

Reflexiones sobre la posible reforma al Código Civil colombiano

Andrea Alarcón Peña, Juan Carlos Villalba Cuéllar

En febrero del 2016 pasó desapercibido en Colombia un hecho relevante: después de muchos años de discusión, el libro “De los contratos”, del Código Civil francés, fue reformado. Esta cuestión merece especial atención si se considera nuestra tradición jurídica. Se trata de la reforma más importante que ha tenido el llamado “Código de Napoleón”, aquel que sirviera de fuente para la codificación en varias latitudes, como, por ejemplo, la de la mayoría de países de América Latina y gran parte de los países africanos. La reforma llegó de la manera más inusitada para los académicos franceses. Una ley del 2015 aprobó al Senado para expedir una *ordonnance*, lo más parecido a un decreto ley en Colombia, y fijó un cronograma de un año a partir de la publicación de la reforma, de tal manera que en febrero del 2016 se cumplió el plazo y la norma se expidió. Así, después de constantes debates doctrinales y varios proyectos de reformas discutidos en la academia, por iniciativa gubernamental vio la luz el nuevo capítulo del Código Civil francés.

Entre los asuntos reformados se observan algunas novedades para el ámbito colombiano y otros asuntos que no lo son tanto. En primer lugar, algunos principios generales encontraron un lugar que la codificación anterior les había negado: la libertad contractual se consagra de manera expresa —aunque en Francia tiene valor constitucional— y la buena fe se reconoce legalmente tanto en la etapa precontractual como en

la contractual. Igualmente novedosa para el contexto francés resulta la consagración de la imprevisión contractual, negada por los jueces desde el célebre fallo del Canal de Craponne y admitida a gritos por la doctrina francesa. En cuanto a requisitos para la validez del contrato es, sin duda, trascendental que la “causa” como requisito para la validez del contrato desaparece y pasa a reemplazarla un control del contenido del contrato.

El cambio parece drástico, ya que la causa como requisito para la validez del acto jurídico había sido una de las nociones jurídicas de derecho civil más discutidas en el seno de la doctrina y la jurisprudencia francesa. Hoy en día, causalistas y neocausalistas son historia en el derecho galo. Quién diría que más de 100 años después los anticausalistas triunfarían, aunque la doctrina francesa insiste en que la causa ronda aún en otros artículos de la reforma. Más interesante resulta la inclusión en esa codificación de un control al desequilibrio contractual, muy parecido al control de cláusulas abusivas y a la inclusión de obligaciones contractuales de información.

Pero más allá de la noticia, el interés fundamental de este editorial es presentar una reflexión para el derecho colombiano, y tiene que ver con la discusión acerca de la necesidad de reformar nuestro Código Civil. De entrada, podemos decir que la referida reforma al Código Civil francés no es un hecho aislado en el derecho comparado. En octubre del 2014 se aprobó la reforma al Código

Civil y Comercial de la Nación en la Argentina. Con anterioridad, los alemanes reformaron su Código Civil (BGB, por su siglas en alemán) en el 2002, y el Código Civil rumano se modificó en el 2011. Así, vemos que poco a poco un número importante de naciones afines a nuestra tradición jurídica continental europea han reformado sus codificaciones con el propósito de ajustarlas a las teorías modernas de los contratos y a las necesidades reales de cada contexto jurídico.

En cuanto a Colombia, nuestro Código Civil data de 1887 y, más allá de algunas reformas parciales que poco han modificado lo esencial de las instituciones jurídicas contenidas y desarrolladas en su seno, a lo que se suman algunas reformas introducidas por vía constitucional, el texto permanece sin modificaciones sustanciales. Se sabe que nuestra codificación se tomó del Código Civil chileno de 1855, redactado por el ilustre jurista y humanista Andrés Bello, quien entabló amistad con el jurista colombiano Manuel Ancizar durante la estadía de este último como diplomático en el país austral. Así, algunos Estados de la entonces República Federal los Estados Unidos de Colombia tomaron el Código chileno y, luego de la reunificación de Colombia en un Estado unitario y centralista, en 1886, este código se adoptó para la República de Colombia (Hinestrosa, 2006). El texto ha sufrido modificaciones parciales en su vigencia, pero mantiene su esencia de manera general hasta la fecha.

Admitimos que no se trata de adecuarse a una moda —ni más faltaba—, consideramos, en cambio, que es necesario hacer un “estado de cosas”, un “diagnóstico” del código con el fin de saber si esa necesidad es real. La academia y la doctrina son el espacio ideal para llevar a cabo esta discusión, la cual tiene que comenzar pronto. No son pocos los aspectos que la doctrina ha destacado a lo largo de los años como falencias del sistema codificado de derecho privado colombiano. Entre estas encontramos las que se enlistan a continuación.

- Múltiples figuras del derecho civil colombiano están en desuso y otras no han encontrado una aplicación práctica, por tanto, es

preciso interrogarnos acerca de las causas de este fenómeno. Tomemos como ejemplo el error y el dolo como vicios del consentimiento, o la causa en cuanto requisito para la validez de un contrato. Una verificación de la utilización de estas figuras en los estrados judiciales en más de 100 años de aplicación del Código Civil arroja un balance desolador. Por algo será.

- Si bien la reforma al Código de Comercio colombiano de 1970 supuso importantes avances, introdujo algunas fisuras a la teoría general del contrato en el derecho privado colombiano. En primer lugar, porque este código reguló aspectos que tenían alguna regulación en la norma civil, tal como sucede con el régimen de sanción al acto o negocio jurídico. Así, los “remedios” al incumplimiento del contrato tanto del Código Civil como del Código de Comercio se caracterizan por su falta de claridad y coherencia. Destacados juristas colombianos han señalado la falta de coherencia de los remedios al incumplimiento contractual con propuestas de reforma (Oviedo, 2019). La invalidez o ineficacia del acto o contrato tiene zonas grises, tales como la aplicación de la inexistencia o la inoponibilidad y sus alcances en materia civil y comercial. Esa doble reglamentación y la falta de coherencia en materia civil y comercial ha llevado a fenómenos como, por ejemplo, el de “la aplicación de las normas mercantiles a asuntos civiles”, fuente de inseguridad jurídica, reseñada muy bien por la doctrina actual (Gil Echeverry, 2012).
- Las contradicciones y vacíos en materia civil y comercial son evidentes en temas tales como la teoría del riesgo, el carácter consensual o solemne de la promesa de contrato en materia mercantil y la aplicación de la lesión enorme en materia comercial, entre otros.
- Contratos como la compraventa tienen una multiplicidad de regímenes en el derecho interno, conviven así reglas disímiles entre compraventa civil, comercial, internacional y de consumo reguladas por diferentes normas.

- Figuras modernas del derecho privado como, por ejemplo, el desequilibrio significativo, cláusulas abusivas en contratos entre iguales, la teoría de los actos propios, la obligación de información o el incumplimiento esencial no hacen parte de nuestro panorama jurídico de derecho positivo.
- El régimen de la responsabilidad civil es de desarrollo netamente jurisprudencial y orbita entre avances y retrocesos. La teoría de la responsabilidad por actividades peligrosas se cimienta en una interpretación de un artículo que no dice nada al respecto. Estudios serios demuestran la falta de coherencia en los juzgados y tribunales en cuanto a la indemnización del daño a la persona. Es importante aprovechar lo mejor de la jurisprudencia y la doctrina nacional en la materia a fin de poner al día el derecho de la responsabilidad civil.
- El régimen de familia no se adecúa a las necesidades del contexto social. Por vía constitucional, el régimen del derecho de familia se tuvo que adaptar a las necesidades del contexto del siglo XXI sin que el Código, de manera coherente, acoja estos cambios, pues cada reforma contribuye a que el texto derive en una colcha de retazos.
- Por otra parte, existen figuras que han tenido un desarrollo netamente jurisprudencial, tales como el mutuo disenso tácito y el mutuo incumplimiento en el contrato bilateral, o la dación en pago como modo autónomo de extinguir obligaciones, entre otras, no sin algunas vacilaciones por parte de las cortes, pero con un capital acumulado de reflexiones e interpretaciones de la norma que deben recogerse en una reforma para volverse regla de derecho en aras de la seguridad y la certeza jurídica.

Esto solo por mencionar algunos temas que podrían ser objeto de reforma, pues el mismo régimen del derecho comercial se encuentra descodificado en la actualidad, de manera que asuntos como, por ejemplo, el derecho societario, tienen más vigencia afuera que dentro de la codificación.

Tal y como se observa, esas inconsistencias se pueden resumir en tres ejes: obsolescencia de algunas normas y figuras del derecho civil, la falta de adecuación del derecho privado colombiano a las teorías modernas de los contratos, y las obligaciones y la falta de armonía entre el régimen civil y comercial en materia de temas que son generales a los contratos. Sobre este último punto nuestra posición personal es que debe existir un régimen unificado en materia civil y comercial, pues en relación con las obligaciones y sus fuentes —incluida la teoría del acto o negocio jurídico— no puede haber diferencia en esta materia.

Lo que sí es evidente es que actualmente existe un relativo consenso en la necesidad de, por lo menos, comenzar a discutir una reforma (Botero y Cajas, 2018). En efecto, soplan vientos reformistas. Un proyecto de Ley de 2018 realizó una propuesta de reforma integral al estilo argentino¹, la cual constituyó una plausible iniciativa, pero desconoció que la reforma al código civil de una nación es un proceso que debe ser parte de un consenso amplio de los sectores jurídicos involucrados, en el que la academia, el poder judicial, los litigantes y, en general, toda la comunidad jurídica participe.

Por este y otros motivos el proyecto fue objeto de críticas (Aramburo, Martínez y Quiñones, 2018). Un código civil es un sistema de pensamiento y no un simple *collage* de normas, por eso dejárselo de manera exclusiva al poder legislativo es riesgoso. Lo positivo es que este intento fallido de reforma alertó las huestes iusprivatistas y es una buena excusa para comenzar esa discusión, la cual, además, debe ser de gran alcance y democrática. Recordemos que en Alemania y Francia —e inclusive en la Argentina— el debate y las propuestas de reforma antecedieron varios años a su aprobación legislativa. La academia jugó un papel muy importante. Es más, en la Argentina el debate del código se dió por un proceso democrático en el que se permitió la participación de diversos sectores y se conformaron grupos de trabajo para el estudio de los diferentes capítulos

1 Proyecto de Ley 201 DE 2017.

de la norma. Es cierto que tanta democracia en estos temas tiene límites y, en algún momento, un grupo de juristas deberá condensar lo mejor del derecho nacional con el fin de reformar la “Constitución civil de la nación”. En Colombia ese proceso no se ha dado y se tiene que dar. El último proyecto serio de reforma, recordemos, fue el proyecto presentado por el profesor Valencia Zea en la década de los ochenta, el cual, además, pretendía una unificación del régimen civil y comercial (este es otro aspecto álgido que deberá discutirse). Otro grupo de destacados juristas de una universidad pública redactó un proyecto recientemente².

Empero, existe un verdadero escollo que es necesario superar el cual amerita una reflexión general que cabe plantear con miras a que las discusiones de reforma sean constructivas: se necesita generar cohesión en el ámbito del derecho privado colombiano. El derecho privado colombiano carece de escuela propia, la academia jurídica colombiana no existe y se redujo a grupúsculos endogámicos creados alrededor de ciertas universidades o personas con conductas hegemónicas, en los que, infortunadamente, a veces pesan más los egos que el debate y las ideas. Se encuentran buenos, magníficos juristas, y cada vez se escribe más y mejor, pero el intercambio de ideas entre juristas de diferente origen brilla por su ausencia. Los grandes maestros del derecho privado colombiano nos dejaron un gran legado con sus escritos y enseñanzas, pero no estuvieron a la altura de crear escuela y generar consensos que permitieran reunir a los juristas nacionales alrededor de causas que necesitan altas dosis de altruismo, como, por ejemplo, aquella de pensar entre todos las mejores reformas a las normas del derecho privado patrio. Muestra de esto es que en Colombia, a diferencia de otros países latinoamericanos, no existen escenarios de alcance nacional para la discusión del derecho civil o comercial, en los cuales abogados de todas las

universidades y orígenes lleguen a debatir temas de interés nacional. El concepto de lo nacional es ajeno al derecho privado colombiano.

Es un deber hacer un *mea culpa* nacional al respecto y este sería un buen punto de partida. El colonialismo jurídico impuesto reinó en nuestro ordenamiento jurídico desde la conquista española, y aun en tiempos de la República persistió, hasta la actualidad cuando nos vemos enfrentados a un fenómeno parecido de autocolonialismo jurídico al querer adoptar de manera esnobista escuelas o normas foráneas sin justificación real. Por tanto, no es raro escuchar universidades o juristas que se autodenominan “seguidores de escuelas anglosajonas”, otros de escuelas europeas y así sucesivamente, en procura de calcar obtusamente normas que con cuidado y esmero se redactaron en otras latitudes para realidades diferentes. A nivel de doctrina es tan evidente a veces que ciertos autores citan más autores extranjeros que a sus propios connacionales, por motivos que parecieran caprichosos, porque en los ordenamientos jurídicos en los que existe escuela y una verdadera academia prima la citación nacional frente al derecho comparado. Sin embargo, no se ha llegado realmente a un punto en el que pensemos en un derecho privado propio, concebido por los colombianos para los colombianos. Es necesario un derecho a la medida de la realidad nacional y no un traje importado que nunca se nos verá bien. Por más que algunos se esmeren en negarlo, así es, y la culpa es generalizada porque muchos sectores y juristas son apáticos frente a cualquier esmero de consenso.

Si no se supera ese estadio de pensamiento medieval no hay esfuerzo que valga para sacar adelante y aprovechar la oportunidad que se vislumbra hoy de discutir un proyecto de reforma al Código Civil a la altura de los desafíos del siglo XXI. Además, hoy el desafío es mayor, porque se debe pensar en un derecho privado local con alcance global. Seguramente, algunos juristas realizarán propuestas interesantes y bien fundadas, dirigidas a reformar el Código, pero se habrá perdido una oportunidad de oro para que, alrededor de tan importante labor, por fin el derecho

2 Al respecto, véase el proyecto en la página web de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional <http://derecho.bogota.unal.edu.co/proyecto-de-actualizacion-del-codigo-civil/>

privado colombiano dé ese paso adelante que no se ha dado.

Lo importante de una posible reforma al Código Civil es que este sea el fruto del consenso de juristas colombianos, recoja lo más selecto de la jurisprudencia patria sobre los diversos temas de reforma y así torne regla de derecho estos importantes aportes, se tenga en cuenta la doctrina colombiana —la cual, por fragmentada y ensimismada que sea, tiene grandes aportes en muchos temas—, y se rompan las fronteras de las universidades que durante tanto tiempo impidieron un verdadero diálogo.

La reforma al Código Civil colombiano es una necesidad palpable, sin afán y bien hecha. Aunque algunos juristas se muestren reacios a la codificación, así como otros cultores del Código de Andrés Bello, pensamos que el derecho privado es un sistema de pensamiento que debe tener como hilo conductor una codificación que marque la pauta y el espíritu de las normas. De igual forma, en pleno siglo XXI, luego de la vigencia de casi siglo y medio de esas normas, es necesario reformular algunas de ellas y, sobre todo, dar un paso adelante con la creación de un Código Civil mejor integrado al ordenamiento jurídico y a tono con los postulados constitucionales, adaptado a las necesidades locales y globales de nuestra realidad actual.

En conclusión, el momento es propicio, la necesidad es palpable, existen juristas y académicos competentes para asumir una reforma seria; solo falta un poco más de voluntad en el propósito de iniciar los estudios y las discusiones. Si lo logramos, tal vez podamos hacer un aporte a las generaciones futuras de abogados y al derecho privado colombiano.

Referencias

- [1] Aramburo, M., Martínez, C., y Rojas Quiñones, S. (Octubre del 2019). Debate al proyecto de unificación del régimen civil y comercial. *Ambito Jurídico*. Recuperado de: <https://www.ambitojuridico.com/noticias/civil-y-familia/debate-al-proyecto-de-unificacion-del-regimen-civil-y-comercial>
- [2] Botero, A., y Cajas, M. (Julio-diciembre de 2018). Editorial. *Revista Precedente*, 13, pp. 9-15.
- [3] Hinestrosa, F. (Enero-junio de 2006). El Código Civil de Bello en Colombia. *Revista de Derecho Privado*, 10, pp. 5-27.
- [4] Gil Echeverry, J. H. (2012). *Aplicación del derecho civil a los asuntos de comercio y el principio de la consensualidad*. Bogotá: Ibáñez.
- [5] Oviedo Albán, J. (2019). La falta de conformidad como alternativa a las problemáticas de los vicios ocultos y una propuesta para el derecho colombiano. *Anuario de Derecho Privado*, 109-152. DOI: <http://dx.doi.org/10.15425/2017.199>