Si hay diferencia, es necesario que el valor de los bienes antiguos no exceda del valor de los nuevos bienes aumentado en la mitad, o que el valor de éstos últimos no exceda del doble de los antiguos.

En caso de igualdad de valores no habrá recompensa alguna. Pero si la diferencia de valor permite la subrogación mencionada de los bienes propios antiguos por los nuevos bienes propios subrogados, habrá lugar a la recompensa correspondiente.

Observaciones al artículo:

A pesar de que el artículo 1678 del Proyecto incorpora, novedosamente, la subrogación de muebles a muebles, su redacción se queda corta en relación con la consagrada en el artículo 1790, vigente. Es así, porque nada se dice respecto de los casos en los cuales no opere la subrogación.

***23. Artículo 1679.** Si con dineros u otros valores sociales se construye o se hacen mejoras en inmuebles propios de uno de los cónyuges, la sociedad tendrá derecho a que se le compense el valor que tuvieron la construcción o las mejoras en el momento de la disolución*

Si se adquiere un bien con valores propios y valores sociales el nuevo bien pertenece a la sociedad si valieren más los dineros sociales en relación con los dineros propios invertidos, con cargo de compensar al cónyuge el valor de los dineros propios. Pertenece al cónyuge el bien si valieren más los dineros propios que los sociales, pero la sociedad tiene derecho a ser recompensada por los dineros sociales invertidos en la adquisición del bien, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 1677.

Observaciones al artículo:

La oración final del inciso segundo del artículo 1679 del Proyecto es contradictoria con la figura de la subrogación, porque en la práctica no será necesario aplicarla si los dineros propios son mayores en cuantía que los sociales que se aportan para la adquisición de un bien.

24. Artículo 1680. El menor valor, la pérdida o el deterioro de los bienes sociales o propios, por depreciación, transcurso del tiempo y causas ordinarias, deberá sufrirlo, según el caso, la sociedad o el dueño. El mayor valor de los mismos bienes que provenga de depreciación de la moneda, desarrollo urbanístico o de causas naturales u ordinarias independientes de la industria humana, pertenece, según el caso, a la sociedad o al dueño, y nada podrá reclamarse contra ellos. Pertenece a la sociedad el mayor valor que reporte cualquier bien social o propio cuando se debieren al trabajo o industria humanos, como la construcción de edificaciones, remodelación, construcción de vías y canales de riego, adquisición de servidumbres y etc.

Observaciones al artículo:

El artículo 1680 del Proyecto debería ser modificado, en los siguientes términos:

En el inciso segundo se debería indicar que el mayor valor de los bienes que no provenga de la industria humana de los cónyuges pertenece a la sociedad o al dueño, según sea el caso.

En igual forma, el inciso tercero debe indicar que el mayor valor de los bienes atribuible a la industria humana de los cónyuges pertenecerá a la sociedad conyugal.

25. Artículo 1683. Son deudas sociales y se pagan preferentemente de los bienes sociales: Los gastos de mantenimiento de los cónyuges; los de mantenimiento, educación y establecimiento de los hijos comunes; y todos los destinados a la satisfacción de las cargas de familia. Se mirarán como carga de familia los alimentos que uno de los cónyuges deba por ley a los hijos que tenía antes del matrimonio o a sus padres; pudiendo el juez moderar este gasto, si le pareciere excesivo, imputando el exceso al haber exclusivo del cónyuge generados por las enfermedades, accidentes o los funerales de cualquiera de los cónyuges o de sus hijos. Las cargas y reparaciones ordinarias de los bienes de propiedad exclusiva de cada cónyuge y las cargas y reparaciones de toda clase de los bienes sociales. Todos los gastos hechos para la adquisición de un bien ganancial, lo mismo que los precios o saldos que se deban en razón de esa adquisición.

Observaciones al artículo:

El artículo 1683 del Proyecto retoma el texto actual de la ley con una pequeña aclaración, pero no subsana las discusiones de fondo que se han presentado sobre el particular: ¿Es la educación de los cónyuges considerado, para la ley, un gasto de mantenimiento? ¿Son las cirugías estéticas consideradas, para la ley, un gasto de mantenimiento? Y en cuanto a las cargas de familia ¿los alimentos que se deben a los hijos extramatrimoniales son considerados cargas de familia?

26. Artículo 1684. *Se presumen sociales las deudas en cabeza de los cónyuges en el momento de la disolución de la sociedad.*

Observaciones al artículo:

El artículo 1684 del Proyecto de Código soluciona una controversia actual en un sentido que podría abrir la puerta para la comisión de fraudes en las liquidaciones de sociedades conyugales, por la vía de la indebida inclusión de pasivos inexistentes al acervo social. Se recomienda invertir la presunción.

27. Artículo 1685. *Son deudas exclusivas de los cónyuges las que afectan el patrimonio propio del cual se es titular, sin perjuicio de los derechos de terceros, a saber:*
Los gastos hechos para la adquisición de bienes no gananciales.
Las cargas y reparaciones extraordinarias de los bienes exclusivamente propios;
Las existentes antes del matrimonio y las contraídas durante la sociedad que no hayan tenido por finalidad beneficiarla o mejorarla.
Las contraídas por los cónyuges desde la presentación de la demanda de divorcio, de nulidad, separación de cuerpos o de bienes siempre y cuando prosperen las pretensiones demandadas.
Las contraídas en razón de ilícitos dolosos cometidos en contra de terceros o contra sus familiares.
El exceso de las cargas familiares propias o personales de los cónyuges a que alude el numeral 1° del artículo 1683 fijado equitativamente por el juez;

Observaciones al artículo:

El artículo 1685 del Proyecto, relativo a las deudas propias de cada cónyuge, señala que se mirarán como propias las deudas contraídas desde la presentación de divorcio, nulidad, separación de cuerpos o de bienes. Sin embargo, no hay motivos para que así sea, la vía jurídica para evitar que los cónyuges se insolventen está dada en las medidas cautelares que se pueden solicitar, pero si la sociedad conyugal se disuelve hasta que se decreta así por la sentencia judicial, no hay motivos jurídicos para sostener que las deudas contraídas durante su vigencia deban ser propias. Lo anterior se refuerza en la medida en que no se consagra una presunción sino una regla de derecho, cuestión inexplicable si las deudas se han adquirido para mejorar activos sociales o atender los gastos de los hijos comunes.

28. Artículo 1687. *El menor valor de las deudas dinerarias nominales, causado por la depreciación de la moneda no sujeta a corrección, y la extinción o reducción de deudas causadas por prescripción u otra causa legal, favorecerán, según el caso, a la sociedad o al cónyuge deudor de ellas.*

El mayor valor de las deudas sociales o propias por corrección monetaria, intereses, sanciones civiles u otras causas legales, deberá sufrirlo, según el caso, la sociedad o el cónyuge a cuyo cargo esté la deuda, sin perjuicio que el juez pueda modificar equitativamente el monto. Si es imputable el incremento de esa obligación exclusivamente a uno de los cónyuges, el mayor valor de dicha deuda será propio de este último.

Estará a cargo de la sociedad o será a cargo del respectivo cónyuge, según el caso, el mayor valor de las deudas contraídas para el incremento del valor de los bienes sociales o propios.

Observaciones al artículo:

El artículo 1687 del Proyecto señala que el mayor valor de las deudas sociales o propias lo asumirá la sociedad o el cónyuge, según el caso, pero defiere al juez la posibilidad de modificar equitativamente su monto. Esa facultad no se debe dejar en cabeza de la autoridad judicial.

29. Artículo 1689. *Los cónyuges deben recompensa a la sociedad:*

Por el valor de toda donación que se hiciere de los bienes sociales; a menos que sea de poca monta, atendidos los patrimonios de aquellos;

Por el pago de cualquier deuda exclusiva de los cónyuges conforme al artículo 1685.

Por el enriquecimiento obtenido por uno de los cónyuges a expensas de la sociedad.

Por los perjuicios que cualquiera de los cónyuges causare a la sociedad con dolo o culpa grave.

Observaciones al artículo:

El artículo 1689 del Proyecto establece, como lo hace el Código Civil vigente, que las donaciones de poca monta no son consideradas causa justificativa de recompensa. Debería pensarse en la posibilidad de zanjar desde la ley esta temática indeterminada que ha abierto la puerta a sendas controversias, en lugar de deferir la responsabilidad al Juez.

30. Artículo 1692. *Cada uno de los cónyuges tiene la libre administración y disposición tanto de los bienes propios como de los sociales que haya adquirido adquiera; respecto de terceros, se tienen como de patrimonios separados.*

Observaciones al artículo:

El artículo 1692 del Proyecto retoma, en buenas cuentas, el artículo 1º de la ley 28 de 1932. Sin embargo, sería conveniente precisar que cada uno de los cónyuges tiene la libre y responsable administración y disposición de los bienes sociales que haya adquirido o adquiera (...). Aunque pareciera sobrar, esa aclaración se volverá esencial para la legitimación por activa que ha de tener el cónyuge para solicitar la declaratoria de simulación de un acto jurídico adelantado por el otro cónyuge, sin necesidad de iniciar procesos tendientes a extinguir la sociedad conyugal.

31. Artículo 1697. *La sociedad conyugal se disolverá si se acreditare que durante más de un año los cónyuges han vivido separados de hecho, la cual podrá ser inscrita a petición de cualquiera de los cónyuges en el registro civil. En consecuencia, ninguno de los cónyuges participará en los gananciales adquiridos por el otro después de la separación.*

Artículo 1698. *Una vez disuelta la sociedad conyugal por separación de hecho el cónyuge que hubiere abandonado sin causa justificada el hogar durante un año antes de la disolución de la sociedad, o hubiere establecido durante el mismo período una unión marital de hecho con otra persona, o hubiere cometido atentado grave en contra de la vida o integridad del otro, perderá el derecho a reclamar los gananciales que resultaren de la administración del cónyuge ofendido, debiendo aquella liquidarse a más tardar dentro de los dos años siguientes a la declaración de la disolución. En este caso, el cónyuge abandonante asumirá exclusivamente el pago de las deudas contraídas personalmente desde el abandono.*

La causal de abandono del hogar no podrá invocarse si en el momento de la disolución de la sociedad conyugal ambos cónyuges hacían vida común.

Observaciones al artículo:

Los artículos 1697 y 1698 del Proyecto son contradictorios entre sí. Mientras el primero establece que, en todos los casos, ninguno de los cónyuges participará en los gananciales adquiridos por el otro después de la separación, el segundo parece indicar que esa circunstancia solo se predica, a manera de castigo, de quienes abandonen injustificadamente el hogar, o establezcan una unión marital de hecho con tercera persona o cometan atentado grave contra la vida e integridad del otro.

Se debe aclarar este punto, porque consagra el efecto material de la liquidación en un momento temporal distinto al de la disolución de la sociedad conyugal.

***32. Artículo 1714.** Cualquiera de los cónyuges que haya notificado la demanda de disolución de la sociedad conyugal, o cuando esta se haya disuelto, puede, dentro de los dos años siguiente, ejercer la acción de simulación a fin de que se reintegren a la masa de gananciales aquellos bienes que de ella han salido en virtud de contratos ficticios realizados por el otro cónyuge.*

Se presumen simulados los actos que celebró un cónyuge directamente o por interpuesta persona con sus descendientes, ascendientes u otros parientes dentro del tercer grado de consanguinidad o segundo de afinidad, compañero o compañera permanente, dentro del período antes indicado.

Observaciones al artículo:

El artículo 1714 del Proyecto establece que la legitimación para iniciar acciones de simulación se adquiere con la notificación de la demanda de disolución (como mínimo). Huelga recordar que la posición actual de la Corte Suprema de Justicia (véase, a manera de ejemplo, la sentencia STC16738-2019, M.P. Luis Armando Tolosa Villabona) es que la legitimación por activa se tiene por el solo hecho de ser cónyuge, sin necesidad de efectuar acciones tendientes a extinguir la sociedad conyugal.

En todo caso, sin perjuicio de la posición actual de la Corte Suprema de Justicia sobre el derecho vigente, si se va a elaborar un nuevo Código Civil es conveniente que se aclare este punto para admitir que los cónyuges sí tienen un interés actual en los negocios del otro, sin necesidad de esperar a que la sociedad se disuelva. Es que la libertad de disposición y administración que confiere la ley 28 de 1932 no es ilimitada, porque debe siempre ser responsable, luego no hay motivos para pensar que los cónyuges queden incapacitados (mientras subsista vigente su sociedad conyugal) para iniciar las acciones conservatorias del patrimonio que se reputa social.

Tanto menos si el artículo 1692 del Proyecto mismo lapidariamente señala en su oración final que los bienes propios y sociales de cada cónyuge, respecto de terceros, se tienen como de patrimonios separados. Con lo cual, a pesar de las dificultades, parecería posible establecer si los negocios jurídicos se celebran sobre activos sociales o propios, dando así la razón a la necesidad de legitimar a los cónyuges para iniciar las causas respectivas durante la vigencia de la sociedad conyugal.

Conclusiones generales del conjunto de artículos estudiados

1. Respecto de los esponsales se considera que se debe mantener la estructura del régimen actual, esto es no moderniza la actual legislación, según el cual se despoja de todo valor jurídico al pacto esponsalicio. De esa manera, se podrá asegurar con absoluta certeza que quienes lleguen al

matrimonio lo hagan con la más clara, libre y firme convicción de unir su proyecto de vida, en lugar de estar motivados por factores externos, como lo sería evitar una condena de indemnización de perjuicios.

2. La celebración de capitulaciones matrimoniales, a nuestro juicio, solo se debe admitir con anterioridad al matrimonio, con la actual característica de inmutabilidad. Resulta inconveniente pretender que los cónyuges puedan modificar las capitulaciones en cualquier tiempo, posterior a su matrimonio, toda vez que eso puede afectar a terceros.

3. La estructura de la subrogación de bienes prevista en los artículos 1789 y 1790 del Código Civil actual deberá mantenerse con la posibilidad que también se lleve a cabo de muebles a muebles.

PARENTESCO, CONVIVENCIA Y CRIANZA

Carmen Lilia Uribe Moya

Angélica María Gutiérrez Ramos

1. Artículo 1819. Parentesco de consanguinidad es la relación o conexión que existe entre las personas unidas por vínculos de sangre o por vínculo derivado de la reproducción asistida autorizada legalmente. Parentesco civil es el que se establece por la adopción. En estos parentescos hay líneas y grados.

Observaciones al artículo:

Este artículo tiene por objeto definir el parentesco de consanguinidad y el parentesco civil. Las normas sobre parentesco han sido objeto de numerosas modificaciones legales y jurisprudenciales. Por ello, siendo este un proyecto de sustitución del Código Civil, el articulado propuesto debería propender por incorporar todas estas modificaciones con claridad y precisión, buscando así unificar en una sola norma lo previsto en la legislación civil y los cambios introducidos por la jurisprudencia.

Al sostener el artículo que el parentesco de consanguinidad surge también de las técnicas de reproducción asistida, debería la norma indicar entre quiénes se genera ese parentesco, señalando -por ejemplo- que ese vínculo surge entre el hijo concebido mediante reproducción asistida, su madre y el esposo o compañero permanente de la madre, siempre y cuando este último haya dado su consentimiento para la práctica del tratamiento e independientemente de que el material genético sea o no suyo; parentesco que además habrá de extenderse en todas las líneas y grados a los parientes del hijo y sus padres.

Del mismo modo, siguiendo lo previsto en el Código de Infancia y Adolescencia sería pertinente anotar que el parentesco civil también se extiende a todos los parientes de adoptantes y adoptados en todas las líneas y grados.

2. Artículo 1822. Los parientes consanguíneos de un cónyuge o compañero permanente, lo son del otro, por afinidad, en la misma línea y grado.

Observaciones al artículo:

Hubiese sido pertinente indicar con mayor claridad si el parentesco por afinidad se extingue a la terminación del vínculo matrimonial o al cesar la convivencia, pues en la actualidad todavía existen dudas sobre el particular (por lo menos en lo que a la unión marital de hecho concierne) y hubiera sido esta la oportunidad para aclarar el asunto.

3. Artículo 1823. Pueden darse relaciones de crianza de convivencia y dependencia de alcance familiar y económico, que producirán los efectos jurídicos que indique la ley



Las relaciones de familiar de crianza se derivan cuando se asume la condición de crianza de padre, hijo, hermano y sobrino; y de convivencia como suegro, cuñado u otros afines; y económicos cuando se apoya a personas que se incorporan o asimilan a miembros de la comunidad doméstica.

Tendrá el carácter de hijo matrimonial o extramatrimonial el hijo de crianza reconocido por sus padres conforme a este Código. Esta filiación no extingue el parentesco de consanguinidad [sic] conocido, pero prevalecerá sobre éste en sus efectos personales. En su defecto podrá acudirse a la investigación del estado civil fundada en la posesión notoria conforme el artículo 75 y demás concordantes.

Observaciones al artículo:

Este artículo presenta varios problemas: desde la forma misma como está escrito, pues tiene algunos defectos de puntuación y redacción que dificultan la comprensión de la norma propuesta. En su primer inciso el artículo habla de relaciones de crianza, convivencia y dependencia de alcance familiar y económico. ¿Quiere decir esto que cualquier relación de convivencia y dependencia económica y familiar puede producir efectos jurídicos? ¿Qué tipo de efectos jurídicos?

Acto seguido, en el inciso segundo, el artículo parece hablar de tres tipos de relaciones (aunque dada la redacción, esto no resulta del todo claro): de crianza, de convivencia y “económicas”. Para ilustrar lo que significan las relaciones de crianza alude a quien asume la condición de “padre, hijo, hermano y sobrino”; a propósito de las relaciones ‘económicas’ habla de personas que se integran a la unidad doméstica; y para ilustrar lo que ha de entenderse por relaciones de convivencia habla de quienes conviven como “suegros, cuñados u otros afines”, sin aclarar si hemos de entender la expresión ‘afines’ como sinónimo de ‘similares’ o como referida a quienes están unidos mediante vínculo de afinidad.

Este artículo resulta problemático, pues amplía el concepto de familia de crianza, más allá de lo previsto por la jurisprudencia de la Corte Constitucional e introduce nuevos conceptos: una suerte de ‘familia de convivencia’ y ‘familia económica’ sin aclarar los efectos jurídicos asociados a cada una de ellas. La Corte Constitucional ha desarrollado la figura de la familia de crianza para proteger a los niños, niñas y adolescentes que han sido abandonados por sus padres cuando su crianza y protección es asumida por terceros; familia que además debe reunir unos requisitos específicos, tal y como consta en sentencia T-281/18 (i. solidaridad, ii. reemplazo de la figura paterna o materna (o ambas), iii. dependencia económica, iv. vínculos de afecto, protección y respeto, v. reconocimiento de la relación padre y/o madre e hijo, vi. existencia de la relación por un término razonable, y vii. afectación al principio de igualdad). La figura de ningún modo es tan amplia como lo plantea el artículo 1823, y ha sido acogida para casos específicos con efectos jurídicos concretos. ¿Qué tipo de derechos y obligaciones surgen en el marco de las nuevas familias que contempla el artículo 1823? No es claro. Este artículo abre la puerta a la indeterminación; quien convive con ciertos familiares (suegro, cuñado o sobrinos, entre otros) o recibe en su hogar a terceros y los acoge en la unidad doméstica, ya no sabe cuáles son las consecuencias jurídicas que dicha decisión puede desencadenar.

Genera además preocupación el impacto que este artículo pueda tener sobre la figura de la adopción. ¿Basta el reconocimiento del hijo de crianza para que este tenga la calidad de hijo matrimonial o extramatrimonial? Si así fuese, al amparo de este artículo cualquiera podría obviar el trámite de la adopción y el procedimiento administrativo de restablecimiento de derechos que busca verificar el origen del niño o niña; bastaría reconocer al menor de edad para que este adquiriera la calidad de hijo matrimonial o extramatrimonial, lo que podría dejarle en situación de desprotección, pues las normas sobre adopción, que tienen por objeto proteger a los niños, niñas

y adolescentes, podrían ser fácilmente desconocidas acudiendo simplemente al “reconocimiento del hijo de crianza”.

Señala el artículo que esta “filiación” -la que deriva de la crianza- no extingue el parentesco de consanguinidad conocido. Ahora bien, si un niño, niña o adolescente tiene padres de crianza y consanguíneos, ¿tienen derechos y deberes respecto de ambos? ¿Ambos padres tendrían la patria potestad sobre este menor de edad? ¿Qué quiere decir que la “filiación de crianza” prevalece sobre el parentesco de consanguinidad “en sus efectos personales”? ¿Quiere decir esto que para efectos patrimoniales prevalece el parentesco de consanguinidad? No parecería esto muy congruente con la jurisprudencia de la Corte Constitucional en esta materia.

Ni qué decir de la última parte del artículo, que después de afirmar que la “filiación de crianza” no extingue el parentesco de consanguinidad conocido -pero prevalece sobre sus efectos personales- señala lo siguiente: “En su defecto podrá acudirse a la investigación del estado civil fundada en la posesión notoria conforme el artículo 75 y demás concordantes”. ¿En defecto de qué? ¿En defecto de “parentesco de consanguinidad conocido” o en defecto de “filiación de crianza”? ¿Puede el hijo de crianza iniciar “proceso de investigación del estado civil” por posesión notoria para ser declarado hijo de crianza? Este artículo no brilla exactamente por su claridad; por el contrario, está redactado de forma poco técnica e imprecisa y, por ende, de convertirse en norma jurídica, traería consigo bastantes dificultades en su interpretación y una notable inseguridad jurídica.

Si bien es cierto que de la jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre la familia de crianza se desprenden algunos interrogantes, el artículo 1823 no despeja las inquietudes; por el contrario, genera aun más indeterminación y suscita más preguntas que respuestas.

4. Artículo 1825. Por ley, se deben alimentos entre sí: Los cónyuges o los compañeros permanentes, los padres y los hijos y los hermanos. También se deben alimentos a los parientes afines en primer grado cuando necesitando de ellos sea imposible obtenerlos directamente de sus parientes consanguíneos, y, además, convivan con el alimentante. Los alimentos voluntarios se sujetan a lo establecido en los negocios jurídicos, sin perjuicio de los derechos legales de alimentos que corresponden a los alimentarios a quienes aquellos favorecen. Parágrafo. En materia de alimentos de los niños, niñas, adolescentes y de las personas especialmente protegidas, tendrán preferencia las normas especiales que regulan la materia.

Observaciones al artículo:

Este artículo incluye a los compañeros permanentes, a los parientes afines en primer grado. Excluye a los ascendientes, (abuelos) como lo estipula actualmente el código civil.

5. Artículo 1826. El cónyuge separado legalmente de cuerpos o de hecho y el compañero permanente separado provisionalmente están obligados a suministrar alimentos al otro, siempre y cuando éste no sea el responsable de la separación. El divorciado no culpable de la terminación del matrimonio, tiene derecho a reclamar alimentos del otro, durante los tres años siguientes, los que podrán extenderse hasta por dos años más en favor de aquel, cuando se venía padeciendo de una enfermedad grave o se encontraba en situación de discapacidad, antes de la presentación de la demanda correspondiente. El mismo derecho tiene el cónyuge cuyo matrimonio se anuló si lo contrajo de buena fe, a cargo de quien lo celebró a sabiendas del vicio de nulidad. El juez, a título de equitativa compensación económica, también podrá establecer hasta por un año, una prestación alimenticia en uso de vivienda o en dinero, a favor del cónyuge cuyo divorcio o nulidad produce un desequilibrio económico manifiesto, que signifique un

empobrecimiento por la ruptura patrimonial consecuencial. Para ello es indispensable que dicho cónyuge haya convenido o se haya allanado a la disolución matrimonial.

Observaciones al artículo:

Me parece adecuada la inclusión de este nuevo artículo que favorece al compañero permanente no responsable de la separación, al otorgarle la posibilidad de reclamar alimentos.

En el actual código el cónyuge culpable queda obligado en cualquier momento a dar a alimentos al cónyuge inocente sin límite en el tiempo, siempre y cuando se cumplan los elementos indispensables para solicitarlos, la necesidad, el vínculo, y la capacidad económica; no me parece conveniente limitarlo a los tres años siguientes.

6. Artículo 1827. Cesa la obligación prevista en el artículo precedente si el cónyuge no culpable separado de cuerpos, el divorciado o aquél cuyo matrimonio se anuló, contrae nuevo matrimonio o establece una unión marital de hecho.

Observaciones al artículo: Queda así claro las circunstancias en las cuales se pierde el derecho.

7. Artículo 1828. Los hijos menores y los mayores que estén incapacitados para el trabajo tienen derecho a alimentos. También tienen este derecho los hijos mayores durante el tiempo de estudio que les impida trabajar, lo cual se presume hasta los veinticinco años de edad. Lo dispuesto en este artículo se extenderá a los nietos, cuando falten los padres o estos carezcan de medios para atender su obligación.

Observaciones al artículo:

Este artículo aclara la posibilidad de reclamar alimentos a las personas en estado de discapacidad; posibilidad que con la expedición de la ley 1996 del 2019 no era clara.

8. Artículo 1829. Los padres que han cumplido oportunamente las obligaciones del cuidado personal de los hijos tienen derecho a ser alimentados por ellos durante el tiempo que se encontraren impedidos para el trabajo o carezcan de ingresos suficientes para su sostenimiento. La obligación prevista en este artículo podrá extenderse en favor de los abuelos, si faltaren los hijos de éstos o si los mismos carecieren de los medios para atenderlos.

Observaciones al artículo:

Este artículo es nuevo y limita la obligación de dar alimentos a los padres siempre y cuando ellos hayan cumplido con la obligación de dar alimentos a sus hijos.

No es claro respecto a los abuelos, porque si estos no contribuyeron a dar alimentos ¿pueden reclamarlos para sí?

9. Artículo 1830. *Los hermanos incapacitados pueden pedir alimentos a sus hermanos con capacidad económica.*

Observaciones al artículo:

Este artículo debe guardar concordancia con la ley 1996 del 2019 sobre discapacidad.

10. Artículo 1831. *Los compañeros permanentes también deben suministrarse alimentos, cuando uno de ellos sea abandonado por el otro sin causa justificada, dentro de los tres años siguientes al abandono, y también podrá extenderse hasta por dos años más en favor del compañero permanente que venía padeciendo enfermedad grave antes de la terminación definitiva de la unión marital de hecho. Este derecho cesa cuando el alimentario celebra o mantiene vigente el matrimonio o la unión marital con un tercero.*

Observaciones al artículo: Este artículo se puede incluir en la redacción del art 1826 y 1827.

11. Artículo 1832. *Quienes tienen derecho a reclamar alimentos de otro, pueden pedir indemnización de perjuicios por los daños patrimoniales si alguien suprime la vida del alimentante o le causa daño que disminuya su capacidad para el trabajo.*

Observaciones al artículo:

Debería incluirse en este título un artículo que consagre la indemnización de perjuicios por el delito de inasistencia alimentaria, teniendo en cuenta los daños causados al padre o madre custodio que se queda con la carga de darlos solo sin que el otro contribuya. En la actualidad se entiende como indemnización únicamente el monto de los alimentos debidos, no se tiene en cuenta que esta actuación constituye violencia económica hacia el padre o madre cumplido, pues al tener que asumir solo la carga, no puede desarrollar plenamente su proyecto de vida frustrando la posibilidad de estudiar, viajar, desarrollar empresa, etc.

12. Artículo 1833. *Si alguien tiene derecho a reclamar alimentos de varias personas, lo hará en el siguiente orden preferencial: cónyuge o compañero permanente, hijos, padres, nietos, abuelos y hermanos. En caso de ausencia o de insuficiencia del título preferente podrá recurrirse al siguiente, pudiéndose formular como pretensión subsidiaria. El suministro de alimentos a parientes, convivientes o extraños, por motivos de crianza o solidaridad, no da lugar a acción de reclamación alguna por parte del alimentario. A falta de parientes que puedan suministrar alimentos, podrá reclamarse de la autoridad competente la inclusión en cualquiera de los programas sociales que existan para tal efecto, si los hubiere.*

Observaciones al artículo:

Resulta práctico aclarar que se puede reclamar alimentos de varias personas subsidiariamente.

13. Artículo 1836. *Los alimentos comprenden todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestuario, educación y asistencia médica del alimentario. Aquellos que se causan en épocas distintas, como los de*



suministro de materiales educativos, recreación, vacaciones y otros, podrán promediarse e incluirse en una prestación única, periódica, o fijarse de manera independiente, en dinero o en especie, según lo aconsejen las circunstancias.

Observaciones al artículo:

Elimina el concepto de alimentos congruos y necesarios, en este tema se debería incluir las normas estipuladas en el Código de la Infancia y la Adolescencia.

14. Artículo 1837. *En la tasación de los alimentos se tomará en cuenta la capacidad económica del alimentario, sus cargas y circunstancias domésticas, y las necesidades individuales del alimentario. Se presume que el alimentante tiene ingresos mensuales no inferiores al salario mínimo legal mensual, salvo prueba en contrario. El alimentario podrá exigir al alimentante o a la autoridad competente la presentación al proceso de la declaración de renta. Salvo prueba en contrario, también se presume la necesidad de los alimentos de las alimentarias grávidas, los menores de edad, los jóvenes estudiantes hasta los veinticinco años y las personas discapacitadas. Los demás alimentarios deberán probar que carecen de los recursos económicos disponibles y de la posibilidad de obtenerlos mediante trabajo, actividad o de actos benéficos.*

Observaciones al artículo: Este artículo recoge la jurisprudencia que se tenía al respecto.

15. Artículo 1838. *La fijación de los alimentos en su monto, oportunidad y entre quienes se presenta, puede efectuarse mediante convenio, conciliación, decisión policiva o administrativa competente, o decisión judicial, a partir de los cuales se hacen exigibles en la oportunidad establecidas en ellos. La fijación judicial también podrá efectuarse en los procesos de divorcio, cesación de efectos civiles, nulidad de matrimonio, declaración o terminación de la unión marital e investigación de la paternidad y la maternidad, cuando en este último caso exista fundamento razonable y dictamen de inclusión filial.*

Observaciones al artículo:

En caso de inclusión filial se debe tener en cuenta el monto de los gastos en que incurrió la madre desde el momento del nacimiento hasta el momento en que se dicta sentencia de reconocimiento con el fin de hacer responsable al padre de los alimentos, desde el momento del nacimiento mismo del hijo.

16. Artículo 1841. *Los alimentos se deben desde la admisión de la demanda y se pagarán periódicamente por semanas, quincenas o mesadas anticipadas. El demandante no puede reclamar obligación por alimentos anteriores a la presentación de la demanda, salvo que se trate de aquellos fijados previamente conforme al artículo 1839 y los que se decreten como indemnización en favor de menores de acuerdo con el inciso final del artículo 1843. Los alimentos se cumplen mediante el pago al alimentario de la suma de dinero convenida o fijada, o la ejecución de la prestación señalada por la autoridad competente para solventarla, cuando el obligado, con base en motivos justificados así lo solicita. En caso de alimentarios menores de edad o mayores adultos el pago se hará a la persona encargada de su crianza, cuidado o atención personal. Asimismo, en los casos de alimentarios menores de edad, personas en situación de discapacidad, mayores adultos o personas especialmente protegidas, el cumplimiento de la obligación de suministrar alimentos, será una condición para que el alimentante pueda ser oído en la reclamación de la custodia, el cuidado o la visita personal y la de cualquier derecho sobre los mismos. En estos casos y cuando quiera que no exista seguridad sobre el cumplimiento de los alimentos futuros, el juez también podrá restringir al alimentante la salida del país hasta tanto otorgue garantía suficiente, de acuerdo con la ley, para su plena satisfacción.*

Observaciones al artículo:

En este punto es importante recalcar lo que sucede al establecer que los alimentos solo se deben desde el momento de la admisión de la demanda sin que se puedan pedir desde el momento mismo en que surge la necesidad.

En la mayoría de los conflictos sobre alimentos se presenta la madre a reclamarlos ya que en la mayoría de los casos es la madre quien se queda con la custodia del el hijo o hija, es la madre la que debe asumir la totalidad de los gastos que implican la crianza de los hijos.

La constitución política de Colombia en su *artículo 43 establece. La mujer y el hombre tienen iguales derechos y oportunidades. La mujer no podrá ser sometida a ninguna clase de discriminación. Durante el embarazo y después del parto gozará de especial asistencia y protección del Estado, y recibirá de este subsidio alimentario si entonces estuviere desempleada o desamparada. El Estado apoyará de manera especial a la mujer cabeza de familia.* Este artículo contempla la igualdad de derechos entre hombres y mujeres igualdad que resulta teórica, ya que el artículo 1841 propuesto permite que sea el padre o la madre que se quede con la custodia el que asuma la totalidad de la carga hasta que se dicte sentencia constituyendo un daño económico para quien asume solo la obligación.

Sea esta la ocasión de reflexionar y cambiar este paradigma que está estipulado en la norma civil y ver el asunto con una mirada más equitativa y real de acuerdo con las circunstancias de nuestro país; situación a todas luces inequitativa en especial para las mujeres que son quienes en la mayoría de los casos se quedan con la custodia de sus hijos.

Por esto es importante redactar de otra forma este artículo en el sentido de permitir que durante el proceso se prueben los gastos en que incurrió el padre o madre custodio para mantener a su hijo y así se equilibren las cargas de una manera justa y equitativa.

Patrocina la desigualdad, contribuye con la violencia económica contra la mujer, viola los derechos de los niños, niñas y adolescentes, al no permitir que se le retribuyan los gastos al padre o madre custodio cumplido.

Por todo lo anterior es muy importante establecer que se deben los alimentos desde que se necesiten, demostrando dentro del proceso los gastos en que se incurrió y ordenando que se asuma la mitad de los mismos al padre que no tenía el cuidado de los hijos.

17. Artículo 1843. Son válidos los pactos que celebren alimentante y alimentario para regular la cuantía y forma como deben pagarse periódica o totalmente los alimentos actuales y los futuros, y podrán ser modificados por el juez si variaren las circunstancias que les dieron origen o resultaren inequitativos. De la misma manera podrá el juez, mediante providencia judicial, revisar las pensiones alimenticias fijadas provisionalmente o en forma definitiva. Igualmente podrá darse un capital en pago de los alimentos futuros. En la sentencia definitiva el alimentante será condenado a una indemnización equivalente a un año de alimentos, cuando se acredite que desde tiempo anterior a la demanda estaba obligado a prestar alimentos.

Observaciones al artículo:

Esta indemnización no es suficiente para cubrir los gastos en que se incurra desde el momento en que se necesitaron.

18. Artículo 1844. Fuera de los casos especiales previstos en los artículos anteriores, la obligación de alimentos se extingue cuando el alimentario deja de necesitarlos o cuando el alimentante por causas que no le sean imputables queda en la imposibilidad de prestarlos.

*No obstante, si cambiaren las circunstancias del alimentario o las del **alimentante**, renacerá la obligación. Sin embargo, la extinción prevista en los artículos 1827 y 1831 será siempre definitiva. Las prestaciones alimenticias periódicas fijadas se extinguen de pleno derecho por la prescripción de corto tiempo conforme a este Código, a menos de renuncia expresa a ella manifestada por el deudor. La obligación de alimentos y posteriores mesadas, subsistirán cuando persistan las condiciones que le dieron origen.*

Observaciones al artículo:

No debería estipularse prescripción de las prestaciones alimenticias periódicas fijadas ya que se trata de derechos fundamentales.

Conclusiones generales del conjunto de artículos estudiados

En materia de parentesco y familia de crianza, las normas propuestas presentan falencias de redacción lo que deriva en una profunda indeterminación sobre este asunto. Esto es especialmente evidente en el artículo 1822 que regula las denominadas relaciones de crianza, “convivencia” y “económicas”. En efecto, los términos que utiliza el artículo para describir tales relaciones son imprecisos, contradictorios y van mucho más allá del concepto de “familia de crianza” desarrollado en la jurisprudencia constitucional.

Esto resulta especialmente problemático, pues la norma en comento parece introducir nuevos tipos de familia sin indicar con precisión cuál es la fuente que le da origen, y cuáles son las implicaciones de cada tipo de familia y los efectos jurídicos -derechos y obligaciones- que surgen al interior de cada una. Esto hace que la regulación propuesta resulte inconveniente, toda vez que genera más preguntas que respuestas, desconoce los criterios sentados por la Corte Constitucional para determinar cuándo es posible hablar de una familia de crianza, y en consecuencia podría traer consigo una profunda inseguridad jurídica.

Además, al permitir el surgimiento de relaciones de filiación por el solo reconocimiento que hace una persona respecto de su hijo de crianza, abre la puerta al desconocimiento de las normas sobre adopción, y a una eventual desprotección de los niños, niñas y adolescentes en cuyo beneficio se establecieron estas normas. Una vez más, la norma propuesta demuestra ser inconveniente.

En materia de alimentos, además de los comentarios particulares sobre cada artículo, la doctora Carmen Lilia Uribe propone lo siguiente: sería interesante pensar en separar el Código Civil y crear un Código de Familia, en donde se incluyeran todas las múltiples normas que regulan la materia, teniendo en cuenta la jurisprudencia que ha actualizado nuestro ordenamiento jurídico con la realidad de las relaciones en el siglo XXI, y donde se integre además el Código de Infancia y Adolescencia. Un código que tenga en cuenta además la Ley 51 de 1981 por medio de la cual se aprueba la “Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer”, la Ley 248 de 1995 por medio de la cual se incluye en nuestro ordenamiento jurídico la Convención interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer-convención de Belem do Pará- , la Constitución Política de Colombia (arts. 13, 42 y 43), la Ley 284 de 1996, la Ley 575 del año 2000, la Ley 1257 de 2008 por la cual se dictan normas de sensibilización prevención y sanción de formas de violencia y discriminación contra las mujeres, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y de la Corte Constitucional colombiana que se refiera al tema de la no discriminación contra la mujer. Propone la doctora Carmen Lilia que el Código en cuestión se estructure en el siguiente orden:

- Personas
- Familia
- Matrimonio
- Filiación
- Familia extramatrimonial
- Adopción
- Parentesco
- Protección y guardas
- Sucesiones.

GUARDAS

Juan Enrique Medina Pabón

NOTA: En el proyecto se incorporan las observaciones de cada uno de los participantes que se estimaron necesarias.

1. ARTÍCULO 1847

En lo que no se disponga en este Código la ley se encargará de establecer, de acuerdo con los tratados internacionales vigentes, el régimen especial para el ejercicio de la capacidad legal de las personas menores de edad no sometidas a potestad parental y mayores en situación de discapacidad, y el acceso a las medidas de protección relativas a la curaduría, apoyos y cuidados, así como lo relativo a las personas confiados a la asistencia pública o privada.

Observaciones al artículo:

La normatividad sobre guardas. Aunque el régimen de guardas no puede contradecir la normatividad constitucional o la internacional ratificada, es un error hacer la remisión directa a estos **estatutos**, porque mientras las citadas normas señalan apenas principios y directrices, es la ley la encargada de desarrollarlas regulando situaciones reales y actuales (como de hecho puede verse a lo largo de este capítulo).

Las personas menores de edad sometidas a la asistencia pública o privada, no están exentas de las reglas sobre guardas y por eso este capítulo no tiene ni propone un régimen jurídico en esta materia. Si el menor no tiene representante legal el defensor de familia toma su posición cuando se requiera (aunque no debería ser así, precisamente porque la ley nunca hizo excepciones y no tener guardador es en sí mismo una vulneración a los derechos del menor).

Por otra parte, las personas menores de edad son **incapaces generales de ejercicio** (absolutas o relativas) de modo que la ley no regula su capacidad de ejercicio, sino que establece excepciones a su incapacidad, reconociendo efectos jurídicos a sus actuaciones en las situaciones particulares que disponga, como se ve en los primeros artículos del Código de la Infancia y la Adolescencia.

En cuanto a las personas mayores, al no ser incapaces, no quedan cobijadas por este régimen que está íntegramente derogado, los apoyos son apenas ayudas jurídicas para la toma y ejecución de decisiones (apoyos designados por la persona o sea mandatarios, o por el juez cuando no pueda actuar el sujeto, para casos particulares, es decir que no son formas de protección del sujeto sino fórmulas para la **selección y ejecución de actividades jurídicas necesarias**, similares a las de la ejecución de obligaciones, cuando el deudor no lo hace y el juez toma su puesto).

El artículo debería limitarse a decir:

“Conforme a los principios constitucionales y de los tratados internacionales vigentes, la ley determinará las medidas de protección y representación de las personas menores de edad no sometidas a potestad parental y



establecerá la forma de hacer el reconocimiento y dar efectividad a sus decisiones individuales, según el grado de consciencia y madurez del niño, niña o adolescente”.

2. ARTÍCULO 1849

A los menores de edad que no están bajo potestad parental, en los casos en que se requiera, se les designará un curador encargado de su cuidado y representación. Para el ejercicio de este cargo se tendrán en cuenta las siguientes reglas, sin perjuicio de las dispuestas en normas especiales:

- 1. El curador será nombrado judicial o testamentariamente, y podrá contar con hasta tres (3) suplentes;*
 - 2. La aceptación del cargo será forzosa, salvo que recaiga sobre una persona incapacitada para ejercerlo o haya una justa causa para rehusarlo;*
 - 3. Una vez el menor alcance la adolescencia el curador actuará como personal de apoyo, aunque los actos jurídicos que se realicen sin su intervención, siendo ésta necesaria, serán nulos absolutamente;*
 - 4. El curador deberá constituir una garantía en favor del menor por los daños morales y patrimoniales que pueda irrogar en el ejercicio de su cargo, que no podrá ser inferior al veinte por ciento de los bienes que estarán bajo su administración, sin perjuicio de que el juez dispense esta obligación; y*
 - 5. El curador deberá confeccionar un inventario detallados de los bienes, derechos y obligaciones del niño, niña o adolescente, dentro de los sesenta días siguientes a la posesión para el ejercicio de su cargo, so pena de que pueda ser relevado y deba indemnizar los perjuicios que cause. Los pasajes oscuros o dudosos del inventario se interpretarán a favor del pupilo, a menos de prueba contraria.*
-

Observaciones al artículo:

De los curadores. En general la norma sobre guardas de menores es la que corresponde, por lo que se hacen apenas unas observaciones:

En el **numeral 1.** En este artículo se omite la **guarda legítima**, que corresponde a los familiares y no se reconoce la razón de esta eliminación. El texto debería decir: “*El curador será designado por testamento, por la ley o por el juez. El curador podrá contar con hasta tres (3) suplentes*”

Respecto del **numeral 3º.** Cuando el menor sea adolescente, pasa a ser incapaz relativo (art. 98) y por supuesto sus actos son relativamente nulos, no se entiende porqué pasan a ser **absolutamente nulos** en este inciso (sería una innovación, contraria a los principios que vienen a lo largo del proyecto. También hay que hacer notar que el menor que tiene representante legal no requiere apoyo (en realidad se trata de una inaceptable equivocación de la ley 1996/19), porque el padre y el guardador obran por vía *auctoritas* o *gestio*, y generan directamente los efectos jurídicos para el pupilo. Se sugiere corregir este numeral así: “*Una vez el menor alcance la adolescencia el curador prestará apoyo al pupilo en las decisiones sobre la administración patrimonial a fin de promover su autonomía responsable. Los actos jurídicos que se realicen sin su intervención, siendo ésta necesaria, serán relativamente nulos*”.

Sobre el **numeral 5º** hay que anotar que, el inventario posterior y realizado directamente por el curador, se había prestado para que se pudiera eludir el requisito y que no existiera control del mismo. Por eso la ley actual y el Código General del Proceso, lo exigen como **requisito previo** de la posesión y ejercicio del cargo (lo que además permite que el juez pueda fijar la cuantía de la caución con conocimiento de causa); además el inventario debe ser realizado por un perito auxiliar de la justicia para evitar el conflicto de interés o el riesgo de falsear el contenido.

Este inciso debería decir:

“El juez ordenará la confección del inventario detallados de los bienes, derechos y obligaciones del niño, niña o adolescente, por parte de un perito, auxiliar de la justicia, y procederá a fijar la caución que sea del caso. Una vez agotadas en estas diligencias dará posesión del cargo al curador.”

3. ARTÍCULO 1850

El que ejerce el cargo de curador no siéndolo, pero de buena fe, tiene todas las obligaciones y responsabilidades del curador verdadero, y sus actos no obligarán al pupilo, sino en cuanto le hubieren reportado positiva ventaja. Si hubiere procedido de mala fe será removido de la administración y privado de todos los emolumentos de su curaduría, sin perjuicio de que indemnice cumplidamente al pupilo.

Observaciones al artículo:

El que fácticamente asume la posición del curador. La compleja clasificación de los curadores irregulares que tenía el Código Civil quedó sustituida por una regla general, consistente en que quien obre por cuenta del pupilo en cualquier calidad o condición, sin tener el cargo de curador, sea tomado como agente oficioso (como pasa con la persona ordinaria que no lo ha designado representante convencional); o sea que no tiene remuneración y con una carga de diligencia mediana y el deber de agotar la gestión (responde hasta de la culpa leve), pero se debe abrirse la puerta para que el juez le otorgue una remuneración, si la circunstancia lo amerita. El artículo diría:

“Quien actúe como curador no siéndolo, tiene la condición de agente oficioso del pupilo y responderá por cualquier daño causado hasta por culpa leve.

El juez podrá asignar al agente oficioso la remuneración por sus actuaciones, siempre que ésta no sea debida al curador”.

4. ARTÍCULO 1851

El curador, en caso de que lo haya, deberá solicitar las medidas de apoyo para el menor con discapacidad una vez alcance la adolescencia, incluyendo la designación del personal de apoyo conforme a las normas especiales. Lo mismo harán los padres cuando haya potestad parental.

Observaciones al artículo:

Solicitud de apoyos. Este artículo es incomprensible. No es posible que teniendo un **representante legal** (padre o curador) cuyo cargo o función es precisamente velar por los intereses del menor de edad y su bienestar, en atención a que su condición de desarrollo intelectual es incipiente o está seriamente afectado (sin perjuicio del reconocimiento a sus actuaciones plenamente conscientes), tenga que recurrir a terceros para cumplir su función o que esos terceros le puedan recomendar obrar contra lo que decida el padre o curador, cuando quiera que ese padre o curador “puede lo más” (de

225

hecho, si al padre o curador no le gusta lo que el hijo realizó con un eventual apoyo, simplemente lo revoca o cambia). Ésta como se dijo es una norma errada de la ley 1996 de 2019, que tendría que corregirse, tal como lo mencionamos sobre el numeral 3° del artículo 1849.

El artículo debe desaparecer.

5. ARTÍCULO 1852

El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar o la autoridad administrativa que haga sus veces deberá proveer el cuidado personal de los menores de dieciocho años que se encuentren abandonados moral o materialmente, o que estén en situación de riesgo.

La autoridad administrativa competente en cumplimiento de esta función podrá confiar el cuidado personal a establecimientos públicos o privados que, en razón de su organización, sean especialistas en suministrar crianza y educación a menores. Podrá también confiar la guarda y cuidado a personas idóneas que lo soliciten.

Observaciones al artículo:

El menor vulnerado en sus derechos. La protección del menor vulnerado tiene un régimen detallado en el Código de la Infancia y la Adolescencia y por eso tendría que utilizarse el sistema allí consagrado en materia de medidas de protección y restablecimiento de sus derechos (para evitar hablar de abandono).

Sobre el ingreso de los menores de edad a una institución, debe recordarse que es una medida extrema y última

Se sugiere el siguiente texto para este artículo.

“El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar o la autoridad administrativa que haga sus veces tomará todas las medidas previstas en la ley de infancia y adolescencia para la protección y el restablecimiento de los derechos de los menores en su medio familiar nuclear o extenso y, de ser necesario, podrá disponer que sean atendidos en instalaciones públicas o privadas especializadas que le provean lo requerido para su desarrollo físico, intelectual y cultural en las mejores condiciones”.

6. ARTÍCULO 1853

La persona en situación de discapacidad tendrá un personal de apoyo encargado de asistir a aquella en la comprensión de los actos que pretende realizar, facilitar su expresión de voluntad y preferencias, y representarla en los casos excepcionales que indique la ley. Son directrices para el ejercicio de este cargo:

- 1. El personal de apoyo deberá respetar las decisiones y preferencias de la persona con discapacidad, como garantía de su autodeterminación y ejercicio del derecho a equivocarse;*
- 2. La intervención del personal de apoyo es necesaria para los negocios jurídicos indicados por el juez o por la persona con discapacidad en el acto de designación, so pena de que el negocio sea anulable;*
- 3. El personal de apoyo debe actuar con diligencia, privilegiando los intereses de la persona con discapacidad y en condiciones de confidencialidad;*
- 4. Para la designación judicial de personal de apoyo se tendrá en consideración la relación de confianza entre la persona con discapacidad y el designado.*

Observaciones al artículo:

De la persona con discapacidad mental y su apoyo. Tal como se ha venido repitiendo el tema de la actuación de la persona con discapacidad **mental** no es un asunto de incapacidad de ejercicio, porque la ley 1996/19 los declara plenamente capaces y los apoyos son sólo instrumentos para el **ejercicio de la capacidad** y por eso el tema queda por fuera de este capítulo.

Aunque la lógica manda aprovechar este Código para hacer una regulación realmente adecuada de la situación jurídica de la persona con discapacidad **mental** (permanente, temporal, natural, inducida, accidental; así como sus repercusiones en el Derecho y, por supuesto, eliminar el absurdo “derecho al error o a correr riesgos”, porque no puede ser derecho, algo que en realidad puede derivar en una desgracia personal o de terceros), veo difícil que los “progresistas” defensores de los derechos humanos lo permitan, de modo que sugiero pasar este artículo al Título IV del libro I del proyecto, para evitar peores confusiones.

7. ARTÍCULO 1854

Se entiende por administrador la entidad fiduciaria encargada judicial o testamentariamente de la administración de los bienes productivos del que está por nacer, de los niños, niñas o adolescente, o de la persona con discapacidad absolutamente imposibilitada de comunicarse o manifestar sus preferencias.

Observaciones al artículo:

Los administradores. Actualmente hay varios guardadores con la denominación de administradores. Están los administradores (antiguos curadores) de bienes, los administradores adjuntos y los administradores fiduciarios. Estas figuras permanecen en el proyecto, por lo que la definición excluyente da un mensaje equivoco. Tampoco se puede designar una fiduciaria para que administre los bienes de la persona con discapacidad mental, porque ellos tienen apoyos que, se repite, no son administradores ni representantes sino colaboradores en la ejecución de ciertos actos de la persona con discapacidad mental.

Como en el próximo artículo se habla de los administradores de bienes, basta hacer mención a los administradores fiduciarios y a los administradores adjuntos.

Se propone esta redacción:

“Se entiende por administrador fiduciario, la entidad fiduciaria encargada judicial o testamentariamente de la administración de los bienes productivos del que está por nacer, de los niños, niñas o adolescentes, en los términos de la ley. Los bienes productivos en administración fiduciaria tendrán el carácter de patrimonio autónomo.

Los bienes que por disposición legal o del donante no pueden ser administrados por quienes ejercen la potestad parental o los curadores, serán entregados a un administrador adjunto designado conforme a las reglas procesales”.

8. ARTÍCULO 1856

Para asumir el cargo de curador, personal de apoyo o administrador deberá inscribirse la designación en el registro del estado civil. Su responsabilidad será hasta por culpa leve y responderán solidariamente en la administración conjunta que hagan.

Observaciones al artículo:

La publicidad de la condición de apoyo. Siguiendo con las observaciones relativas al régimen de la actuación de la persona mayor con discapacidad mental se recuerda que la ley 1996/19 no establece ninguna forma de registro de la designación de los apoyos, ni siquiera los judiciales, en especial porque el mayor de edad no tiene incapacidad de ejercicio.

En este artículo debe eliminarse lo relativo al **personal de apoyo**.

9. ARTÍCULO 1857

Son mayores adultos los mayores de sesenta años de edad, o de aquella edad que se establezca conforme a las normas especiales, y gozan de especial protección, conforme a las declaraciones internacionales vigentes en Colombia.

El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar o la autoridad administrativa que haga sus veces adelantará los programas de protección del mayor adulto y proveerá el cuidado personal de aquellos que carezcan de lo necesario para su digno sustento y que sean inhábiles para el trabajo.

Observaciones al artículo:

Sobre el adulto mayor En esta época una persona de sesenta años, no requiere medidas de protección, a menos que tenga alguna discapacidad (la edad para la pensión en los varones supera esta cifra y la de retiro forzoso quedó en 70 años, por eso la ley 1251 de 2008 ya no está acorde con la época). Pero al igual que se ha venido diciendo con las personas con discapacidad mental, al no ser un asunto que toque con la capacidad de ejercicio no debería incluirse en este sitio, sino pasarlo al régimen de la persona natural.

GUARDAS Y PROTECCIÓN

Lina Patricia Rodríguez Rodríguez

1. Rango de artículos del proyecto de reforma del Código Civil estudiados

Artículo 1847 al Artículo 1857

2. Antecedentes normativos

Sea lo primero señalar, que se hizo necesario realizar un estudio sistemático de las leyes que regulan la materia y así determinar la evolución normativa que se ha venido desarrollando por parte del legislador hasta el momento.

Dado lo anterior, es importante destacar que el capítulo que se pretende incluir, “*guardas y protección*”, estaba estipulado anteriormente en el en el título XXII del Código Civil denominado *de las Tutelas y Curadurías en General*, el cual ha tenido varias modificaciones por las siguientes leyes:

- Código de la Infancia y la Adolescencia, que reguló los temas relacionados con los niños, niñas y adolescentes, remitiendo todo su tratamiento a esa disposición.
- Ley 1306 de 2009, *Por la cual se dictan normas para la Protección de Personas con Discapacidad Mental y se establece el Régimen de la Representación Legal de Incapaces Emancipados*. La cual derogó los artículos 261; 428 a 632 del Código Civil.
- Ley 1996 de 2019, *Por medio de la cual se establece el régimen para el ejercicio de la capacidad legal de las personas con discapacidad mayor de edad*. La cual derogó la mayoría de los artículos de la ley 1306 de 2009.

Así las cosas, se hará el análisis de conformidad con las leyes descritas, para así verificar que el articulado que se desea estipular en el Código Civil no esté en contravía de la normatividad vigente.

3. Texto del artículo analizado:

- **Artículo 1847.** *En lo que no se disponga en este Código la ley se encargará de establecer, de acuerdo con los tratados internacionales vigentes, el régimen especial para el ejercicio de la capacidad legal de las personas menores de edad no sometidas a potestad parental y mayores en situación de discapacidad, y el acceso a las medidas de protección relativas a la curaduría, apoyos y cuidados, así como lo relativo a las personas confiados a la asistencia pública o privada.*

Observaciones al artículo:

Inicialmente de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Constitucional (Sentencia C-727 de 2015) la patria potestad incluye: usufructo, representación y administración, por ende, en este párrafo el término correcto sería patria potestad y no potestad parental, pues se refiere a niños, niñas y adolescentes que no tienen representantes legales.

Por otro lado, en lo que respecta a las personas con discapacidad (termino que debe ser utilizado y no “en situación de discapacidad” en observancia de lo contemplado en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad) se entiende que el régimen para el ejercicio de su capacidad legal se encuentra en la Ley 1996 de 2019, por lo cual el régimen establecido deberá estar en consonancia con dicho articulado normativo.

Finalmente, no es claro a quienes se refiere el artículo con “*personas confinados a la asistencia pública o privada*” se sugiere suprimir esta parte porque puede resultar discriminatoria para algunas personas que por su edad o discapacidad necesitan una protección especial por parte del estado.

3.1 Texto del artículo analizado:

- **Artículo 1848.** *El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar o la autoridad Administrativa que haga sus veces y, en su defecto, la autoridad judicial de familia, garantizará el establecimiento y cumplimiento de las correspondientes protecciones.*

Observaciones al artículo:

A través de los artículos 81 y 82 del Código de la Infancia y la Adolescencia, se establecen las acciones que los defensores de familia deben adelantar con la finalidad de garantizar los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

Igualmente, los artículos 83 y 86 de la mencionada norma señalan las mismas prerrogativas para los comisarios de familia, quienes, como autoridades administrativas, tienen deberes frente a la garantía de derechos de niños, niñas y adolescente.

Claro lo anterior y teniendo en cuenta que tanto los defensores como los comisarios de familia, son autoridades administrativas facultadas para la atención y restablecimiento de derechos de los niños, niñas y adolescentes, no se considera pertinente que el proyecto de ley endilga esta responsabilidad únicamente al ICBF.

Por otro lado, se insiste en que de conformidad con la Ley 1996 de 2019 (que derogó el artículo 18 de la Ley 1306 de 2009) los defensores de familia ya no tienen competencia para la atención de las personas mayores de edad con discapacidad, razón por la cual se debe realizar la respectiva claridad.

En este sentido se propone: “*La autoridad administrativa competente y, en su defecto, la autoridad judicial de familia, garantizará la protección en los casos de vulneración o amenaza a los derechos de niños, niñas y adolescentes*”

3.2 Texto del artículo analizado:

- **Artículo 1849.** *A los menores de edad que no están bajo potestad parental, en los casos en que se requiera, se les designará un curador encargado de su cuidado y representación. Para el ejercicio de este cargo se tendrán en cuenta las siguientes reglas, sin perjuicio de las dispuestas en normas especiales:*

1. *El curador será nombrado judicial o testamentariamente, y podrá contar con hasta tres (3) suplentes;*

2. *La aceptación del cargo será forzosa, salvo que recaiga sobre una persona incapacitada para ejercerlo o haya una justa causa para rehusarlo;*
3. *Una vez el menor alcance la adolescencia el curador actuará como personal de apoyo, aunque los actos jurídicos que se realicen sin su intervención, siendo esta necesaria, serán nulos absolutamente;*
4. *El curador deberá constituir una garantía en favor del menor por los daños morales y patrimoniales que pueda irrogar en el ejercicio de su cargo, que no podrá ser inferior al veinte por ciento de los bienes que estarán bajo su administración, sin perjuicio de que el juez dispense esta obligación; y*
5. *El curador deberá confeccionar un inventario detallados de los bienes, derechos y obligaciones del niño, niña o adolescente, dentro de los sesenta días siguientes a la posesión para el ejercicio de su cargo, so pena de que pueda ser relevado y deba indemnizar los perjuicios que cause. Los pasajes oscuros o dudosos del inventario se interpretarán a favor del pupilo, a menos de prueba contraria.*

Observaciones al artículo:

Al respecto, se insisten en que de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Constitucional (Sentencia C-727 de 2015) la patria potestad incluye: usufructo, representación y administración, por ende, en este párrafo el término correcto sería patria potestad y no potestad parental, pues se refiere a niños, niñas y adolescentes que no tienen representantes legales.

Adicionalmente, se observa que el término “menor” es considerado como peyorativa, por lo cual no es dable usarlo en el artículo analizado, teniendo en cuenta que los niños, las niñas, y los adolescentes son personas con protección constitucional reforzada y sujetos de derechos. En este sentido, la Corte Constitucional en su sentencia C-442 de 2009⁵⁹ estableció:

*“La doctrina sobre derechos fundamentales de los niños y niñas, **aboga en la actualidad por erradicar el uso de las expresiones “menor” y “menores de edad”**, bajo el argumento de que dichas expresiones pueden confundirse con una categorización de inferioridad de los sujetos que designa. De ahí que, resaltada la importancia del uso adecuado del lenguaje como elemento esencial del desarrollo no sólo conceptual, sino práctico y pedagógico de los derechos fundamentales, considera que una expresión acorde con esta idea es la de “menores de dieciocho (18) años” que hace referencia al umbral que el sistema jurídico colombiano ha establecido para distinguir los estados civiles de minoría y mayoría de edad” (Negrilla fuera de texto)*

Por lo anterior, se considera que dentro del texto del proyecto de Ley es necesario eliminar la palabra menor y hacer uso de expresiones tales como niños, niñas y adolescentes.

Finalmente es preocupante que el numeral 3 del artículo establezca:

“Una vez el menor alcance la adolescencia el curador actuará como personal de apoyo, aunque los actos jurídicos que se realicen sin su intervención, siendo esta necesaria, serán nulos absolutamente;”

Pues de acuerdo con lo regulado en la Ley 1996 de 2019, los apoyos deben establecerse mediante acuerdo o proceso judicial con el fin de facilitar el ejercicio de la capacidad legal en determinados actos jurídicos, sin embargo, esta disposición estaría imponiendo a todos los niños, niñas y

⁵⁹ Sentencia Corte Constitucional, C-442 del 8 de julio de 2009. Magistrado Ponente Humberto Antonio Sierra Porto.

adolescentes a quienes se les ha asignado un curador, el uso de un apoyo específico para el ejercicio de su capacidad cuando sean adultos, por lo anterior, se considera que esta norma va en contravía de los principios de autonomía y primacía de la voluntad consagrados en el artículo 4 de la Ley 1996 de 2019.

3.3 Texto del artículo analizado:

- **“Artículo 1850.** *El que ejerce el cargo de curador no siéndolo, pero de buena fe, tiene todas las obligaciones y responsabilidades del curador verdadero, y sus actos no obligarán al pupilo, sino en cuanto le hubieren reportado positiva ventaja. Si hubiere procedido de mala fe será removido de la administración y privado de todos los emolumentos de su curaduría, sin perjuicio de que indemnice cumplidamente al pupilo.”*

Observaciones al artículo

Este artículo en particular, transcribe el pretérito artículo 515 del Código Civil, el cual fue derogado por el artículo 119 de la ley 1306 de 2009, así:

“ARTICULO 515. Guardador putativo. *El que ejerce el cargo de tutor o curador, no lo siendo verdaderamente, pero creyendo serlo, tiene todas las obligaciones y responsabilidades del tutor o curador verdadero, y sus actos no obligarán al pupilo, sino en cuanto le hubieren reportado positiva ventaja.*

Como se observa se añadió el aparte final que dispone *“Si hubiere procedido de mala fe será removido de la administración y privado de todos los emolumentos de su curaduría, sin perjuicio de que indemnice cumplidamente al pupilo”*.

3.4 Texto del artículo analizado:

- **“Artículo 1851.** *El curador, en caso de que lo haya, deberá solicitar las medidas de apoyo para el menor con discapacidad una vez alcance la adolescencia, incluyendo la designación del personal de apoyo conforme a las normas especiales. Lo mismo harán los padres cuando haya potestad parental.”*

Observaciones al artículo

Inicialmente se reitera que el término “menor” es considerado como peyorativa, por lo cual no es dable usarlo en el artículo analizado, teniendo en cuenta que los niños, las niñas, y los adolescentes son personas con protección constitucional reforzada y sujetos de derechos.

Adicionalmente, el contenido de este artículo podría conllevar a una restricción de la capacidad jurídica de las personas mayores de edad con discapacidad, pues tal y como lo establece la Ley 1996 de 2019:

“Los apoyos utilizados para celebrar un acto jurídico deberán siempre responder a la voluntad y preferencias de la persona titular del mismo.”

Sin embargo, si se faculta a una tercera persona (que no es titular del acto) para iniciar el proceso de asignación judicial de apoyos se estaría desconociendo la primacía de la voluntad de la persona con discapacidad. En este sentido, se recuerda que la citada ley establece claramente en su artículo

38 las condiciones específicas para que la asignación judicial de apoyos pueda ser promovida por una persona distinta al titular de acto.

Se recomienda eliminar este artículo por ser contrario a la Ley 1996 de 2019 y violatorio del derecho a ejercer la capacidad jurídica que tienen todas las personas con discapacidad en virtud de lo contemplado en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

3.5 Texto del artículo analizado:

- **“Artículo 1852.** *El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar o la autoridad Administrativa que haga sus veces deberá proveer el cuidado personal de los menores de dieciocho años que se encuentren abandonados moral o materialmente, o que estén en situación de riesgo.”*

La autoridad administrativa competente en cumplimiento de esta función podrá confiar el cuidado personal a establecimientos públicos o privados que, en razón de su organización, sean especialistas en suministrar crianza y educación a menores. Podrá también confiar la guarda y cuidado a personas idóneas que lo soliciten.

Observaciones al artículo

En primer lugar, se debe reiterar que de conformidad con el Código de la Infancia y la Adolescencia y el Decreto 4840 de 2007, compilado por el Decreto único reglamentaria 1069 del 2015, las autoridades administrativas encargadas de la atención y restablecimiento de derechos de los niños, niñas y adolescentes, son los defensores de familia, comisario de familia y los inspectores de policía.

Igualmente, se debe tener claro que las únicas autoridades administrativas que se encuentran a cargo del ICBF son los defensores de familia, razón por la cual, no puede endilgarse esta responsabilidad únicamente al ICBF, dado que ni las comisarías de familia, ni las inspecciones de policía se encuentran a cargo de esta entidad.

Por otro lado, se debe tener en cuenta que una vez el ICBF tiene conocimiento de presuntas situaciones de amenaza o vulneración de derechos a un niño, niña o adolescente por parte de cualquier persona, el conducto regular es la asignación de un defensor de familia, quien deberá ordenar al equipo técnico interdisciplinario de la defensoría de familia conformado por profesionales del área de trabajo social, psicología y nutrición, realizar una verificación de garantía de derechos al menor de edad⁶⁰, en los términos descritos en el artículo 52 del Código de la Infancia y la Adolescencia, la cual se deberá realizar de manera inmediata, salvo cuando el niño, la niña o adolescente no se encuentre ante la autoridad administrativa competente, evento en el cual, la verificación de derechos se realizará en el menor tiempo posible, el cual no podrá exceder de diez (10) días siguientes al conocimiento de la situación.

Con el resultado de esta verificación de derechos, la autoridad administrativa determinará la necesidad o no de dar apertura a un PARD y dentro de este ordenar las medidas de

⁶⁰ Consiste en la verificación metódica que realiza el equipo técnico interdisciplinario, de las circunstancias particulares en las que se encuentra el menor de edad, con el fin de determinar si existe una real amenaza o vulneración de sus derechos⁶⁰. La verificación de derechos se realiza una vez la autoridad administrativa correspondiente emite auto de trámite en el que ordena adelantar las valoraciones y verificaciones consagradas en el artículo 52 de la Ley 1098 de 2006, modificado por el artículo 1º de la Ley 1878 de 2018.

restablecimiento⁶¹ más convenientes de acuerdo con la particularidad de cada caso, o adelantar las acciones a que haya lugar según la situación específica.

Al respecto, es importante señalar que en el marco del proceso será la autoridad administrativa junto con el equipo técnico interdisciplinario quienes determinen, de acuerdo con las circunstancias particulares de cada caso, cuál va a ser el proceso de atención que se va a desarrollar dentro del PARD.

Con lo anterior, no se identifica la necesidad de incluir en este acápite una norma que regule la atención de los niños, niñas y adolescentes con sus derechos presuntamente amenazados o vulnerados, dado que el Código de la Infancia y la Adolescencia ya cuenta con un trámite establecido para estas situaciones.

3.6 Texto del artículo analizado

- **“Artículo 1853.** *La persona en situación de discapacidad tendrá un personal de apoyo encargado de asistir a aquella en la comprensión de los actos que pretende realizar, facilitar su expresión de voluntad y preferencias, y representarla en los casos excepcionales que indique la ley. Son directrices para el ejercicio de este cargo:*
 1. *El personal de apoyo deberá respetar las decisiones y preferencias de la persona con discapacidad, como garantía de su autodeterminación y ejercicio del derecho
A equivocarse;*
 2. *La intervención del personal de apoyo es necesaria para los negocios jurídicos Indicados por el juez o por la persona con discapacidad en el acto de designación, so pena de que el negocio sea anulable;*
 3. *El personal de apoyo debe actuar con diligencia, privilegiando los intereses de la persona con discapacidad y en condiciones de confidencialidad; y Para la designación judicial de personal de apoyo se tendrá en consideración la relación de confianza entre la persona con discapacidad y el designado.”*

Observaciones al artículo

⁶¹ **Artículo 53. Medidas de restablecimiento de derechos.** Son medidas de restablecimiento de los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes las que a continuación se señalan. Para el restablecimiento de los derechos establecidos en este código, la autoridad competente tomará alguna o varias de las siguientes medidas:

1. Amonestación con asistencia obligatoria a curso pedagógico.
2. Retiro inmediato del niño, niña o adolescente de la actividad que amenace o vulnere sus derechos o de las actividades ilícitas en que se pueda encontrar y ubicación en un programa de atención especializada para el restablecimiento del derecho vulnerado.
3. Ubicación inmediata en medio familiar.
4. Ubicación en centros de emergencia para los casos en que no procede la ubicación en los hogares de paso.
5. La adopción.
6. Además de las anteriores, se aplicarán las consagradas en otras disposiciones legales, o cualquier otra que garantice la protección integral de los niños, las niñas y los adolescentes.
7. Promover las acciones policivas, administrativas o judiciales a que haya lugar.

PARÁGRAFO 1o. La autoridad competente deberá asegurar que en todas las medidas provisionales o definitivas de restablecimiento de derechos que se decreten, se garantice el acompañamiento a la familia del niño, niña o adolescente que lo requiera.

PARÁGRAFO 2o. En el caso de niños, niñas y adolescentes víctimas de desastres naturales u otras situaciones de emergencia, las autoridades tomarán cualquiera de las medidas establecidas en este artículo y las demás que indiquen las autoridades encargadas de la atención de los desastres para la protección de sus derechos.

En primer lugar, se insiste en que el término que se recomienda usar en este artículo es “personas con discapacidad” y no “en situación de discapacidad”, lo anterior en observancia del contemplado en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

Respecto al contenido de este artículo, es necesario indicar que este procedimiento se encuentra enmarcado en la ley 1996 de 2019, que en su artículo 1, establece: **“OBJETO.** *La presente ley tiene por objeto establecer medidas específicas para la garantía del derecho a la capacidad legal plena de las personas con discapacidad, mayores de edad, y al acceso a los apoyos que puedan requerirse para el ejercicio de la misma.* (lo Subrayado no es en el texto)

Así, con la entrada en vigencia de la mencionada norma, se presume la capacidad legal de todas las personas mayores de edad sin distinción y en ningún caso la existencia de la discapacidad podrá ser motivo para restringir el ejercicio de sus derechos.

Por otro lado, es necesario indicar que la valoración de los apoyos aún no se encuentra reglamentada, en cuanto al lineamiento y protocolo de atención, pese a lo indicado en el artículo 12⁶² de la Ley 1996 de 2019.

3.7. Texto del artículo analizado:

- **“Artículo 1854.** *Se entiende por administrador la entidad fiduciaria encargada judicial o testamentariamente de la administración de los bienes productivos del que está por nacer, de los niños, niñas o adolescente, o de la persona con discapacidad absolutamente imposibilitada de comunicarse o manifestar sus preferencias.”*

Observaciones al artículo

El artículo 95 de la Ley 1306 de 2009, señala:

“ARTÍCULO 95. ADMINISTRACIÓN FIDUCIARIA. *Los bienes de pupilos que deban ser entregados en administración fiduciaria constituirán un patrimonio autónomo sometido a las reglas del derecho comercial sobre fiducia mercantil.*

El curador del pupilo o el mismo inhábil con el consentimiento de su consejero, celebrará los actos de enajenación y hará la tradición y entrega a la fiduciaria de los bienes con las formalidades establecidas por la ley; pero el Juez, de oficio o por solicitud de cualquiera de los que deben pedir la curaduría, podrá hacer tales actos, cuando el curador se demore y de ello puedan derivarse perjuicios al patrimonio del pupilo. Esta última regla no se aplicará en el caso de inhábiles.

⁶² **ARTICULO 12 LINEAMIENTOS Y PROTOCOLOS PARA LA REALIZACIÓN DE VALORACIÓN DE APOYOS.** El Gobierno nacional, a través del ente rector del Sistema Nacional de Discapacidad, en un plazo no superior a un (1) año contado a partir de la promulgación de la presente ley, y previo concepto del Consejo Nacional de Discapacidad, expedirá los lineamientos y el protocolo nacional para la realización de la valoración de apoyos, referida en el artículo 11, los cuales deben actualizarse periódicamente. Adicionalmente, aprobará y ejecutará un plan de capacitación sobre los mismos, previo concepto del Consejo Nacional de Discapacidad, dirigido a las entidades públicas encargadas de realizar valoraciones de apoyos

El Juez podrá embargar y secuestrar los bienes del pupilo, mientras se resuelven las oposiciones a la tradición de los bienes por parte de terceros o del guardador. Resueltas las objeciones procederá a hacer la entrega a quien corresponda.”

Con lo anterior, es claro que la legislación vigente ya contempla una figura para lo que se quiere regular, por lo que se considera que debe remitirse a esa norma para su tratamiento y alcance y no incluirla por medio de este artículo.

Igualmente, se reitera que, en todo lo relacionado al ejercicio de la capacidad de las personas mayores de edad con discapacidad, debe tenerse en cuenta lo establecido en la Ley 1996 de 2019.

3.8 Texto del artículo analizado:

- *“Artículo 1855. Habrá lugar al nombramiento de curador o administrador para la administración de los bienes del ausente. También se designará administrador a la herencia yacente, en cuyo trámite, si hubiere herederos extranjeros, el Cónsul del país de éstos podrá hacerse presente para pedir plazo, para la notificación y reclamación de la herencia, por parte de dichos asignatarios.”*

Observaciones al artículo

Frente a este artículo no se encuentran discrepancia y se considera esta ajustado a derecho.

3.9 Texto del artículo analizado

- *“Artículo 1856. Para asumir el cargo de curador, personal de apoyo o administrador deberá inscribirse la designación en el registro del estado civil. Su responsabilidad será hasta por culpa leve y responderán solidariamente en la administración conjunta que hagan.”*

Observaciones al artículo

Al respecto es importante señalar en este artículo, involuciona la presunción del ejercicio de la capacidad legal establecida en la ya señalada Ley 1996 de 2019, en la que se derogó este requisito, así las cosas, se insiste en que con la entrada en vigencia de la mencionada norma, se establece la capacidad legal para todas las personas mayores de edad, por lo que se creó la figura de los apoyos.

Así las cosas, se considera necesario que se haga claridad frente a las personas mayores de edad, pues el artículo no distingue entre estos y los niños, niñas y adolescentes.

3.9 Texto del artículo analizado

- *“Artículo 1857. Los mayores adultos, esto es, los mayores de sesenta años de edad, o de aquella edad que se establezca conforme a las normas especiales, gozan de especial protección conforme a las declaraciones internacionales vigentes en Colombia.*

El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar o la autoridad administrativa que haga sus veces adelantará los programas de protección del mayor adulto y proveerá el cuidado personal de aquellos que carezcan de lo necesario para su digno sustento y que sean inhábiles para el trabajo.”

Observaciones al artículo

Teniendo en cuenta que la misión del ICBF es “Promover el desarrollo y la protección integral de los niños, niñas y adolescentes, fortaleciendo las capacidades de las familias como entornos protectores y principales agentes de transformación social.”⁶³ y que las funciones de los defensores de familia establecidas en el artículo 82 del Código de la Infancia y la Adolescencia, se centran en la garantía, protección y restablecimiento de los niños, niñas y adolescentes, no es dable que a través de la norma que se pretende modificar se otorguen este tipo de funciones a los defensores de familia.

En ese sentido, es importante tener en cuenta que la Ley 1850 de 2017, “por medio de la cual se establecen medidas de protección al adulto mayor en Colombia, se modifican las Leyes 1251 de 2008, 1315 de 2009, 599 de 2000 y 1276 de 2009, se penaliza el maltrato intrafamiliar por abandono y se dictan otras disposiciones”, en su artículo 2 adiciona el artículo 34 A, a la Ley 1251 de 2008, en el que dispuso lo siguiente:

“ARTÍCULO 9o. Adiciónase un artículo 34A a la Ley 1251 de 2008, el cual quedará así:

Artículo 34A. Derecho a los alimentos. Las personas adultas mayores tienen derecho a los alimentos y demás medios para su mantenimiento físico, psicológico, espiritual, moral, cultural y social. Serán proporcionados por quienes se encuentran obligados de acuerdo con la ley y su capacidad económica.

Los alimentos comprenden lo imprescindible para la nutrición, habitación, vestuario, afiliación al sistema general de seguridad social en salud, recreación y cultura, participación y, en general, todo lo que es necesario para el soporte emocional y la vida autónoma y digna de las personas adultas mayores.

En virtud de lo anterior, corresponderá a los Comisarios de Familia respecto de las personas adultas mayores, en caso de no lograr la conciliación, fijar cuota provisional de alimentos.

Cumplido este procedimiento el Comisario de Familia deberá remitir el expediente a la Defensoría de Familia del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, para que presente en nombre del adulto mayor la demanda de alimentos ante el Juez competente.”

Así pues, es claro que el defensor de familia tiene la responsabilidad de presentar ante instancia judicial las demandas de alimentos en favor de los adultos mayores que lo requieran para el cumplimiento de sus derechos, pero ello no quiere decir que sea el competente para adelantar todas las acciones a que haya lugar para la salvaguarda de los derechos de esta población, haciendo las veces las comisaría de familia, quienes conforme el artículo 83 del Código de la Infancia y la Adolescencia, tiene la responsabilidad de “prevenir, garantizar, restablecer y reparar los derechos de los miembros de la familia conculcados por situaciones de violencia intrafamiliar y las demás establecidas por la ley.”, circunstancia que cobija la garantía y protección de los derechos de los adultos mayores.

Ahora bien, teniendo en cuenta la especial protección que debe procurar el Estado para la población adulta mayor, el artículo 14 de la Ley 1850 de 2017, señala:

“ARTÍCULO 14. REDES DE APOYO COMUNITARIO A LAS PERSONAS DE LA TERCERA EDAD. El Estado, en cabeza del Ministerio de Salud y Protección Social y las Secretarías Municipales de Desarrollo Social, o quienes hagan sus veces, con la participación de las Personerías, la Defensoría del Pueblo, las IPS-S y la Policía Nacional, impulsarán la creación de Redes Sociales de Apoyo Comunitario a las personas de la tercera edad, con el fin de generar y operar canales de comunicación que brinden la posibilidad de activar alertas tempranas y efectivas para la atención oportuna,

⁶³ Visto en: <https://www.icbf.gov.co/mision-y-vision#:~:text=Promover%20el%20desarrollo%20y%20la,principales%20agentes%20de%20transformaci%C3%B3n%20social.>

ante la ocurrencia de eventos de abandono, descuido, violencia intrafamiliar y hechos similares que pongan en riesgo la integridad física o moral de algún adulto mayor.”

Por lo anterior, las mencionadas entidades tienen la obligación legal de atender las necesidades de los mayores adultos, procurando su atención oportuna ante situaciones de abandono, descuido, violencia intrafamiliar y cualquier hecho que ponga en peligro la integridad de esta franja poblacional.

De lo expuesto, se concluye que si bien es cierto el ICBF tiene una responsabilidad legal frente a la solicitud de alimentos que realice esta población, a través de los defensores de familia, la atención frente a la vulneración de sus derechos comprende todo un sistema estatal, donde hacen parte entes territoriales, departamentales, municipales, secretarías de salud, y demás, en cabeza del gobierno nacional, el cual es el encargado de implementar las acciones y políticas públicas para su atención.

Conclusiones generales del conjunto de artículos estudiados

Inicialmente, se recomienda revisar el uso del lenguaje utilizado en el Proyecto de Ley para referirse a niños, niñas y adolescentes y a personas con discapacidad, esto, con el fin de evitar expresiones que puedan resultar peyorativas y lesivas.

Adicionalmente, se considera que muchos de los aspectos que están regulados en este acápite del Proyecto de Ley no moderniza la regulación normativa actual, teniendo en cuenta que ya se encuentran contenidos en otras normas como el Código de la Infancia y la Adolescencia y la Ley 1996 de 2019, entre otras, normas que se encuentran en concordancia con los convenios sobre derechos ratificados por Colombia.

No obstante, se sugiere analizar la necesidad de mantener estas disposiciones, y en todo caso, estudiar su concordancia con la normativa vigente que, se reitera, esta en consonancia con las convenciones sobre derechos que integran el Bloque de Constitucionalidad, lo anterior para evitar retrocesos y confusiones que afecten los derechos de los niños, niñas y adolescentes y/o de las personas con discapacidad.

LA SUCESIÓN EN LA PROPUESTA DE “REFORMA DEL CÓDIGO CIVIL Y SU UNIFICACIÓN EN OBLIGACIONES Y CONTRATOS CON EL CÓDIGO DE COMERCIO”

Clara Carolina Cardozo Roa

Introducción

La sucesión es una de las instituciones más complejas del derecho civil, en la medida en que, cuando esta se abre se sintetizan tanto las relaciones familiares como patrimoniales que una persona natural ha establecido a lo largo de su vida. Es por ello por lo que, las antinomias y lagunas que se presenten en la regulación de la persona, familia, bienes, obligaciones y contratos, necesariamente repercutirán en el régimen sucesoral. Luego, a las reflexiones que se harán a continuación, que se referirán específicamente a las normas del libro sexto del proyecto en estudio, deben sumarse aquellas que se han hecho acerca de los libros anteriores y que generan inseguridad jurídica frente a la conformación de la familia y al ejercicio de los derechos de propiedad y autonomía privada de la voluntad.

Ahora bien, para estudiar el tema referente a las sucesiones, este ensayo se dividirá en dos partes: la primera al balance entre la solidaridad familiar y la libertad testamentaria y la segunda destinada a la comprensión en general de las sucesiones en el proyecto. Para concluir que si bien el proyecto presenta algunas novedades que podrían ser de interesante incorporación en el ordenamiento jurídico, el grueso de la regulación no realiza un verdadero aporte y sí rompe con la tradición jurídica colombiana en la materia.

1. Balance entre la solidaridad familiar y la libertad testamentaria.

El derecho sucesoral colombiano, como lo ha reconocido la Corte Constitucional, corresponde al modelo legal familiar, es decir, es un sistema en el que se reconoce que la primera destinataria de los bienes del causante es su familia más cercana y para ello, se ha estructurado un sistema armónico de asignaciones forzosas que limitan la voluntad testamentaria. No obstante, este sistema no llega hasta el punto de anular esa libertad, sino que reconoce espacios en los cuales la ley simplemente suple los vacíos en la voluntad del testador y, además, le permite en vida realizar una amplia disposición de sus derechos patrimoniales.

Así, atendiendo las modificaciones introducidas al régimen en el año 2018, en el primer y segundo orden sucesoral, el testador goza de una libertad testamentaria hasta del 50% de los bienes que integran la masa, además solo en estos dos órdenes sucesorales se va a presentar lo que se conoce como la colación, es decir, la acumulación imaginaria al acervo líquido sucesoral de aquellas donaciones que efectuó el testador a no legitimarios⁶⁴. La finalidad de la colación consiste en evitar

⁶⁴ Se recuerda que en la Ley 1934 de 2018, se eliminaron las acumulaciones del primer acervo imaginario al derogar el art. 1243 del Código Civil.

que vía donaciones se desconozcan los derechos de los titulares de asignaciones forzosas, de manera tal que, si ven disminuida la porción de lo que por ley les corresponda, puedan exigir la restitución de lo excesivamente donado.

En el proyecto objeto de análisis se dispone que la colación debe presentarse en todos los órdenes sucesorales, así no haya legitimarios, tal y como lo dispone el art. 1963, al decir: “Cuando no hubiere legitimarios se acumularían las donaciones hechas a los herederos abintestato, salvo disposición en contrario del donante”. Lo que rompe la armonía del sistema, porque ¿para qué se colaciona si no hay legitimarios? La única respuesta posible es, para garantizar los derechos de los herederos *abintestato*, así no sean legitimarios, es decir, básicamente se protege a los bisnietos, bisabuelos, hermanos, sobrinos y el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar. Ahora bien, si solo hay bisnietos, bisabuelos, hermanos, sobrinos o ICBF, ¿cuál es el porcentaje de legítima que debe respetarse? Las dos posibles respuestas son:

- a. Como no hay legitimarios, el 100% es de libre disposición. Pero esta interpretación deja sin efectos el apartado transcrito del art. 1963, ¿Para qué se colaciona si no existe la posibilidad de desconocer derechos consagrados en normas imperativas?
- b. Como no hay legitimarios, los derechos que deben respetarse son los que les corresponderían a los herederos en la sucesión intestada. Si esto ocurriera, la conclusión es que como los hermanos, sobrinos y el ICBF pueden heredar hasta el 100%, luego, todas las donaciones hechas en vida del causante deberían ser restituidas.

Si los bisnietos, bisabuelos, hermanos o sobrinos reclaman, podría pensarse que el fundamento es el deber de solidaridad al interior de la familia; pero si es el ICBF, ¿acaso no se estarían violando los derechos a la autonomía privada de la voluntad del causante y de la propiedad de los donatarios?

Otra disposición que disminuye la libertad testamentaria de manera notoria es la contenida en el artículo 1979, en el que se prevé que no falta el asignatario si es representado por sus hijos. Esto se entiende respecto de la legítima en el primer orden, pero no tiene ningún sentido respecto de la libre disposición, ni del tercer orden sucesoral. En estos casos, debería prevalecer la sustitución que obedece a la voluntad del testador y no a una imposición de la norma jurídica.

2. Otros aspectos puntuales del régimen propuesto

La propuesta de libro VI, titulado “Sucesión por causa de muerte”, presenta dificultades de comprensión en la medida en que introduce cambios en la normativa que, ante la ausencia de una exposición de motivos, no causan más que perplejidad y dificultad en su comprensión. Así, por ejemplo, no se comprende el cambio en el tratamiento del cónyuge o compañero permanente en la propuesta.

En el régimen vigente, la situación del cónyuge o compañero permanente está equilibrada en la medida en que se diferencian sus derechos dependiendo de los diferentes órdenes y, se le concede la facultad de optar, de manera libre y voluntaria, por la porción conyugal o por los gananciales más los derechos sucesorales que le correspondan según el orden. Gracias a este sistema se reconoce que, el causante preferirá que sus bienes pasen en primer lugar a sus descendientes, antes que a su pareja y ya, a partir del segundo orden, se reconoce que el cónyuge o compañero permanente puede gozar del derecho de herencia. Lo cual, a voluntad del testador en cualquier orden, podría verse complementado a través de una asignación con cargo a la libre disposición.

En la propuesta de código se observa que se modifica el sistema, eliminando la porción conyugal y en su lugar, imponiéndole el carácter de legitimario concurrente en los tres primeros órdenes sucesorales, incluyendo el de los descendientes. Este cambio carece de justificación, no existe una

razón de conveniencia, constitucionalidad, etc., que haga razonable la supresión de la porción conyugal, que, sí presenta una teleología clara que es proteger al cónyuge o compañero permanente del causante cuando carece de los bienes necesarios para su congrua subsistencia y permitiéndole optar por esta o por los gananciales más lo que según el orden y el testamento le correspondiera. Por otra parte, en el primer orden se desconoce que el causante prefiere que la totalidad de sus bienes pasen a sus hijos y no que una parte de aquellos le correspondan al cónyuge o compañero permanente.

Frente a este punto, se considera prudente anotar que, si bien se trata de regular un problema que actualmente presenta el sistema sucesoral, que es: ¿Qué derechos les corresponden al cónyuge y al compañero permanente cuando los dos solicitan su reconocimiento en la sucesión?, pero, lo cierto es que el artículo 1919 del proyecto, es poco claro en su redacción y les reconoce derechos en detrimento de los demás miembros de la familia, incluyendo los descendientes.

También, se observan propuestas de normas que no reconocen los avances legales y jurisprudenciales en materia sucesoral, así ocurre con la indignidad sucesoral y con la tensión entre la libertad testamentaria del testador y la libertad de conformar familia del asignatario. No tiene en cuenta los mecanismos tuitivos en favor de la niñez y la adolescencia incorporados en el Código de Infancia y Adolescencia en armonía con la Ley 1306 de 2009, en lo que tiene que ver con la aceptación y repudio de las asignaciones gratuitas y no interesadas. Así como tampoco los nuevos conceptos que introdujo la Ley 1996 de 2019, en materia de discapacidad mental.

Por lo demás, en aras de la modernización del sistema se pretenden acoger instituciones sin que exista una justificación clara ni análisis de sus efectos, como, por ejemplo, el afirmar que la masa sucesoral es un patrimonio autónomo, la creación de múltiples acuerdos presucesorales y sucesorales y establecer, como opción para el asignatario, la posibilidad de indecisión. Frente a lo primero, el Código solo se refiere al patrimonio autónomo en el apartado de fiducia mercantil, sin que exista una disposición en que se aclare para qué se incorpora este cambio en materia sucesoral, cuando está claro que los herederos son sus titulares como lo pregona el artículo 36 de la norma. En cuanto a lo segundo, se considera que frente a la amplia gama de acuerdos presucesorales y sucesorales hace falta un mecanismo de protección para quien los celebra y después es maltratado por su familia, como podría ser la revocatoria por ingratitud. En cuanto a la tercera opción para el asignatario, se observa que ya no solo acepta o repudia, sino que puede permanecer en la indecisión y a pesar de ello, se le nombrará un administrador, lo que genera inseguridad jurídica en los demás asignatarios, quienes no tendrán certeza acerca del número de personas que concurrirán a la partición y por otra parte, fomenta el oportunismo del asignatario, lo cual ha sido rechazado por el ordenamiento al establecer que el derecho de opción debe ser ejercido de manera pura y simple e indivisa.

Además, en el proyecto se observa que, como se ha dicho en otras partes, se sigue discriminando a la comunidad con discapacidad auditiva y visual al impedirle testar.

Finalmente, no podría cerrarse el presente escrito sin resaltar las instituciones que resultan novedosas y que podrían ser interesantes en el evento de una reforma del régimen sucesoral: La incorporación como causales de indignidad a los delitos en contra de la libertad sexual y el arbitraje como mecanismo de solución de conflictos para estas controversias.

Conclusiones

Con base en las anteriores reflexiones, se concluye la reforma propuesta al régimen sucesoral colombiano en los términos expresados en el Proyecto de Código Civil. En la medida en que no cumple con los propósitos de modernización y de clarificación del actual régimen. Todo lo

contrario, confunde las diferentes instituciones que se encuentran decantadas en el país y genera, en consecuencia, inseguridad jurídica frente a los derechos sucesorales.

Con esto, se hace un llamado a releer la propuesta y a articularla con los avances legales y jurisprudenciales que ha habido en nuestro derecho en los últimos años y, también a que se tenga en cuenta que el régimen de la sucesión intestada debe ser supletorio del de la testamentaria y que a los particulares se les debe garantizar la libertad de disponer de sus bienes después de la muerte sin establecer normas imperativas excesivas, como se observa con la colación y la protección de derechos al cónyuge o compañero permanente supérstite.

Comentarios a los artículos

1. Artículo 33. La sucesión de una persona se abre en su último domicilio. En caso de que existan bienes en otros países se preferirá la ley del lugar de la ubicación, si no hubiere acuerdo entre los asignatarios.

Artículo 1858. La sucesión en los bienes de una persona se abre al momento de su muerte en su último domicilio. La sucesión comprende los bienes muebles e inmuebles, las deudas y demás componentes que se encuentran o se han adquirido en territorio colombiano o en el exterior, sin perjuicio de los requerimientos posteriores que exija la ley extranjera para su ejecución. En caso de desacuerdo se aplicará de preferencia la ley de la ubicación de los inmuebles, respecto de estos. El régimen de impuestos en esta materia es independiente y separado del régimen sucesoral civil contemplado en el presente libro.

Observaciones al artículo:

En los artículos 33 y 1858 del Proyecto de Código se observa una reiteración del lugar de apertura de la sucesión y también de la regla de conflicto, la cual pretende ser aclarada en el art. 1858, pero genera una contradicción, porque en el 33 parece que se refiere al lugar de ubicación de cualquier bien, pero en el segundo lo restringe solo a los inmuebles.

En el 1858, además se observan imprecisiones en el lenguaje, al describir lo que forma parte de la masa sucesoral. Se refiere solo a bienes, sin contemplar otros derechos subjetivos respecto de los cuales, está claro que forman parte de esta. Sería mejor hacer referencia a los “derechos subjetivos patrimoniales y obligaciones susceptibles de ser transmitidos”.

2. Artículo 1864. El título es universal cuando se sucede al difunto en todo su patrimonio transmisibile, en una cuota del mismo, en un conjunto de bienes o en una universalidad de derechos. El título es singular cuando se sucede en uno o más objetos determinados. No obstante, la indicación de bienes determinados no excluye que el asignatario sea heredero, cuando resulte que el testador quiso asignar tales bienes como cuota herencial o dar reglas de partición entre sus herederos o asignatarios.

Observaciones al artículo:

Al definir “título universal” se dice que recae sobre un conjunto de bienes, se genera una distorsión en la regulación porque realmente son bienes de carácter singular, al ser bienes específicos que conforman un todo, como una biblioteca, etc. Esta distinción no es gratuita porque quien recibe una asignación universal debe también asumir una mayor responsabilidad por las obligaciones del causante.



3. Artículo 1865. *Son capaces de suceder por causa de muerte todos los nacidos en el momento de abrirse la sucesión. Los concebidos al tiempo de abrirse la sucesión, tienen capacidad para suceder, con la condición de que nazcan vivos. Salvo prueba en contrario, se presumirá concebido en ese momento quien nace dentro de los 300 días después de la muerte de la persona de cuya sucesión se trata. Pero si la herencia o legado se deja bajo condición suspensiva, será preciso existir en el momento de cumplirse la condición, dentro del término indicado por el testador y, en su defecto, en el de diez años. En caso de conmuriencia sucesoral, ninguno de los conmuriertes sucederá en los bienes del otro.*

Observaciones al artículo:

Presenta dos dificultades, no se entiende por qué incluyen los 300 días en el caso de los hijos póstumos. Debería remitirse al libro V, en lo que tiene que ver con la filiación para no incurrir en una repetición.

Además, en los diccionarios jurídicos se hace referencia a “conmoriencia” no “conmuriencia”, se alude a conmorientes no a conmuriertes.

4. Artículo 1868. *Es indigno de suceder al difunto como heredero o legatario:*

1. *El que voluntariamente ha dado muerte o intentado matar al causante, o intervenido en ella por obra o consejo, o le dejó perecer pudiendo salvarlo, excepto los casos de ausencia de responsabilidad penal e inimputabilidad.*
2. *El que cometió atentado grave contra la vida, el honor y los bienes del causante; y el que ha sido condenado por los delitos de violencia intrafamiliar y de violación sexual contra la persona del causante.*
3. *El consanguíneo dentro del sexto grado inclusive que en el estado de demencia o destitución de la persona de cuya sucesión se trata, no la socorrió pudiendo; o abandonó al causante que se encontraba en situación de discapacidad y no le prestó las atenciones necesarias. Y el que abandonó sin justa causa a la persona de cuya sucesión se trata, estando obligado a suministrarle alimentos, cuidado personal, hogar, sustento o asistencia médica, salvo perdón expreso efectuado en cualquier forma y después del conocimiento de los hechos; y el que abandonó sin justa causa y no prestó las atenciones necesarias al causante que se encontraba en discapacidad, teniendo condiciones idóneas para hacerlo.*
4. *El cónyuge que por su culpa haya dado lugar a la separación judicial de cuerpos o de separación de bienes o a una separación de hecho de más de dos años inmediatamente anteriores a la muerte; y el compañero o compañera permanente que por su culpa haya dado lugar a la terminación de la unión marital de hecho dentro de los dos años inmediatamente anteriores a la muerte.*
5. *El que por fuerza o dolo obtuvo participación en vida o alguna disposición testamentaria del difunto o le impidió testar.*
6. *El que dolosamente ha destruido, ocultado o alterado el testamento por el cual la sucesión hubiese sido regulada.*
7. *El que ha participado en un testamento falso o ha hecho, a sabiendas, uso de él.*
8. *El que a sabiendas de la incapacidad para recibir por testamento haya prometido al difunto recibir y pasarle a un incapaz bienes de la sucesión.*
9. *El que fue privado de la potestad parental que ejercía sobre el causante, a menos que hubiese sido rehabilitado.*
10. *La persona que hubiere administrado con culpa grave o dolo los bienes del hijo, quien además perderá el usufructo legal.*

Observaciones al artículo:

En este artículo no se tienen en cuenta las causales de indignidad establecidas en favor del adulto mayor en la ley 1893 de 2018.

En el numeral 2, no es apropiado hablar de violación sexual. Es preferible hablar de delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales.

En el numeral 3, no se debe hablar de estado de demencia sino de discapacidad mental, teniendo en cuenta el lenguaje inclusivo de la Corte Constitucional y la Ley 1996 de 2019.

En los numerales 6 y 7 parece que no se tiene en cuenta la intervención del notario en el testamento. Particularmente, surge la pregunta acerca del ocultamiento del testamento.

En el numeral 10, no se entiende la razón por la cual mencionan el usufructo legal de los padres, esto debería estar regulado solo en el libro V.

5. Artículo 1874. *La representación hereditaria tiene lugar en la sucesión intestada. También tiene lugar en la testamentaria cuando el testador no ha previsto la sustitución para el caso en que el instituido falte o no pueda o no quiera aceptar la asignación, y siempre que no se trate de legado de usufructo o de otro derecho de naturaleza personal.*

Observaciones al artículo:

Está mal redactado porque califica el usufructo de derecho personal.

6. Artículo 1880. *Los representantes legales y los de personas jurídicas podrán repudiar la asignación de sus representados solo con autorización del juez, la que se dará con conocimiento de causa.*

Observaciones al artículo:

Se considera inconveniente que no se discrimen las asignaciones entre las modales y las gratuitas para fines de repudio. Los representantes legales solo deberían poder repudiar las asignaciones modales, si son gratuitas debería existir el deber de aceptarlas.

7. Artículo 1882. *Si el heredero o legatario cuyos derechos a la sucesión no han prescrito fallece antes de haber aceptado o repudiado la herencia o legado que se le ha deferido, transmite a sus herederos el derecho de aceptar o repudiar dicha herencia o legado, aunque fallezca sin saber que se le ha deferido. No se puede ejercer este derecho sin aceptar la herencia de la persona que lo transmite. Si el heredero o legatario que aceptó la herencia o legado, muere antes de la partición, sus sucesores pueden reclamar para sí la herencia o legado que fueron aceptados por el causante inmediato. Las disposiciones de este artículo se aplican a la transferencia de gananciales.*

Observaciones al artículo:

Hay una impropiedad en el lenguaje. Se debe hablar de transmisión de los gananciales, en la medida en que en el artículo se hace referencia a causa de muerte.

8. Artículo 1884. *Todo asignatario será obligado en virtud de petición de cualquier interesado a declarar si acepta o repudia. Se mirará como repudiación el silencio del notificado judicialmente durante el término de veinte días, y, si fuere el caso, el de la prórroga concedida por igual término. Igual norma se aplicará al cónyuge o compañero permanente sobreviviente en relación con su derecho a los gananciales.*

Observaciones al artículo:

No es clara la norma, ¿se presume que hay una renuncia tácita a los gananciales? La teleología de los gananciales es diferente a los derechos sucesorales, los gananciales corresponde a la división de lo que los cónyuges o compañeros permanentes con su esfuerzo han producido durante el matrimonio o unión marital de hecho, por lo que la presunción ante la falta de respuesta al requerimiento debe ser otra, es decir, de aceptación.

9. Artículo 1889. Al asignatario, cónyuge o compañero permanente sobreviviente que no quiere aceptar o repudiar la herencia se le nombrará administrador de bienes que lo represente. Posesionado el administrador, el juez le comunicará al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar o a la entidad señalada por la ley dicha posesión y entregará a aquel los bienes relictos y los papeles de la sucesión, bajo inventario que ha de hacer él mismo, o por medio de comisionado respecto de los bienes situados en lugares distintos a aquél en que residiere. El Administrador procederá al pago de las deudas hereditarias y de los legados previa autorización del juez. Pasado un año, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar o la entidad señalada por la ley podrá solicitar que se le declare heredero a éste, sin perjuicio de las acciones de los interesados en la herencia.

Observaciones al artículo:

¿Esta es una tercera opción frente al requerimiento para aceptar o repudiar la asignación? Es decir, se está afirmando que una persona requerida se puede mantener en la indefinición. No está clara la motivación o la conveniencia de esta tercera alternativa.

Es preferible mantener el administrador únicamente para los casos en que el asignatario no pueda ser notificado personalmente o por aviso, como está regulado en el Código Civil y en el Código General del Proceso.

10. Artículo 1893. La responsabilidad del heredero por las obligaciones hereditarias o testamentarias se limita hasta concurrencia del valor de los bienes que reciba.

Observaciones al artículo:

Se debe analizar la conveniencia de universalizar la aplicación de lo que se conoce actualmente como el beneficio de inventario. Se debe mantener como una opción del heredero el decidir si quiere o no asumir la responsabilidad por todos los pasivos del causante.

En la norma prevista, falta aclarar qué pasa si el heredero hace pago total de las obligaciones, si tiene o no la posibilidad de repetir lo pagado.

11. Artículo 1898. La herencia tiene la protección de la ley desde la apertura de la sucesión. Desde la iniciación del procedimiento notarial sucesoral o del proceso de sucesión podrá solicitarse la anotación de la muerte del causante y de los asignatarios reconocidos en el registro de inmuebles en relación con los que aparezcan a nombre del causante. Igualmente, podrá decretarse la anotación para otros bienes para los cuales existen registros especiales.

Artículo 1900. Sin perjuicio de la responsabilidad que les asiste a los herederos y al cónyuge o compañero permanente sobreviviente, la herencia, como patrimonio autónomo, deberá separarse de la masa de gananciales derivada de la sociedad conyugal o patrimonial disuelta, y de los patrimonios personales de aquellos. En aquel caso, se tendrá en cuenta lo dispuesto en el artículo 1699. Dicha separación se extiende a los demás patrimonios con los cuales pueda confundirse.

Artículo 1907. La representación judicial y extrajudicial de la sucesión y de la masa ilíquida de gananciales, corresponde en el primer caso a los herederos y, en el segundo, a éstos con el cónyuge o compañero sobreviviente. La representación legal de la herencia o de la



sucesión ilíquida corresponde a cualquiera de los herederos cuando se pretenda promover en favor de aquellas acciones transmisible del causante u originarias después de su muerte, y corresponde conjuntamente a todos los herederos reconocidos, conocidos e indeterminados, cuando dichas acciones sean promovidas en su contra. La representación legal de la masa indivisa de gananciales corresponde al cónyuge o compañero permanente sobreviviente o a cualquiera de los herederos, cuando se pretenda promover una acción social derivativa u originaria en favor de la sociedad conyugal o patrimonial ilíquida, y corresponde conjuntamente al cónyuge o compañero y a todos los herederos reconocidos, conocidos e indeterminados, cuando tal acción sea promovida en su contra. El administrador de la herencia ilíquida y, si fuere el caso, de la sociedad conyugal o patrimonial ilíquida, también obra como representante legal de una u otra en la enajenación de los bienes autorizados por la ley, convenio unánime o decisión judicial.

Artículo 2058. *Cada asignatario, en relación con los bienes que se le adjudiquen, es sucesor inmediato de los otros coasignatarios y sucesor mediato del causante.*

Observaciones:

¿Cuál es el propósito de calificar a la herencia como un patrimonio autónomo?, ¿Se asume la tesis objetiva del patrimonio?, ¿es decir que, el patrimonio deja de ser un atributo de la personalidad?

Todo parece indicar que se sigue sosteniendo que el patrimonio es un atributo de la personalidad. De hecho, las únicas normas que pretenden regular el patrimonio desde la tesis objetiva son las que se refieren a fiducia y la calificación de la herencia como patrimonio autónomo. No se hace referencia a la posibilidad de fragmentar el patrimonio o de afectarlo a una finalidad determinada.

Además, no se establece un efecto a que la herencia sea calificada como patrimonio autónomo. Especialmente si se tiene en cuenta que los herederos sí tienen un derecho sobre el mismo (art. 36 del proyecto) y, además, son sus administradores, como lo establece el artículo 1907.

Finalmente, el calificar de patrimonio autónomo la herencia se contradice con el art. 2058, en el que claramente se establece que los coasignatarios son titulares de la masa.

12. Artículo 1909. *El heredero puede pedir el reconocimiento de su calidad hereditaria contra quien quiera que posea todos o parte de los bienes hereditarios a título de heredero o sin título alguno, a fin de obtener la restitución de dichos bienes o, que posea la parte o cuota que se pretenda, a fin de que se haga efectiva extrajudicialmente o en el proceso de sucesión correspondiente que se abra o se reabra posteriormente. Igualmente puede demandarse a los causababientes del poseedor. Se extiende la demanda no solo a los bienes que al tiempo de la muerte pertenecían al difunto, sino a los aumentos que posteriormente hayan tenido. La reclamación hereditaria o legataria podrá hacerse mientras otro no haya adquirido el derecho de herencia o de legado por prescripción adquisitiva de diez años. Quedan a salvo los derechos constituidos a título oneroso a favor de terceros que hayan obrado con buena fe exenta de toda culpa. Lo dispuesto en este artículo se entiende sin perjuicio de la prescripción adquisitiva del dominio de las cosas singulares por terceros, o por herederos poseedores exclusivos de conformidad con lo dispuesto en este Código.*

Observaciones al artículo:

Tiene una impropiedad en el lenguaje al poderse intentar la acción de petición de herencia en contra de una persona que no tenga el título de heredero. ¿Quién más podría pretender la titularidad del derecho universal, si no es un heredero?

Si los poseedores se demandan a través de la acción reivindicatoria, ¿quiénes son los otros sin título?, ¿los meros tenedores pueden tener un derecho universal?, ¿los meros tenedores, no bastaría la acción de restitución de tenencia?

13. 1. Primer orden hereditario Artículo 1915. *Los hijos matrimoniales, los extramatrimoniales y los adoptivos integran el primer orden hereditario. La herencia se reparte entre unos y otros por partes iguales. Si todos los hijos faltan la herencia les corresponde por partes iguales a los nietos. Si todos los nietos faltan, la herencia les corresponde a los bisnietos por partes iguales. El cónyuge sobreviviente recibirá como cuota hereditaria en este orden, la de uno de los hijos y en concurrencia con los nietos o con los bisnietos recibirá la mitad, sea que conviva o esté separado legalmente de cuerpos o de hecho con el difunto. El divorciado y el cónyuge cuyo matrimonio cesó en sus efectos civiles no tendrán derecho hereditario alguno.*

2. Segundo orden hereditario

Artículo 1916. A falta de hijos, nietos y bisnietos corresponde la herencia a los padres matrimoniales o extramatrimoniales, quienes partirán la herencia entre sí por partes iguales. A falta de padres, tendrán derecho a recoger la herencia los abuelos, y, a falta de éstos, los bisabuelos, por partes iguales.

En la sucesión del adoptivo en forma plena, el adoptante excluye a los ascendientes de sangre. En la sucesión del adoptivo en forma simple, el adoptante recibirá como cuota la misma que haya de corresponder a uno de los padres de sangre. El cónyuge sobreviviente recibirá como cuota hereditaria en este orden la que corresponda a uno de los padres; en concurrencia con los abuelos o con los bisabuelos recibirá la mitad de la herencia.

3. Tercer orden hereditario

Artículo 1917. A falta de hijos, nietos, bisnietos, padres, abuelos y bisabuelos corresponde la herencia a los hermanos y al cónyuge sobreviviente. La mitad corresponde a los primeros y la otra mitad al cónyuge. Si solo hubiere hermanos éstos recibirán toda la herencia. Lo mismo se aplica si solo hubiere cónyuge sobreviviente. Si todos los hermanos faltan, la cuota de éstos se repartirá entre los sobrinos por partes iguales. Habiendo solo sobrinos, estos recogerán toda la herencia.

Artículo 1947. Son legitimarios: 1. Los hijos matrimoniales, extramatrimoniales y adoptivos, personalmente, o representados por sus respectivos hijos y a falta de éstos los nietos. 2. Los padres matrimoniales, extramatrimoniales y adoptantes y a falta de éstos los abuelos.

3. El cónyuge y el compañero o compañera permanente sobreviviente, sin perjuicio de sus derechos en la sociedad correspondiente.

Artículo 1950. El cónyuge sobreviviente recibirá una porción hereditaria de legítima que se determina así: 1. Si concurre con legitimarios del primero y segundo orden hereditario, le corresponde la legítima rigurosa de uno de los hijos o padres; y el cincuenta por ciento (50%) de la mitad legítimaria, cuando concurre con nietos, bisnietos, abuelos o bisabuelos. 2. En los demás órdenes hereditarios recibirá la cuarta parte de la herencia.

Parágrafo. A falta de cónyuge sobreviviente, la mencionada legítima corresponderá a la compañera o compañero sobreviviente con el cual el causante hubiese convivido los dos últimos años antes de su muerte, siempre que la unión marital de hecho se hubiere reconocido voluntaria o judicialmente conforme a la ley. Si el compañero o compañera permanente concurre con el cónyuge y los hijos o padres del difunto, su legítima será igual a la cuota de éstos; si concurre con el cónyuge, los nietos, los bisnietos o los abuelos y los bisabuelos del causante, el cincuenta por ciento (50%) de la mitad legítima será para el cónyuge y el compañero por partes iguales; y si concurre con el cónyuge en los demás órdenes, la legítima conyugal o marital se distribuirá por partes iguales entre éstos.

Artículo 1951. Tendrá derecho a la legítima aún el cónyuge separado de cuerpos y el compañero permanente cuya separación no se ha tornado definitiva, a menos que se haya hecho indigno conforme al numeral 4 del artículo 1868.

Observaciones:

A través de las anteriores disposiciones se está convirtiendo al cónyuge en heredero concurrente en los dos primeros órdenes sucesorales y en el tercero como tipo. Además, se le está asignando la calidad de legitimario. Se suprime la figura de la porción conyugal como una opción para el cónyuge o compañero permanente, de manera tal que, además de su derecho a gananciales, tienen derecho a una legítima.

¿Cuál es la razón de incluirlo como legitimario en el primer orden sucesoral?, ¿solo lo es la supresión de la porción conyugal y de su vinculación con la necesidad del alimentario?, ¿por qué se le van a dar los dos conceptos gananciales y herencia?, ¿cuál es la racionalidad de la disposición?

14. Artículo 1919. *El compañero o la compañera permanente del difunto con quien hubiere convivido en unión marital de hecho durante los dos últimos años anteriores a su muerte, y que hubiere sido reconocida voluntaria o judicialmente conforme a la ley, tendrá los siguientes derechos: En los dos primeros órdenes hereditarios, recibirá igual cuota a la que se le asigna al cónyuge, así: A falta de cónyuge supérstite, al compañero sobreviviente le corresponde la cuota que a éste se le asigna. En concurrencia del compañero sobreviviente con el cónyuge supérstite y los hijos o los padres del difunto, a aquel le corresponde una cuota igual a la de uno de estos. En concurrencia del compañero o compañera sobreviviente con el cónyuge y con los nietos, bisnietos, abuelos o bisabuelos del causante, a cada pareja del causante y a los demás le corresponde una tercera parte. En el tercer orden hereditario recibirá una tercera parte si el compañero sobreviviente concurre con los hermanos y el cónyuge supérstite del difunto; y la mitad si solo concurre con el cónyuge supérstite o solo con los hermanos o los sobrinos. A falta de cónyuge, hermanos y sobrinos del causante, al compañero permanente sobreviviente le corresponderá toda la herencia.*

Artículo 1920. La cuota de la pareja del causante antes mencionada será una sola: la cuota conyugal para el cónyuge o la cuota marital para el compañero sobreviviente. Serán dos cuotas, de los hijos o de los padres, una conyugal y otra marital, en los términos indicados en el artículo anterior, en caso de concurrencia de cónyuge y compañero permanente sobreviviente. Si concurren varios cónyuges y/o varios compañeros permanentes de buena fe, determinada al momento del establecimiento de la relación conyugal o marital efectiva, la cuota conyugal y/o marital respectiva se repartirá entre ellos por partes iguales.



Artículo 1950. El cónyuge sobreviviente recibirá una porción hereditaria de legítima que se determina así: 1. Si concurriere con legitimarios del primero y segundo orden hereditario, le corresponde la legítima rigurosa de uno de los hijos o padres; y el cincuenta por ciento (50%) de la mitad legitimaria, cuando concurre con nietos, bisnietos, abuelos o bisabuelos. 2. En los demás órdenes hereditarios recibirá la cuarta parte de la herencia.

Parágrafo. A falta de cónyuge sobreviviente, la mencionada legítima corresponderá a la compañera o compañero sobreviviente con el cual el causante hubiese convivido los dos últimos años antes de su muerte, siempre que la unión marital de hecho se hubiere reconocido voluntaria o judicialmente conforme a la ley. Si el compañero o compañera permanente concurre con el cónyuge y los hijos o padres del difunto, su legítima será igual a la cuota de éstos; si concurre con el cónyuge, los nietos, los bisnietos o los abuelos y los bisabuelos del causante, el cincuenta por ciento (50%) de la mitad legítima será para el cónyuge y el compañero por partes iguales; y si concurre con el cónyuge en los demás órdenes, la legítima conyugal o marital se distribuirá por partes iguales entre éstos.

Artículo 1951. Tendrá derecho a la legítima aún el cónyuge separado de cuerpos y el compañero permanente cuya separación no se ha tornado definitiva, a menos que se haya hecho indigno conforme al numeral 4 del artículo 1868.

Observaciones al artículo:

La fórmula establecida para determinar los derechos de los compañeros permanentes es bastante confusa en su redacción. Podría simplemente decirse que a falta de cónyuge tendrá sus derechos el compañero permanente y en caso de concurrir cónyuge y compañero permanente sus derechos se dividirán por mitad.

12. Artículo 1925. Son incapaces de testar: 1. Los menores de 18 años; 2. Las personas en situación de discapacidad que por afectación de sus facultades mentales le imposibiliten absoluta y permanentemente otorgar testamento, y las que de palabra, por escrito u otro medio no pudieren expresar su voluntad claramente. 3. Los que al momento de testar estuvieren afectados en sus facultades mentales por cualquiera causa; La declaración de nulidad del testamento por incapacidad, podrá pedirse en vida del testador, por cualquier interesado.

Artículo 1934. El ciego y el que no sepa leer y escribir solo podrán testar nuncupativamente. Su testamento será leído en voz alta dos veces, la primera por el notario y la segunda por uno de los testigos, elegido al efecto por el testador. Se hará mención especial de esta solemnidad en el testamento. También podrán testar en esta forma el mudo, el sordo y el sordomudo que a pesar de no saber leer y escribir, puede darse a entender claramente mediante intérprete, de lo cual se dejará constancia en el testamento.

Artículo 1938. Cuando el testador no pudiere entender o ser entendido de viva voz u otro medio de expresión, directamente o por conducto de un intérprete, solo podrá otorgar testamento cerrado. El testador escribirá de su letra, sobre la cubierta, la palabra testamento o la equivalente en el idioma que prefiera, y hará del mismo modo su identificación, expresando, a lo menos, su nombre, apellido y domicilio y la nación a que pertenece; en lo demás, se observará lo prevenido en los artículos precedentes.

Observaciones al artículo:

Esta norma contradice lo dispuesto en la Ley 1996 de 2019 y mantiene la incapacidad de testar de las personas con discapacidad mental. Por otra parte, al reiterar que las personas con discapacidad visual solo pueden otorgar testamento abierto y las personas con discapacidad auditiva que no pueden hacerse entender, directamente o por conducto de un intérprete solo puedan otorgar testamento cerrado; excluye a las personas de la comunidad sordo ciega, haciéndoles imposible que otorguen testamento.

16. Artículo 1929-1934

Observaciones:

No hay uniformidad en la denominación que debe dársele al testamento público, en unos artículos se llama así, en algunos abierto y en otros nuncupativo, generando confusión en el lector.

17. Artículo 1934. *El ciego y el que no sepa leer y escribir solo podrán testar nuncupativamente. Su testamento será leído en voz alta dos veces, la primera por el notario y la segunda por uno de los testigos, elegido al efecto por el testador. Se hará mención especial de esta solemnidad en el testamento. También podrán testar en esta forma el mudo, el sordo y el sordomudo que a pesar de no saber leer y escribir, puede darse a entender claramente mediante intérprete, de lo cual se dejará constancia en el testamento.*

Artículo 1936. Lo que constituye esencialmente el testamento cerrado es el acto en que el testador presenta al notario y los testigos un escrito cerrado, declarando de viva voz, y de manera que el notario y los testigos lo vean, oigan y entiendan, que en ese escrito se contiene su testamento. Los mudos podrán hacer esta declaración escribiéndola en presencia del notario y los testigos. El testamento deberá estar firmado por el testador. La cubierta del testamento estará cerrada o se cerrará exteriormente, de manera que no pueda extraerse el testamento sin romper la cubierta. Queda al arbitrio del testador estampar un sello o marca, o emplear cualquier otro medio para la seguridad de la cubierta.

Observaciones al artículo: Al hablar de ciego y mudo se está actuando en contra del lenguaje inclusivo, debe hablarse de persona con discapacidad visual o con discapacidad auditiva.

18. Artículos 1957-1962

Observaciones:

Debe analizarse la conveniencia de la regulación de todos estos negocios *ante mortem*. Deberían hacerse previsiones para proteger al futuro causante, de manera tal que haya una limitación para mantener lo que requiere para su subsistencia. Ahora, si se quiere persistir en esta regulación debería preverse una causal de revocación por ingratitud, como está previsto para la donación en los artículos 807 y 808 del proyecto de Código.

19. Artículo 1963. *Para computar las legítimas, se acumularán imaginariamente al acervo herencial todos los bienes anticipados a los legitimarios o a extraños mediante donaciones por acto entre vivos según el valor que tuvieron en el momento de la apertura de la sucesión.*

También se acumularán todos los beneficios o ventajas extraordinarias que no correspondan razonablemente en su cuantía al cumplimiento de deberes legales de cuidado, alimentos y salud al alimentario. Las legítimas se calculan sobre la suma de los bienes herenciales y los anticipados en vida del causante, a menos que por pacto unánime de los legitimarios e interesados acuerden no efectuar la colación. Cuando no hubiere legitimarios se acumularían las donaciones hechas a los herederos abintestato, salvo disposición en contrario del donante.

Observaciones al artículo: No se entiende por qué colacionar en aquellos casos en los cuales no hay legitimarios si no hay más herederos forzosos. A través de esta disposición se está creando una limitación arbitraria a la propiedad y a la libertad testamentaria.

20. Artículo 1969. *Un legitimario solo puede ser desheredado por algunas de las causas siguientes:*

- 1. Por haber cometido atentado grave en contra del testador, o de su cónyuge o compañero permanente, en su persona, honor o bienes;*
- 2. Por no haber dado alimentos al causante, pudiendo, y por haberlo abandonado cuando estaba obligado a suministrar alimentos, cuidado personal, bogar, sustento o asistencia médica, o cuando se encontraba en situación de discapacidad que le acarrearía imposibilidad absoluta de velar por sí mismo.*
- 3. Por haberse valido de fuerza o dolo para impedirle testar.*

Observaciones al artículo:

Si se prevé como causal de indignidad, el acceso carnal violento; ¿por qué no se prevé como causal de desheredamiento?

21. Artículo 1977. La asignación que por faltar el asignatario se transfere a distinta persona, por acrecimiento, sustitución u otra causa, llevará consigo todas las obligaciones y cargas transferibles, y el derecho de aceptarla o repudiarla separadamente. La asignación que por demasiado gravada hubieren repudiado todas las personas sucesivamente llamadas a ella por el testamento o la ley, se deferirá en último lugar a las personas a cuyo favor se hubieren constituido los gravámenes.

Observaciones al artículo:

Esta disposición no armoniza con las normas que hasta el momento regulan la sucesión, la razón consiste en que al hacer alusión de que se defiera al titular del gravamen, pareciera que se está estableciendo un nuevo asignatario que es el acreedor prendario o hipotecario. Solo hasta este artículo se menciona su vocación sucesoral. Pareciere que a este acreedor lo convierten en legatario del bien que estuviese gravado. ¿Cómo se armoniza esta norma con las disposiciones de la herencia yacente?

22. Artículo 1979. La sustitución consiste en nombrar un asignatario para que ocupe el lugar de otro que no acepte, o que, antes de deferirse la asignación llegue a faltar por fallecimiento o por otra causa que extinga su derecho eventual. No se entiende faltar el asignatario que es representado por sus hijos, ni el que una vez aceptó, salvo que se invalide la aceptación. Tampoco se entiende faltar la persona jurídica que realiza un objeto social si fue absorbida por otra que cumpla el mismo fin.

Observaciones al artículo:

Esta norma viola la libertad testamentaria. Si el testador le designa un sustituto a una persona que tiene un hijo, no debe interpretarse que prevalece el derecho del hijo sobre la persona del sustituto.

23. Artículo 1974. Serán inválidas las disposiciones testamentarias en que de algún modo haya intervenido el error, el dolo o la violencia. También serán nulas las disposiciones captatorias. El error sobre el motivo, de hecho o de derecho, anula la disposición cuando resulta del testamento y es el único que la determina. La acción prescribe en cuatro años a partir del momento en que debió conocerse el vicio.

Artículo 1985. La condición de no impugnar el testamento, impuesto a un asignatario, no se extiende a las demandas de nulidad o de reforma del mismo. El causante podrá imponer al heredero o legatario la condición de contraer matrimonio o unión marital de hecho a distinta edad de la legal. Esta disposición no se opone a que se provea a la subsistencia de un pariente mientras permanezca soltero o viudo, dejando por este tiempo un derecho de usufructo, de uso o de habitación, o una pensión periódica.

Artículo 1992. Si el modo es por su naturaleza imposible, o inductivo a hecho ilegal o inmoral, o concebido en términos ininteligibles, no valdrá la disposición. Si el modo, sin hecho o culpa del asignatario, es solamente imposible en la forma especial prescrita por el testador, podrá cumplirse en otra análoga que no altere la sustancia de la disposición, y que en este concepto sea aprobada por el juez, con citación de los interesados. Si el modo, sin hecho o culpa del asignatario, se hace enteramente imposible, subsistirá la asignación sin el gravamen.

Artículo 2002. Lo que se lega a un acreedor se entenderá que es a cuenta de su crédito, salvo voluntad en contrario del testador. Si el testador manda pagar lo que cree deber y no debe, la disposición se tendrá por no escrita. Si en razón de una deuda determinada se manda pagar más de lo que ella importa, no se deberá el exceso, a menos que aparezca la intención de donarlo.

Observaciones:

La palabra disposición escrita en las anteriores normas genera confusión frente a lo que se quiere dejar sin efecto. Puede ser dejar sin efecto la asignación o la modalidad a que está sometida, es mejor hablar de asignación.

24. Artículo 1985. *La condición de no impugnar el testamento, impuesto a un asignatario, no se extiende a las demandas de nulidad o de reforma del mismo. El causante podrá imponer al heredero o legatario la condición de contraer matrimonio o unión marital de hecho a distinta edad de la legal. Esta disposición no se opone a que se provea a la subsistencia de un pariente mientras permanezca soltero o viudo, dejando por este tiempo un derecho de usufructo, de uso o de habitación, o una pensión periódica.*

Observaciones al artículo:

Esta norma es contraria a lo que la Corte Constitucional ha sentado en su jurisprudencia, particularmente en las sentencias C-101 de 2005 y C-513 de 2013, en la medida en que la decisión de conformar familia forma parte del núcleo esencial de derecho al libre desarrollo de la personalidad.

25. Artículo 1999. *Pueden ser objeto de legado los derechos patrimoniales, las expectativas y toda ventaja jurídica que corresponda al causante en el momento de su muerte. Puede ser gravado con un legado el heredero o un legatario. En la duda los herederos quedan gravados en proporción a sus cuotas hereditarias y los legatarios en proporción al valor de los legados. El legado de un objeto que no es del testador o del asignatario a quien se impone la obligación de darlo es ineficaz.*

Observaciones al artículo:

¿Qué pasa si la mera expectativa no logra consolidarse en un derecho?, ¿en este caso, no produciría efecto la asignación?

26. Artículo 2027. *Puede pedirse la partición aun cuando uno o varios coherederos hayan disfrutado separadamente parte de los bienes hereditarios, salvo que se haya verificado la usucapión por efecto de la posesión exclusiva durante el término legal. Cualquiera de los cesionarios puede pedir la partición e intervenir en ella. Los representantes legales no podrán pedir la partición judicial de las herencias en que tengan parte sus hijos o pupilos sin autorización del juez. También puede hacerlo ante y bajo el control del notario, siempre que uno de los legitimados para partir sea plenamente capaz.*

Observaciones al artículo:

No se entiende la razón por la cual el representante legal no puede pedir la partición judicial. Los hijos y pupilos (menores de edad emancipados), deben permanecer en la indivisión hasta que tengan la mayoría de edad.

27. La derogatoria del testamento verbal.

Se cuestiona la conveniencia de derogar la regulación del testamento verbal. Este régimen resultaba importante, especialmente, como una garantía para la persona que estando a punto de morir, deseaba distribuir sus bienes. No existe una justificación, para derogarlo.

Conclusiones generales del conjunto de artículos estudiados

No moderniza:

El régimen contenido en el libro VI no moderniza el régimen en materia sucesoral, particularmente en lo que tiene que ver con el régimen de indignidad en el que no se tienen en cuenta las modificaciones introducidas por la Ley 1893 de 2018, en lo que tiene que ver con la protección del adulto mayor. Tampoco está claro, cómo se puede presentar el ocultamiento del testamento.

Es inconveniente:

Los siguientes aspectos se consideran inconvenientes:

- Permitir el repudio de las asignaciones gratuitas y no tiene en cuenta que esta es una medida tuitiva para los niños, niñas, adolescentes y personas jurídicas. En este sentido, además desconoce el avance que se introdujo a través de la Ley 1306 de 2009.
- Frente al derecho de opción de los asignatarios se considera inconveniente que se presuma la renuncia a los gananciales por parte del cónyuge, en la medida en que los gananciales son diferentes a una asignación. Los gananciales no obedecen a la mera liberalidad de un cónyuge sino a su trabajo conjunto. También se considera inconveniente permitir que un asignatario a pesar de ser requerido pueda permanecer indeciso, ¿cuál es el propósito de permitirle no decidir?
- Se considera también inconveniente eliminar el beneficio de inventario, para generalizar que los herederos solo responden hasta el límite de lo que reciben.
- No existe una justificación de convertir al cónyuge en heredero concurrente en el primer orden sucesoral y establecerlo como legitimario.
- Debe analizarse la conveniencia de la cantidad de pactos sucesorales ante mortem, además deben implementarse mecanismos de protección para quien dispone de sus bienes, como, por ejemplo, la revocatoria por ingratitud, como ocurre en el caso de la donación.
- No se considera conveniente que los representantes legales no puedan pedir la partición judicial a menos que haya autorización del juez, no se encuentra una justificación para ello.
- Se deroga el testamento verbal sin que exista una justificación para ello.

Falencias de redacción:

Presentan errores de redacción e imprecisiones terminológicas, los artículos:

- 1864, al establecer que se trata de un título universal el que existe sobre un conjunto de bienes, cuando este es un título singular, en la medida en que estos conjuntos pueden ser determinados bien por bien, como géneros o cuerpos ciertos.
- 1865, se habla de conmurientes o de conmuriencia; cuando los diccionarios jurídicos hacen referencia a conmoriencia.
- 1868, se habla de violación sexual y este no es término apropiado para designar el acceso carnal violento. Tampoco respeta el lenguaje inclusivo por el que han propugnado la Corte Constitucional y la Ley 1996 de 2019.
- 1874, califica al usufructo como derecho personal.
- 1882, habla de transferencia de gananciales, cuando se debe hablar de transmisión por ser por causa de muerte.

- 1915, no está claro por qué una persona que detenta la sucesión sin título pueda ser legitimado por activa en la acción de petición de herencia.
- Las normas que regulan los derechos sucesorales de los compañeros permanentes son bastante confusas, podrían simplificarse para facilitar su comprensión y aplicación.
- Se presenta un uso inapropiado manejo del lenguaje para referirse a las personas en situación de discapacidad mental, visual y auditiva.
- Se habla de testamento público, abierto o nuncupativo, cuando el artículo 1929 dice que los testamentos son públicos o cerrados.
- En los artículos 1974, 1985, 1992 y 2002 se usa el término disposición sin clarificar si se trata de la asignación o la modalidad a que se someten las mencionadas asignaciones.
- Se permite que se establezcan legados sobre expectativas, sin prever qué pasa si estas no se convierten en derechos.

Falta de congruencia:

Los artículos que presentan incongruencias entre sí son:

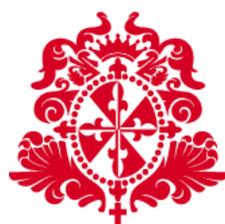
- 33 y 1858, la regla de conflicto es incongruente en la medida en que en el primero se determina la aplicabilidad de la norma del lugar de ubicación de los bienes, mientras que el segundo lo limita a los inmuebles.
- 1865, no se entiende por qué se vuelve a regular el tema de los hijos póstumos como los nacidos dentro de los 300 días siguientes a la muerte del causante, cuando esto está regulado en la parte de familia.
- 1868, no hay congruencia entre el usufructo legal de los padres y el régimen presente en el libro V del Proyecto.
- No hay congruencia en la designación de la herencia como patrimonio autónomo, esta calificación no presenta ningún efecto práctico, más aún cuando hay normas que establecen claramente que sí hay titulares de ella.
- Sorpresivamente, en la parte de partición, aparece que si no hay asignatarios que acepte, a los titulares de gravámenes se les deferirán estos bienes.

Inconstitucionalidad:

Se considera que pueden ser disposiciones inconstitucionales, las que regulan la capacidad para otorgar testamento por personas en situación de discapacidad mental, visual y auditiva.

Por otra parte, se contemplan condiciones que pueden ser inconstitucionales a la luz del derecho al libre desarrollo de la personalidad y su núcleo fundamental que incluye la libre decisión de conformar familia.

Se viola la libertad testamentaria cuando se dispone la colación, si no hay legitimarios. No tiene sentido, hacerlo si no hay asignatarios forzosos. También se viola cuando se le da preferencia a la representación, sobre la sustitución.



Universidad del
Rosario

Facultad de
Jurisprudencia

Bogotá, octubre de 2020
Facultad de Jurisprudencia
Universidad del Rosario