

objetiva o subjetiva en el contrato, debate que prolonga el que se diera en Francia luego de la obra de Capitant. A veces, como ocurrió en Francia con el art. 1.384 del *Código* francés, se ha tratado del desperdicio de inteligencia y razonamiento, si se observa la cuestión desde el punto de vista práctico. Pero es la consecuencia de un derecho creado en la universidad.

También es posible atribuir a la influencia de la doctrina francesa un cierto desprecio, por no decir un desconocimiento y falta de interés por la doctrina latinoamericana. Poco se sabe en Chile de lo que con el mismo *Código* ha hecho la doctrina y la jurisprudencia colombiana o ecuatoriana. Apenas si, por otras razones que no pueden tratarse aquí, ha existido un cierto uso de la doctrina argentina. Pero es seguro que si se buscara en nuestras bibliotecas jurídicas, las obras colombianas están ausentes, no obstante la calidad de sus autores.

Y pensamos que la enorme influencia francesa, anclada en los juristas clásicos ha determinado un cierto distanciamiento de los problemas reales de la sociedad chilena, de forma que mucha de nuestra doctrina sigue los parámetros de cuestiones que no siempre tienen traducción práctica.

Del mismo modo, las grandes cuestiones del Derecho Civil, en su enseñanza, siguen siendo las que determinó la doctrina francesa: si la solidaridad está fundada en un mandato tácito y recíproco o no y la extensión de ese mandato; cuál es el alcance de la ley del contrato y su relación con los terceros; el principio *nemo auditur* en la nulidad, etcétera.

Con todo, no cabe duda que por sobre el origen de nuestro *Código Civil*, es el modo de hacer de la doctrina francesa el que ha tenido más influencia en la tradición jurídica francesa. Lamentablemente, esa influencia comienza a perderse y es tarea común de juristas franceses y chilenos recuperar el diálogo entre una tradición jurídica y otra, que se formó a la luz de aquélla. Y es tarea pendiente la de hacer conocer la doctrina francesa actual que tiene importantes cultores, así como las reformas y avances que ha tenido el Derecho francés, pues es lo cierto que entre nosotros predomina aún una la influencia de una doctrina que ya no se sigue en su país de origen.

## LA INFLUENCIA DEL *CODE CIVIL* Y LA DOCTRINA FRANCESA EN EL DERECHO DE LAS OBLIGACIONES COLOMBIANO

Fabrizio Mantilla Espinosa\*

“Cuando el hombre quiere crear algo grande y sigue los consejos del pasado, lo hace a través de la *historia monumental*; cuando, por el contrario, quiere quedarse en lo antes convenido, en lo que por rutina ha admirado en todos los tiempos, él se ocupa del pasado como un *historiador anticuario*.

Aquél que es torturado por la angustia del presente y que, a cualquier precio, quiere deshacerse de la carga del pasado, sólo aquel siente la necesidad de una *historia crítica*, de una historia que juzga y que condena”<sup>1</sup>.

Después de las exposiciones de los profesores Guzmán Brito y Domínguez Águila, mal podría pretender hablarles a ustedes sobre la influencia del *Code Civil* en el *Código Civil* chileno, el cual fue adoptado en mi país el 26 de mayo 1873, sin ninguna modificación sustancial. Así, como ustedes pueden ver, tenemos un mismo punto de partida: el *Código* de Bello. Pero no tenemos, necesariamente, un mismo punto de llegada o, lo que es aún más interesante, no llegamos, necesariamente, a los mismos puntos por los mismos caminos. Por esta razón limitaremos nuestra exposición a hablarles un poco de algunos de los cambios que ha sufrido nuestro Derecho a lo largo de los más de cien años de aplicación en Colombia de los textos redactados por Andrés Bello, lo cual, en nuestro parecer, tiene un interés especial: *la novedad*.

No pretendemos sostener que el Derecho colombiano sea una obra maestra de técnica, rigor y precisión (iqué más quisiéramos!). Desafortunadamente, lejos está de serlo. Sin embargo, cuando hacemos alusión a *la novedad* nos referimos al hecho simple de que, muy probablemente, es poco lo que se sabe en Chile del Derecho colombiano. Bueno, creemos que ése es un mal que nos aqueja a todos los países latinoamericanos, en donde nos

\* Profesor de la Universidad del Rosario (Colombia) DEA Derecho Privado general, Universidad París II.

<sup>1</sup> Friedrich NIETZSCHE, *Deuxième considération intempestive. De l'utilité et de l'inconvénient de l'histoire du point de vue de la vie*, Paris, Ed. Mille et une nuits, 2000, p. 29.

preocupamos siempre por conocer las últimas teorías importadas de Europa, sobre todo *made in France*, sin preocuparnos de lo que pasa en nuestros países vecinos, con los cuales tenemos una realidad y una *forma de vida* muy cercanas, lo que implica que nuestras distintas experiencias puedan resultar muy enriquecedoras.

En este orden de ideas, vamos a hablar un poco del Derecho colombiano moderno. Desde su adopción hasta nuestros días, nuestro *Código Civil* ha sufrido importantes modificaciones por vía legislativa, como, por ejemplo, en materia de familia, la plena capacidad de la mujer casada para la administración de los bienes de la sociedad conyugal (ley 28 de 1932), la igualdad de derechos de los hijos extramatrimoniales (leyes 45 de 1936, 75 de 1968 y 29 de 1982), y con la correspondiente modificación en los órdenes sucesorales (ley 29 de 1982), el divorcio civil (ley 1 de 1976). En materia de personas, la mayoría de edad a los 18 años (ley 27 de 1977). Y en lo que respecta a los derechos reales, la reglamentación del régimen de propiedad horizontal (ley 675 de 2001), etcétera.

Sin embargo, en lo que respecta al Derecho de las Obligaciones (régimen general, teoría general del contrato y responsabilidad civil extracontractual) no ha habido derogaciones sustanciales 'directas', por vía legislativa, de las disposiciones del viejo *Código Civil*. Los cambios más representativos se limitan a regulaciones específicas de ciertos contratos particulares como es el caso del arrendamiento de vivienda urbana (leyes 56 de 1985 y 820 de 2003) y de la conciliación extrajudicial (leyes 446 de 1998, 640 de 2001 y decreto 1818 de 1998), que no es nada distinto a una transacción que requiere la presencia de un tercero, mediador calificado, y que ha sido consagrada como requisito de procedibilidad para acceder a las jurisdicciones Civil y de Familia.

No obstante, el Derecho de las Obligaciones colombiano ha llegado a sufrir importantes cambios tanto por vía jurisprudencial como a través de la codificación comercial (decreto 410 de 27 de marzo de 1971). Ahora, en las decisiones de nuestra Corte Suprema de Justicia, así como en las distintas normas de nuestro *Código de Comercio*, podemos ver la influencia que ha ejercido tanto la doctrina como la jurisprudencia y las leyes extranjeras (principalmente francesas, alemanas e italianas)<sup>2</sup>.

En esta breve exposición no pretendemos, de ninguna manera, explicar de forma general la "evolución" del Derecho de las Obligaciones colombiano, sino, simplemente, hacer mención a algunas modificaciones que, en

<sup>2</sup> Sobre la "importación" de modelos jurídicos, véase Éric AGOSTINI, *La circulation des modèles juridiques*, Paris, RIDC, 1990, pp. 461 a 467.

nuestro parecer, merecen ser traídas a colación en este seminario. En este orden de ideas, veremos algunos cambios afortunados (i) y otros bastante desafortunados (ii)

## I. CAMBIOS AFORTUNADOS

Nuestra jurisprudencia civil y el *Código de Comercio* han realizado estas modificaciones, en algunos casos, completando ciertos *vacíos* que existían en el *Código Civil*, en otros casos, desmintiendo algunos *supuestos* "principios"<sup>3</sup> clásicos que la doctrina había inducido de algunas disposiciones del *Código*. Dentro de esta perspectiva haremos mención a algunas innovaciones introducidas tanto en el Derecho de los Contratos (A), como en materia de responsabilidad civil extracontractual (B).

### A. Derecho de los contratos

#### Con respecto a los vacíos existentes en el *Código Civil*

En la teoría general del contrato, en el título correspondiente a sus condiciones de formación, los artículos 1.502 y 1.508 a 1.516 CC col. (artículos 1.445 y 1.451 a 1.459 CC ch.) se limitan a establecer el consentimiento como requisito de validez, y a determinar el régimen jurídico de los llamados "vicios del consentimiento", sin disponer nada con respecto al proceso de formación de dicho consentimiento, al encuentro de voluntades, es decir, al régimen de la oferta y la aceptación en el periodo precontractual.

Por su parte el *Código de Comercio* en sus artículos 845 a 864 reglamentó todo este *período precontractual*, consagrando las soluciones que, en la materia, habían sido desarrolladas por la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia. Lo que resulta aún más interesante es que dichos artículos entraron a formar parte del Derecho Común y son aplicados por nuestros jueces de forma directa como normas generales en materia de contratos de Derecho Privado.

<sup>3</sup> "[...] [C]on el término 'principio' es necesario andar con cuidado, pues con él se alude a entidades muy diversas, entre las que cuentan: (1) aspectos importantes de un orden jurídico determinado (2) generalizaciones obtenidas a partir de normas de un sistema determinado o de un sector de éste (3) objetivos básicos de una norma o de un conjunto de normas (4) pautas a las que se atribuye un contenido especial de justicia (5) requisitos formales que todo orden jurídico debe satisfacer (6) pautas dirigidas al legislador con carácter meramente exhortatorio (7) juicios de valor que recogen ciertas exigencias de moral positiva, y (8) máximas generales que provienen de la tradición jurídica [...]". Daniel MENDONÇA, *Las claves del derecho*, Barcelona, Ed. Gedisa, 2000, p. 186.

Adicionalmente, en lo concerniente al período de ejecución, es importante hacer mención a la norma legal (también del *Código de Comercio*) que consagra una “nueva figura”: la *revisión judicial* de los contratos de ejecución sucesiva o escalonada cuyo cumplimiento futuro resulte excesivamente oneroso debido a circunstancias imprevistas o imprevisibles al momento de su celebración (art. 868)<sup>4</sup>. Ahora bien, creemos necesario resaltar el hecho de que nuestro tribunal supremo no parece haber aplicado el art. 868 CC col. en ninguna sentencia, lo cual nos hace reflexionar un poco sobre la verdadera importancia de la consagración esta institución, y sobre la verdadera magnitud del vacío del *Código Civil*.

Con respecto a ciertos supuestos “principios” inducidos por la doctrina El legislador comercial reglamentó expresamente dos nuevos contratos especiales que parecen desvirtuar dos de los grandes “seudoprincipios” del Derecho Civil:

En primer lugar, los artículos 1.226 a 1.244 CCo reglamentan el contrato de *fiducia mercantil*, en virtud del cual una persona llamada fiduciante transfiere a otra persona, llamada fiduciario, unos derechos para que los administre y, después de un plazo, los transfiera a una tercera persona, denominada fideicomisario. Lo interesante de esta figura es que el legislador aceptó expresamente que los derechos objeto de la fiducia constituyen un patrimonio autónomo<sup>5</sup> afecto a la finalidad contemplada en el acto constitutivo (art. 1.233) y que no forman parte de la garantía general de los acreedores del fiduciario (art. 1.227)<sup>6</sup>. Vemos, pues, cómo en el *Código de Comercio* se con-

<sup>4</sup> Sin embargo, dicha disposición es susceptible de dos importantes críticas que nos hacen dudar que su consagración haya sido un verdadero “cambio afortunado”. En primer lugar, aceptar la revisión del contrato cuando una de las partes no previó una futura modificación en las condiciones económicas del contrato, cuando aquella era previsible, equivale a poner en cabeza de la otra parte los riesgos que su contratante no cubrió. Para esto, precisamente, es que se utilizan las cláusulas *hardship*. Y, en segundo lugar, el art. 868 CCo. faculta al juez para ordenar los reajustes del contrato que le indique la *equidad*. Lo cual resulta en exceso inseguro. En mi opinión, la solución más afortunada es la consagrada en el art. 1.467 del *Codice Civile* el cual sólo faculta al juez para que actúe como un mero mediador en la negociación de los reajustes que deben realizar las partes mismas, y para que declare la terminación del contrato si las partes no llegan a ningún acuerdo.

<sup>5</sup> Sobre la noción de patrimonio autónomo, consúltese: Mirzia BIANCA, *Vincoli di destinazione e patrimoni separati*, Padova, Ed. Cedam, 1996.

<sup>6</sup> Aunque en el *Código de Bello* ya encontramos masas de bienes afectadas a fines específicos y separadas del resto del patrimonio de su titular. Por ejemplo, la facultad de los acreedores testamentarios para pedir que no se confundan los bienes del difunto con aquellos del heredero (beneficio de separación art. 1.435 CC col. y 1.378 CC ch.) y la facultad de los

tradice, de forma expresa, el “seudoprincipio” inducido por la doctrina francesa clásica<sup>7</sup> y, aun, hoy en día repetido por parte de nuestra doctrina nacional moderna<sup>8</sup>; según el cual el patrimonio es una emanación de la personalidad y, por ende, toda persona tiene un patrimonio y no puede tener más de un patrimonio, el cual constituye la garantía general de sus acreedores (art. 2.488 CC col. y art. 2.465 CC ch.)<sup>9</sup>.

Sin embargo, en un tristemente célebre fallo<sup>10</sup>, nuestra jurisprudencia dio un duro golpe a la fiducia mercantil (más específicamente, a la fiducia utilizada con fines de garantía), al sostener, al mismo tiempo, la validez del contrato de fiducia (y, por ende, la transferencia de los derechos por parte del fiduciante al fiduciario); y la posibilidad que tienen ciertos acreedores del fiduciante de satisfacer sus créditos persiguiendo los bienes transferidos en fiducia. Les rogamos que, por favor, no nos pidan que expliquemos la parte motiva del fallo, porque, les confesamos, que nunca pudimos comprenderla.

En segundo lugar, los arts. 887 a 896 del CC reglamentan el *contrato de cesión de contrato*, en virtud del cual un contratante puede ceder, mediante la cesión de contrato, su posición contractual a otra persona. Así, opera una sucesión a título particular de los vínculos jurídicos propios de la posición contractual cedida, es decir, los derechos de crédito, las obligaciones y las prerrogativas propias de la calidad de contratante<sup>11</sup>. Lo verdaderamente innovador de este contrato es que se perfecciona por el mero acuerdo entre cedente y cesionario, sin necesidad del consentimiento del contratante cedido (ni a título de parte de una operación jurídica triangular ni como autorización de cesibilidad)<sup>12</sup>. Nuestro legislador comercial vino, entonces, a des-

herederos aceptantes de separar del resto de su patrimonio los bienes del *de cuius* con la finalidad de que sólo éstos entren a cubrir las deudas hereditarias (beneficio de inventario art. 1.304 CC col. y 1.247 CC ch.). Por otro lado, las leyes 70 de 1931 y 495 de 1999 reglamentan la constitución de patrimonios de familia sobre bienes inmuebles, los cuales se vuelven inembargables, y no pueden ser objeto de hipotecas, anticresis o ventas con pacto de retroventa.

<sup>7</sup> Un interesante análisis crítico al respecto en Frédéric ZENATI, “Mise en perspective et perspectives de la théorie du patrimoine”, *RTD civ.*, Paris, 2003, pp. 667 a 677.

<sup>8</sup> Véase, por ejemplo, Jorge ANGARITA GÓMEZ, *Lecciones de derecho civil. Personas y representación de incapaces*, Bogotá, Ed. Temis, 1998, pp. 226 a 229.

<sup>9</sup> Sobre la fiducia mercantil y la noción de patrimonio autónomo recomendamos consultar el excelente análisis de Enrique DÍAZ RAMÍREZ, *Contratos bancarios*. Bogotá, Ed. Temis, 1993, pp. 34 a 51.

<sup>10</sup> Superintendencia de Sociedades, Auto 410-6017 de 18 de diciembre de 1995.

<sup>11</sup> Como son la posibilidad de ejercer las acciones de resolución del contrato y de nulidad relativa, solicitar al juez la revisión del contrato, pedir la declaratoria de cláusulas abusivas, hacer valer una eventual cláusula compromisoria, etcétera.

<sup>12</sup> Como sucede en el *Codice Civile*, arts. 1.406 - 1.410. El *BGB*, por su parte, consagra una figura especial de cesión de deuda en donde la aprobación del acreedor cedido es interpretada como una mera ratificación que opera retroactivamente (§ 415).

mentir expresamente el supuesto principio según el cual las deudas, a diferencia de los créditos, no pueden cederse, ya que esto iría en detrimento de los intereses del acreedor<sup>13</sup>. Cierta doctrina francesa, de vieja data, explica que la cesión es siempre posible si se garantizan los intereses del acreedor confiriéndole la posibilidad de no liberar al deudor cedente<sup>14</sup>. Así las cosas, si el acreedor cedido no libera al cedente quedaría con dos deudores: el cedente, no liberado y el cesionario.

Lo paradójico de la situación es que nuestro legislador comercial consagró una cesión de contrato muy moderna y segura, que permite su perfeccionamiento por el mero acuerdo entre cedente y cesionario, pero garantizando, al mismo tiempo, los intereses del contratante cedido; sin embargo, gran parte de nuestra doctrina nacional continúa lamentándose de que en el *Código de Comercio* no se haya seguido el modelo italiano de cesión, el cual requiere el consentimiento del contratante cedido<sup>15</sup>. Como ustedes pueden ver, nadie parece estar contento con lo que tiene.

### B. Responsabilidad civil extracontractual

A partir de la primera mitad del siglo XX, los cambios en la estructura productiva y social colombiana llevaron a nuestra jurisprudencia a crear nuevas normas de indemnización de perjuicios extracontractuales, a través de la utilización de nuevas técnicas interpretativas que permitieran adaptar los textos creados por el legislador del siglo XIX, a las nuevas exigencias propias de la concepción del *Estado de Bienestar* (*Welfare State*).

Dentro de esta perspectiva, una nueva norma que no permitiera al sujeto normativo exonerarse de responsabilidad mediante la prueba de la ausencia de culpa, resultaba indispensable para poder dejar en cabeza de los agentes los costos de las indemnizaciones que implican aquellas actividades

<sup>13</sup> Es importante dejar muy claro que tanto el *Code Civil* (arts. 1.689 - 1.701) como el *Código de Bello* sólo regulan la cesión de crédito (arts. 1.959 a 1.966 y arts. 1.901 a 1.908 CC ch.) sin hacer mención, de forma general, a la cesión de deuda. De esta omisión no se puede deducir, de ninguna manera, una prohibición.

<sup>14</sup> Raymond SALEILLES, *Etude sur la théorie générale de l'obligation d'après le premier projet de code civil pour l'empire allemand*, Paris, Ed. Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1925, pp. 64 a 108; Eugène GAUDEMET, *Théorie générale des obligations*, Paris, Ed. Sirey, 1965, pp. 474 a 484.

Sin embargo, la jurisprudencia francesa actual parece exigir el consentimiento del contratante cedido, y llega hasta el extremo de confundir la cesión de contrato con la delegación. Véase: C. Cass. Ch. Co. 6 mai 1997, Paris, Dalloz, p. 588, y C. Cass. 3ème Ch. civ. 12 décembre 2001, Paris, Dalloz, 2002, p. 984.

<sup>15</sup> Véase, por ejemplo: César GÓMEZ ESTRADA, *De los principales contratos civiles*, Bogotá, Ed. Temis, 1999, pp. 151 y 152.

en cuyo desarrollo no es fácilmente identificable un comportamiento negligente o imprudente. Así, siguiendo muy de cerca tanto las soluciones adoptadas por la jurisprudencia francesa a través de la aplicación del art. 1.384 inc. 1 CC fr.<sup>16</sup>, como las teorías de origen doctrinal, nuestro tribunal supremo decidió servirse del art. 2.356 CC (art. 2.329 CC ch.), e interpretarlo como la disposición que consagra un nuevo régimen de responsabilidad que sólo admite la prueba de la causa extraña, como causal de exoneración<sup>17</sup>.

Ahora bien, el art. 2.356 del CC ha sido interpretado por nuestra jurisprudencia como el texto legal que consagra un régimen objetivo de *responsabilidad por actividades consideradas peligrosas*, lo cual, de entrada, nos muestra dos grandes diferencias con el régimen francés de responsabilidad por el hecho de las cosas: en primer lugar, en el régimen colombiano, se exige un vínculo causal entre la actividad del hombre y el daño, mientras que en el régimen francés, la relación de causalidad sólo se exige entre la cosa y el daño, y el sujeto normativo es la persona que tienen la calidad de guardián (poderes de uso, control y dirección). En el Derecho colombiano hay, entonces, dos regímenes de responsabilidad por el hecho personal dañoso: uno por el hecho culposo y otro por el hecho considerado peligroso. En segundo lugar, el régimen francés es aplicable a todas las cosas que causan daños, aun las más anodinas, mientras que nuestro régimen sólo se aplica a aquellas actividades dañosas que han sido consideradas peligrosas, y no a todas las actividades; lo cual permite mayor flexibilidad y adaptación a los cambios en la *forma de vida* de nuestra sociedad<sup>18</sup>.

Es importante hacer mención expresa al hecho de que nuestra jurisprudencia, tradicionalmente, ha seguido muy de cerca el razonamiento del de-

<sup>16</sup> Principalmente los fallos Jand'heur (Ch. Réun.) de 13 de febrero de 1930, y Franck (Ch. Réun.) de 2 de diciembre de 1941. Henri CAPITANT, François TERRÉ et Yves LEQUETTE, *Les Grands Arrêts de la Jurisprudence Civile*, Paris, Ed. Dalloz, 2001, tome 2, pp. 256, 261 y 262.

<sup>17</sup> Las primeras sentencias en este sentido fueron: C.S.J. Cas. Civil. 14 de marzo de 1938 M.P. Ricardo Hineirosa Daza G.J., tomo XLVI, pp. 216 y 217 y C.S.J. Cas. Civil. 31 de mayo de 1938 M.P. Liborio Escallón. G. J., tomo XLVI, pp. 561 y 562.

Para un análisis más completo de nuestra jurisprudencia sobre la materia, consúltese: Fabricio MANTILLA ESPINOSA y Francisco TERNERA BARRIOS, "La interpretación *contra legem* del artículo 2.356 del *Código Civil* colombiano", en *Temas de responsabilidad civil. Cuadernos de análisis jurídico*, Santiago, Ed. Universidad Diego Portales, Escuela de derecho, Colección Derecho Privado 1, 2004, pp. 211 - 249.

<sup>18</sup> Véase: Francisco TERNERA BARRIOS y Fabricio MANTILLA ESPINOSA, "La responsabilité objective du fait des activités dangereuses. Etude de droit comparé français et colombien". Próxima aparición en *Revista Estudios socio-jurídicos*, Bogotá, Colombia, Ed. Universidad del Rosario.

cano Alessandri Rodríguez, quien proponía interpretar el art. 2.329 del CC ch. como una norma especial que consagra una presunción de culpa<sup>19</sup>. Ahora, la Corte Suprema de Justicia colombiana ha ido más lejos que el ilustre autor chileno, al excluir la prueba de la ausencia de culpa como causal de exoneración. Personalmente, creemos que, si bien es cierto que la posición de nuestra Corte es muy útil en la práctica, la tesis del jurista chileno es más técnica y rigurosa; ya que tanto el art. 2.329 del CC ch. como el art. 2.356 del CC col. hacen referencia expresa y reiterada a la culpa del agente como elemento de la norma jurídica, elemento que no puede ser ignorado vía interpretativa.

## II. CAMBIOS DESAFORTUNADOS

Tanto nuestra jurisprudencia como el legislador mercantil han introducido en nuestro Derecho teorías elaboradas en países extranjeros las cuales sólo han traído por resultado la creación de normas jurídicas que además de contradecir las demás disposiciones de nuestro ordenamiento jurídico, resultan completamente ineficaces, por no corresponder a la *forma de vida* y a las necesidades del pueblo colombiano. En este orden de ideas, haremos una breve mención a ciertos cambios desafortunados en materia de contratos (A) y de responsabilidad civil extracontractual (B).

### A. Derecho de los contratos

Es fundamental hacer mención a la inclusión de las nuevas figuras de invalidación de los contratos en la teoría general del contrato comercial. Los arts. 897 a 904 del CC consagran las figuras de invalidación de los contratos por vicisitudes en el período de formación. Dentro de esta óptica, los arts. 899 y 900 reglamentan el régimen jurídico de las nulidades absoluta y relativa (esta última llamada *anulabilidad* por el legislador mercantil) en los mismos términos que el *Código de Bello* (arts. 1.502 y 1.740 a 1.756 CC col. y arts. 1.445 y 1.681 a 1.697 CC ch.). Sin embargo, los arts. 897 y 898 establecen dos nuevas figuras: la *ineficacia de pleno derecho* y la *inexistencia*, figuras que no sólo resultan completamente innecesarias, sino que, además, crean gran incertidumbre con respecto a su régimen jurídico.

<sup>19</sup> Arturo ALESSANDRI RODRÍGUEZ, *De la responsabilidad extracontractual en el Derecho Civil*, Santiago, Imprenta Universitaria, 1984, pp. 292 a 300.

<sup>20</sup> Art. 897 del CCo.: "Cuando en este Código se exprese que un acto no produce efectos, se entenderá que es ineficaz de pleno derecho, sin necesidad de declaración judicial".

Las dos nuevas figuras son innecesarias. La ineficacia<sup>20</sup> no es nada distinta al mecanismo de protección del orden público y las buenas costumbres que consagró el legislador mediante inclusión de normas imperativas: "No podrán derogarse por convenios particulares las leyes en cuya observancia están interesados el orden público y las buenas costumbres" (art. 16 CC col). El art. 16 del CC tiene por función resolver un conflicto entre dos clases distintas de normas jurídicas: una principal, de carácter legal, que protege intereses generales del Estado colombiano<sup>21</sup>, y otra secundaria, de origen contractual, que consagra intereses diferentes.

Y la inexistencia, según el art. 898, se presenta por incumplimiento de las formalidades sustanciales o por falta de algún "elemento esencial del contrato". Por una parte, el art. 1.741 CC col. (art. 1.682 CC ch.) establece claramente que la sanción por incumplimiento de las formalidades sustanciales es la nulidad absoluta. Y, por otra parte, ¿cuáles son los famosos "elementos esenciales del contrato"? La doctrina colombiana después de dar muchas vueltas y esbozar diferentes fragmentos de distintas teorías, termina por afirmar que la *inexistencia de los contratos* existe desde el *Código de Bello*, pero, en mi humilde opinión, no consigue diferenciarla satisfactoria-

<sup>21</sup> Estos valores de orden superior se encuentran consagrados a lo largo de nuestro ordenamiento jurídico, el cual cuenta, además del art. 16 del CC col., con diversos instrumentos específicos para su control, a saber, la *causa* (art. 1.524 CC y 1.467 CC ch.) y el *objeto* del contrato (arts. 1.518 inc. 3, 1.519, 1.521, 1.523 y 1.525 CC col. y 1.461 inc. 3, 1.462, 1.465 y 1.466 CC ch.), que garantizan, en el período de formación de la convención, su conformidad con el orden público y las buenas costumbres, y el *efecto real del vínculo jurídico contractual*, es decir el resultado concreto producido por la existencia o ejecución de un vínculo jurídico nacido de una convención válida, sin tomar en consideración la intención de las partes, y sancionado por una norma jurídica específica, como en el caso de los arts. 47 del decreto 2.153 de 1992 y 34 de la ley 142 de 1994, los cuales sancionan las actuaciones y acuerdos cuyos efectos prácticos resultan contrarios a la libre competencia.

En la doctrina se suele diferenciar dos clases de orden público: *el orden público clásico* (propio de la concepción del *Estado-gendarme*), el cual vela por la preservación de los pilares de la sociedad, con una función esencialmente conservadora, que opera mediante prohibiciones (como la organización del *Estado* colombiano, art. 1 CN y 1.519 CC, las normas relativas a la *jurisdicción*, la institución de la *familia*, arts. 42 CN y 303, 304, 1.226, decreto 2.737 de 1989 art. 95, etc.), y las disposiciones en materia penal, y el *orden público económico* (característico de la concepción del *Estado de Bienestar*) el cual, además, impone obligaciones específicas a los particulares, ya sea en aras de orientar la actividad contractual en un sentido considerado favorable para la economía (*orden público de dirección*) (como en materia cambiaria o en el Derecho de la Competencia), ya sea con fines de protección de la parte débil de la relación contractual (*orden público de protección*) (los arts. 1.526, 1.743, 1.950 CC y 992, 1.031 y 1.162 CCo.).

mente de la nulidad absoluta<sup>22</sup>. ¿No resulta más fácil, entonces, seguir con nuestra vieja nulidad absoluta?<sup>23</sup>

Además, crean gran incertidumbre ya que parecen consagrar invalidaciones de los contratos por incumplimiento de normas sobre su formación, como la nulidad, pero sin delimitar claramente sus campos de aplicación, sin exigir la declaración judicial, y sin establecer el régimen jurídico aplicable a dichas invalidaciones. Y hasta ahora nuestra jurisprudencia no parece haber respondido a esta gran interrogante. En lo que respecta a la ineficacia de pleno derecho, no tengo conocimiento de ningún fallo en donde constate que un contrato es ineficaz. Hasta el momento, nuestra jurisprudencia, sólo se ha referido a cláusulas ineficaces, o que se tienen por no escritas, lo cual no cambia en nada lo dispuesto en el *Código* de Bello.

### B. Responsabilidad civil extracontractual

En materia de indemnización de perjuicios extracontractuales, el principal desacierto de nuestra jurisprudencia ha sido la importación de la teoría doctrinal francesa de la *culpa objetiva*. Según parte de la doctrina francesa<sup>24</sup> la culpa se ha convertido en “[...] una noción puramente objetiva, compuesta

<sup>22</sup> Consúltese, por ejemplo: Guillermo OSPINA FERNÁNDEZ y Eduardo OSPINA ACOSTA, *Teoría general del contrato y del negocio jurídico*, Bogotá, Ed. Temis, 1998, pp. 85 y 433 a 444. Paradójicamente, existe un importante fallo, de vieja data, en donde nuestro tribunal supremo explica claramente la inutilidad de la noción de inexistencia: C.S.J. Cas. Civil. 15 de septiembre de 1943, M.P. Daniel Anzola. G. J., tomo LVI, números 2001 a 2005, pp. 223 a 228.

<sup>23</sup> A parte de que tratar de clasificar las condiciones de validez como esenciales y no esenciales no parece obedecer a ningún criterio claro, es importante tener en cuenta que si existe una apariencia de contrato (porque se cumplieron por lo menos ciertas condiciones de formación) la parte que pretende sustraerse a las obligaciones que de éste se desprenden debe entrar a demostrar el incumplimiento de una de las condiciones de formación. Y si no hay ni siquiera apariencia de contrato (porque no se cumplió con ninguna, o con ciertas de las condiciones de formación), no habría forma de exigir el cumplimiento de obligación alguna, y el juez entraría solamente a constatar que nunca ha habido convención; lo cual no tienen nada que ver con el cumplimiento incompleto de las condiciones de formación de las convenciones, en circunstancias tales que exista una apariencia de contrato. Véase al respecto: Christian LARROUMET, *Les obligations. Le contrat*, Paris, Ed. Economica, 2003, p. 538 y ss. Sobre las normas de producción jurídica, consúltese: Riccardo GUASTINI, *Distin-guiendo*, Barcelona, Ed. Gedisa, 1999, pp. 307 a 342.

<sup>24</sup> MM. MAZEAUD et François CHABAS, *Leçons de droit civil. Obligations*, Paris, Ed. Montchrestien, 1991 p. 438 y ss.; Henri MAZEAUD, “La ‘faute objective’ et la responsabilité sans faute”, Dalloz chr., 1985 pp. 13 y 14; Alain BÉNABENT, *Les Obligations*, Paris, Ed. Montchrestien, 1997, p. 322 y Jacques FLOUR et Jean-Luc AUBERT, *Le fait juridique*, Paris, Ed. Armand Colin, 1997, p. 82 y ss.

únicamente por un comportamiento de hecho, jurídicamente calificado como anormal, sin que haya lugar a tomar en cuenta la psicología del autor”<sup>25</sup>.

Esta “nueva noción de culpa” fue elaborada por esta doctrina con el fin de buscar un fundamento único para todos los regímenes de responsabilidad civil extracontractual, y así negar el carácter objetivo de la responsabilidad por el hecho de las cosas (art. 1.384 inc. 1 CC fr.) y, de paso, tratar de explicar el art. 489-2 CC fr., en donde el legislador francés de 1968 dispuso que las personas afectadas por problemas mentales son susceptibles de cometer culpa, y por ende pueden ser responsables<sup>26</sup>.

Ahora bien, dicha teoría ha influido profundamente las decisiones de nuestra jurisprudencia, quien, aun hoy en día, sostiene que en el Derecho colombiano no existen regímenes objetivos de responsabilidad, y que, por el contrario, todas las normas de indemnización de perjuicios extracontractuales obedecen a un solo fundamento de origen moral: la culpa<sup>27</sup>. Sólo que ésta es una culpa objetiva.

Nuestra Corte Suprema hace alusión a la “culpa objetiva” no sólo en el régimen de responsabilidad por las actividades peligrosas (art. 2.356 CC)<sup>28</sup>

<sup>25</sup> BÉNABENT (n. 23), p. 322.

<sup>26</sup> A partir del 5 de mayo de 1984 la Corte de Casación Francesa ha hecho extensiva dicha solución a los infantes. Véase al respecto: Patrice JOURDAIN, *Les principes de la responsabilité civile*, Paris, Ed. Dalloz. Coll. Connaissance du droit, 1998, p. 73 y ss.

<sup>27</sup> En nuestra jurisprudencia civil aún se hacen afirmaciones como: “En Colombia, a pesar de la utilización más o menos esporádica del término ‘riesgo’ [...], la Corte Suprema ha insistido en que la responsabilidad civil extracontractual prevista en el Código Civil viene impregnada de las tesis subjetivas que entronizan la culpa como criterio fundamental de la responsabilidad”. C.S.J. Cas. Civ. 22 de mayo de 2000. M.P. Jorge Santos Ballesteros. Jurisprudencia y Doctrina 07/2000 p. 1.138.

<sup>28</sup> Recomendamos consultar, sobre la utilización de vehículos automotores terrestres: C.S.J. Cas. Civ. 23 de octubre de 2001. M.P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo. Jurisprudencia y Doctrina 12/2001, pp. 2.439 y 2.440. Respecto a la conducción y suministro de energía eléctrica: C.S.J. Cas. Civ. 30 de septiembre de 2002. M.P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo. Jurisprudencia y Doctrina 12/2002, p. 2.613 y ss. En lo referente a daños causados por la utilización de ciertas máquinas: C.S.J. Cas. Civil. 31 de mayo de 1938 M.P. Liborio Escallón. G.J., tomo XLVI, pp. 561 y 562. Respecto a la fumigación de cultivos con sustancias tóxicas: C.S.J. Cas. Civ. 20 de agosto de 1987. M.P. Héctor Marín Naranjo. G.J., número 2.427 p. 136 y ss. Sobre la construcción de edificios: C.S.J. Cas. Civ. 27 de abril de 1990. M.P. Héctor Marín Naranjo. G.J., número 2.439, p. 158 y ss. Respecto a daños causados por elevadores: C.S.J. Cas. Civ. 1 de octubre de 1963. M.P. Gustavo Fajardo Pinzón. G.J., números 2.268 - 2.269, p. 161 y ss. Y en lo que respecta a la demolición de inmuebles: C.S.J. Cas. Civ. 8 de mayo de 1979. M.P. Guillermo Ospina Fernández. G. J., números 2.310, 2.311 y 2.312, p. 95 y ss.

sino, además, en las decisiones sobre los daños causados por animales fieros (art. 2.354 CC)<sup>29</sup> y por el hecho del edificio en ruinas (art. 2.350 CC)<sup>30</sup>.

Esta posición resulta muy criticable, pues pretender mantener la culpa como fundamento único de la teoría de la responsabilidad civil, so pretexto de conservar el reproche moral al comportamiento del agente, y, al mismo tiempo, suprimir su carácter subjetivo, no es más que una contradicción hipócrita que sólo consigue desnaturalizar el significado de la palabra 'culpa'. La culpa para la sociedad colombiana implica un *juicio de valor*, éste es el uso corriente que se hace de dicha palabra, de este modo la entendió el legislador, así la entienden y la usan los colombianos en sus vidas cotidianas y nuestros jueces en sus providencias. ¡No se puede cerrar los ojos ante esta realidad!

La palabra 'culpa' no es una expresión *descriptiva* que se limite a enunciar meras situaciones de hecho, ni a dar cuenta de atributos o características propias de cierta clase de comportamientos, sino una palabra que se usa para expresar un *juicio de valor* sobre una conducta concreta que es desaprobada, censurada, considerada reprochable por la sociedad. Por esta razón, las normas que sancionan la indemnización de perjuicios causados por dichos comportamientos tienen, en gran medida, una finalidad disuasiva<sup>31</sup>.

El objetivo de esta breve exposición no es explicar, a través de una teoría general, todos los cambios que ha sufrido nuestro Derecho de las Obligaciones desde la adopción del *Código* de Bello, ni intentar sistematizar (si es que se puede) las diferentes corrientes de pensamiento que han influido estas modificaciones, sino, simplemente, traer a colación algunos de estos cambios (algunos acertados, otros desacertados), y tratar de dejar muy en claro que la única forma de abordar el estudio del *Code Civil* y del *Código* de Bello es de manera *monumental y crítica*.

<sup>29</sup> Véase: C.S.J. Sala Plena, 6 de abril de 1989. M.P. Jairo Duque Pérez. G.J. número 2.436, pp. 143 a 147.

<sup>30</sup> Véase: C.S.J. Cas. Civ. 5 de abril de 1978. M.P. Ricardo Uribe Holguín, G.J., número 2.399, pp. 54 y 55.

<sup>31</sup> Véase un análisis completo al respecto en: Fabricio MANTILLA ESPINOSA y Francisco TERNERA BARRIOS, "La noción de culpa en la responsabilidad civil extracontractual". en *Revista Actualidad Jurídica*, N° 11, Santiago, Concepción, Ed. Universidad del Desarrollo, enero 2005, pp. 213 - 230.

## CONTRA LA INFLUENCIA DEL *CODE*

*Iñigo de la Maza*

*Buenas leyes civiles son el mayor bien  
que los hombres pueden dar y recibir.*

Jean-Étienne-Marie Portalis

Los trabajos de los profesores Guzmán y Domínguez parecen constituir una prueba suficiente de dos cosas. La primera de ellas es la influencia, aunque decreciente, del *Code* en las codificaciones americanas del siglo XIX. Sobre esto, informa generosamente la penetrante erudición del trabajo del profesor Alejandro Guzmán. Asimismo, pero esta vez respecto a la enseñanza del Derecho en el siglo XX en Chile, el trabajo del profesor Ramón Domínguez muestra lúcidamente, en mi opinión, la fortuna, algo desmejorada en los últimos tiempos, de la doctrina francesa en la enseñanza del Derecho en Chile durante el siglo XX.

En relación, ahora, con el trabajo del profesor Fabricio Mantilla, debo advertir que, si bien se trata de un trabajo refrescante y atento a las reglas del oficio académico, desgraciadamente, carezco de la familiaridad necesaria con la evolución del Derecho de Obligaciones colombiano para juzgar su contenido. Con todo, desearía comenzar este comentario allí donde concluye el trabajo del profesor Mantilla. La última frase de la comunicación que ha entregado Fabricio Mantilla a este congreso señala que: "es claro que la única forma de abordar el estudio del *Code Civil* y del *Código* de Bello es de manera monumental y crítica".

La comprensión de esta frase precisa dar una mirada al epígrafe que inaugura el trabajo del profesor Mantilla. Se trata de un extracto de la Doceava Consideración Intempestiva de Nietzsche que nos llama, creo, a alejarnos de la complacencia que suele permear nuestros estudios del *Código Civil*. Porque lo que parece sugerir este epígrafe a propósito de mi tema es que una aproximación fructífera al *Code* o al *Código* de Bello no debe detenerse en los elogios que indudablemente ambos merecen, sino que debe continuar con su crítica.

Lo que desearía sugerir es que el proceso de codificación que tiene lugar a partir de fines del siglo XVIII resulta inteligible únicamente desde cier-