

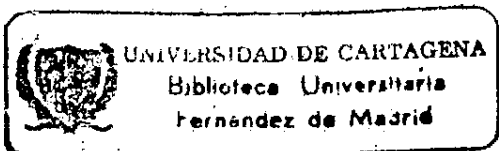
345
M15
g.1

UNIVERSIDAD DE CARTAGENA

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS.

***CARACTERES DISTINTIVOS DEL DERECHO**

CIVIL*



TESIS PRESENTADA POR EL SEÑOR
JORGE MALDONADO DE ARMAS, PARA
OPTAR EL TITULO DE DOCTOR EN
DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS.

SCIB
00018653-1

DEPARTAMENTO DE
BIBLIOTECA
UNIVERSIDAD DE CARTAGENA

23326

UNIVERSIDAD DE CARTAGENA

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS

RECTOR DE LA UNIVERSIDAD

Dr. MANUEL RAYON RAYON O P.

SECRETARIO GENERAL

Dr. ALVARO BARRIOS ANDRÉS.

DECANO DE LA FACULTAD

Dr. PEDRO PACHECO OCHOA.-

SECRETARIO DE LA FACULTAD

Dr. JULIO VARELA ESPINOSA.-

REGISTRADOR DE ANADA

Dr. RAUL H BARRIOS.

REGISTRADOR HONORARIO

Dr. JUAN IGNACIO GONZALEZ.

EXAMINADORES

Dr. ANTON MERCADO.

Dr. CARLOS TORRES BUSTAMANTE.

Dr.

*LA FACULTAD NO APREHENDIENDO
PRIMERAS LAS OPINIONES EXPRESADAS EN
ESTA SESION, TALES OPINIONES SON
CONSIDERADAS PROPIAS DE SU AUTOR
(Art. 83 del Reglamento).—

PRIMERA PARTECAPITULO IANTECEDENTES HISTORICOS

El antecedente primero del Derecho Civil lo encontramos en el Derecho Quiritarie de la Roma Real de los primeros tiempos. El Jure Quiritum era el Derecho propio de los quirites, es decir, de los varones púberes portadores de armas. Con el tránsito político de la monarquía a la república el civis - ciudadano reemplazó al quirites y el antiguo Derecho Quiritarie se convirtió en Derecho Civil. El ius civile, era pues, en los primeros tiempos de la república, el "ius proprium civium romanorum" es decir el Derecho aplicable especialmente a los ciudadanos romanos, por oposición al ius gentium, común a los diversos pueblos. El Derecho Civil abarcaba así, en Ro-

na, tanto las instituciones de Derecho Público como las de Derecho Privado; era pues amplia - por su objeto pero delimitada por su sujeto : El ciudadano romano. La fuente propia del Derecho Civil era la ley (lex) votada en los comicios (comitia) compuestos, precisamente, por los varones púberes portadores de armas.

Primitivamente Roma fué un pueblo rural y militar. El Derecho Civil bastaba perfectamente para regir la vida simple de esa comunidad restringida cualitativa y cuantitativamente. Pero con el curso del tiempo las progresivas conquistas fueron cambiando el aspecto de dicha comunidad y haciendo del Estado un Imperio y de la ciudad una verdadera urbe. Lo que más asombra, precisamente, en la historia del Derecho Romano, es la flexibilidad de su evolución, cumplida a paso a paso, paralelamente a -

una realidad de complejidad creciente. Los artifices de esta evolución fueron los magistrados preteros, que gozaban de una facultad llamada ius edicti, que consistía en lo siguiente: Al comienczo de su mandato, por medio de un edicto, estos magistrados formulaban las normas generales, complementarias del ius civile, a las cuales ajustarian su imperio. Algunas de estas normas se repetían en los edictos de los preteros sucesivos, y, de este modo, junto al antiguo Derecho Civil, fué proliferando este ius honorarium.

Esta bipartición del Derecho Común (en Derecho Civil y Derecho Honorario), propia de la época clásica, perdió actualidad e interés cuando la ciudadanía fué concedida a todos los súbditos del Imperio por Antonino Caracalla (año 212 d. J. C.) Desde es-

tonces la expresión Derecho Civil fué sinónimo de
Derecho Romano.

2o. En la Edad Media, con la caída de Roma, el Derecho Romano continuó rigiendo de esbstante, como Derecho Común, en todo aquello en que no se innovó especialmente. Esto último ocurrió en dos órdenes de cosas: En primer lugar en todo lo que podemos denominar hoy Derecho Público, pues, naturalmente, los señores impusieron sus propios criterios, estatutos y costumbres en lo atinente a la forma de gobierno. La situación de privilegio en que quedaban los señores se consolidó con el tiempo en el régimen feudal. El Derecho Civil pasó de este modo, como Derecho Romano celta y subsiguiente, a equivaler a lo que denominaríamos Derecho PRIVADO. Y aquí viene la segunda limitación que impuso el nuevo orden de cosas: Algunas instituciones

pasaron a depender directamente de las autoridades eclesiásticas y a formar parte del Derecho Eclesiástico (tal por ejemplo, el matrimonio).

El Derecho Civil, según lo visto en el párrafo anterior, tiene ahora el contenido del Derecho Privado con excepción de aquellas instituciones que, por motivos especiales, se excluyen de su órbita. Este es el concepto que, con un contenido cada vez más limitado por dichas excepciones cada vez numerosas, llega hasta nuestros días. A fin de la Edad Media, el impulso creciente que anima a la navegación, y el florecimiento comercial, particularmente notable en algunas ciudades italianas, originan el desprendimiento del Derecho Comercial Marítimo, como un Derecho especialmente aplicable a los comerciantes. El proceso de desgajamiento no paró en esto. Del tronco común del Derecho Civil, atendiendo a circunstancias diversas históricas-

centigentes, se han ido desprendiendo otros ramales y subramales, Derecho Comercial (seguros, cambiario, etc), Derecho del Trabajo, Derecho Minero, Derecho Social, Industrial, etc. El Derecho Civil ha quedado así con el carácter del Derecho Común porque mientras en una relación jurídica no existan las circunstancias especiales (comercio, trabajo, minas, etc) a que se ha hecho referencia, corresponderá esa relación jurídica al Derecho Civil.

Esto trae dos consecuencias importantes: 1o) El Derecho Civil interesa y se aplica a todas las personas, mientras que las ramas de él desprendidas no tienen, en principio, la misma generalidad; 2o) El Derecho Civil tiene carácter supletorio, pues, en la medida en que se han establecido normas especiales, se entiende

que, volviendo a lo común, sea de aplicación las normas del Derecho Civil.

CAPITULO II

DEFINICION Y CONTENIDO

5.- Al hacer la reseña de sus antecedentes, hemos visto que, a lo largo de la historia, el Derecho Civil ha cambiado sus límites y contenido. Comprende en un principio de todo el Derecho, fuera de predicándose de su seno, progresivamente, diversas ramas, proceso que no puede considerarse definitivamente terminado. La definición del Derecho Civil trepiera, pues con la principal dificultad de la mutación histórica de su objeto.-

Los civilistas no coinciden en cuanto a la definición de su disciplina. Así, algunos, para hacerse

cargo de la dificultad antes referida aludea, precisamente, al carácter residual del Derecho Civil:

"Si un tema determinado no es propio del Derecho Público, ni concurren a su respecto los caracteres propios de la relación jurídica mercantil, ni se trata de actuación en los procesos, ni de minas, ni de relaciones de trabajo, ni de materia de otra rama alguna, el tema es simplemente de Derecho, o sea de ius civile, es decir de Derecho Civil".¹

Otra vía seguida para la definición del Derecho Civil consiste en una enumeración dogmática de su contenido actual. Así dice por ejemplo Salvat: "...reglamenta la familia, las obligaciones y contratos, la propiedad y demás derechos reales y el

derecho sucesión".! Otros autores incluyen en esta enumeración del contenido la teoría general de las personas, de las cosas, y de los actos; el patrimonio y la prescripción; la aplicación de la ley en el tiempo y el espacio, etc. (Curso de Derecho Civil, Arturo Alessandri Rodríguez y Manuel Bonarriva Ugarraga; Arturo Valencia Zea, y otros), pero, en rigor, estos últimos temas trascienden el campo del Derecho Civil y pertenecen a una teoría general del Derecho, común a todas las ramas. La circunstancia de que tradicionalmente estos temas generales se tratan en la disciplina del Derecho Civil e se les legisla dentro del Código de la materia, constituye una tradición respetable, -

pero no es científicamente decisiva, atento al carácter general de las instituciones aludidas.

Precisamente en esta confusión entre el Derecho Civil y Teoría general del Derecho descansa otro intento de definición, según el cual el Derecho Civil tendría un manifiesto carácter supletorio. Una relación jurídica podrá ser comercial, pero en cuanto a sus sujetos rige el Derecho Civil, que es ^{el} que se refiere a las personas en tanto que tales. Otra relación será penal (p. ejem. un robo) pero la determinación del carácter de cosa del objeto del robo será dada por el Derecho Civil. Este intento de definición es el menos satisfactorio, porque descansa en la confusión apuntada y olvida que, sin perjuicio de su carácter supletorio, hay algunas materias específicamente civiles, por ej., las sucesiones o la familia.

Otra vía seguida para definir el Derecho Civil, es la que lo definió como "el derecho que considera al hombre en su carácter de tal, en sus RELACIONES DE CARACTER SIMPLEMENTE HUMANO".

Alexandri Rodríguez y Semarriva Undurraga lo define de la siguiente manera: "Sistéticamente, el Derecho Civil se define como el Derecho Privado común y general; en forma descriptiva como el conjunto de principios y preceptos jurídicos sobre la personalidad y las relaciones patrimoniales y de familia". Por la misma tendencia se definen los otros nacionales.

En resumen, podemos decir que el Derecho Civil, como rama de la Ciencia Jurídica propia de los países de tradición romanista, es la rama de dicha Ciencia que se refiere a aquellas relaciones jurídicas -sustanciales (por oposición a procesales -formando

Merales y otros) en que las personas actúan como sujetos de Derecho Privado, siempre que no medie ninguna de las razones dogmática-valerativas que han originado, en la mayoría de los países, la paulatina separación de las demás ramas del Derecho Privado (Comercial, del Trabajo, de Minas, etc.) - En términos de eliminación, podría decirse que Derecho Civil es, actualmente, "lo que ha quedado del Derecho Privado después de consumada la segregación de las otras ramas del mismo".-

En otros términos, Derecho Civil, como rama o parte del Derecho (no ya de la Ciencia Jurídica), podemos definirlo como el gólce residual (después del conocido desprendimiento de las subramas) del Derecho Privado Nacional sustancial. Es decir, "el-

conjunto de relaciones jurídicas de fende, de Do-
reche. Privado y sin calificación especial. -

C A P I T U L O I I I
~~XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX~~**INSTITUCIONES DEL DERECHO CIVIL**

5.º- Pese a que entendemos que algunas instituciones enclabadas en este número son más propias de una Teoría General del Derecho que del Derecho Civil propiamente dicho (como lo han expuesto muchos de los autores consultados por nosotros), por motivos prácticos trataremos en este párrafo dichas instituciones generales, conservando así la tradición civilista (autores franceses, chilenos y nacionales) y ajustáremos también al orden positivo vigente, en la medida en que esas instituciones generales están tratadas en el Código Civil Colombiano.

a) Personas o sujetos de derecho.- Nuestro Código, en su art. 74, define a las personas como "todos los individuos de la especie humana, cualquiera que sea su edad, sexo, estirpe o condición". Desde los tiempos de Justiniano constituyen la primera materia de estudio porque "toda ley se ha establecido por causa de ellas" (sive ius personarum causa constituta est).

"Persona, desde el punto de vista jurídico, es todo ser capaz de tener derechos y obligaciones". Siendo la palabra ser puramente formal, resulta que podemos definir la personalidad jurídica como la mera susceptibilidad de admitir derechos e contraer obligaciones.

El jurista italiano Ferrara recuerda que originariamente la palabra persona servía para designar la máscara que usaban los actores latinos para ampliar el volumen de su voz y concluye que la personalidad jurídica, es, en definitiva, algo muy semejante: Una calidad o sello que el orden jurídico atribuye alif donde lo considera conveniente. -

"Según este el ser podría ser cualquiera: tanto un hombre o una asociación, como un ser imaginario, un animal o una piedra". La concepción de Ferrara y en menor grado la de Nelson que dice: "la persona es sólo una expresión unitaria personificadora para un haz de deberes y facultades jurídicas, es decir, para un complejo de normas", no parecen establecer una vinculación especial entre las nociones

de "persona y de hombre". Como ejemplo clásico citan al de Calígula, emperador romano que hizo nombrar cónsul a su caballo. Es sabido, por otra parte, que en las que denominamos "pueblos primitivos" es frecuente la adjudicación de ciertos "derechos" a animales y aún a cosas inanimadas.-

El Código Civil establece que las personas son de dos clases: Naturales y Jurídicas. Son personas naturales o físicas, de carne y hueso, como dice Jasserand, las que tienen una existencia material; las personas jurídicas o morales, las que no poseen existencia corpórea, física, sino inmaterial, puramente jurídica.-

Según lo primero, personas naturales son todos

los seres humanos, considerados en sus dos sexos, nacidos y concebidos en el seno materno, y aunque presentasen deformaciones más o menos graves. La Constitución Nacional consagra la igualdad civil de todas las personas ante la ley, cualquiera sea su condición, raza o nacionalidad. No existen contra nosotros ni la esclavitud ni la muerte civil, instituciones arcaicas que privaban a las personas de la mayoría de los derechos, "lo que significaba prácticamente suprimirlas de la sociedad".

Nuestro Código distingue dos períodos en la existencia de las Personas: uno anterior al nacimiento (art. 91), durante el cual las llama personas por nacer, y otro que se inicia con el nacimiento (art. 90) y que corresponde a las personas naturales pre-

niamente dichas. El artículo 91 define a las personas per nacer que "La ley protege la vida del - que está per nacer", más adelante añade (art 93): "Los derechos que se deferirían a la criatura que está en el vientro materno, si hubiese nacido y - viviese, estaría supuestos hasta que el nacimiento se efectúe". "Y si el nacimiento constituye un principio de existencia, entrará al recién nacido en el goce de dichos derechos, como si hubiese existido al tiempo en que se defirieren". (el subrayado es nuestro). El ser intrauterino es, pues, también sujeto de derechos y puede adquirir derechos - a título de denegación o herencia, a condición de que nazca vivo, aunque la vida sea sólo por unos instantes, después de separarse del seno materno."

Ya hemos dicho que, además de las personas de existencia visible o personas humanas, existe otra categoría de personas: las de existencia ideal, llamadas personas jurídicas. Los hombres no son los únicos sujetos de derechos sino que también tienen este carácter muchas asociaciones formadas por la reunión y la colaboración de los seres humanos para satisfacer necesidades o cumplir finalidades que escapan a sus facultades aisladas. En este sentido dice nuestro Código Civil que "Se llama persona jurídica, una persona ficticia, capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones civiles, y de ser representada judicial y extrajudicialmente".

"Las personas jurídicas son de dos especies: corporaciones y fundaciones de beneficencia pública".

"Hay personas jurídicas que participan de una y otra

carácter".

"La nación, los departamentos, los municipios, los establecimientos de beneficencia y los de instrucción pública, las corporaciones creadas o reconocidas por la ley, son personas jurídicas".

"Son personas jurídicas las iglesias asociaciones religiosas de la religión católica".

"Las sociedades masónicas podrán obtener del gobierno personalidad jurídica de acuerdo con la ley y decreto que reglamentan la materia".

"No son personas jurídicas las fundaciones o corporaciones que no se hayan establecido en virtud de una ley".

"Las sociedades industriales no están comprendidas en las disposiciones de este título; sus derechos y obliga -

ciencia sea reglada, según su naturaleza, por otros
títulos de este Código, y por el Código de Comercio".

"Tampoco se extienden las disposiciones de este
título a las corporaciones e fundaciones de derecho
público, como los establecimientos que se ocupan con
fondos del tesoro nacional".

CAPITULO IV

HECHOS Y ACTOS JURIDICOS

7.- Al analizar en el punto anterior las personas e sujetos de Derecho hemos tratado uno de esos temas en que el Derecho Civil se ocupa, en realidad, de una materia de carácter general e común a todas las ramas del Derecho, y por ello propia de la Teoría General. La persona e sujeto de Derecho es uno de esos elementos esenciales a todo Derecho, ya que se encuentra aludida en la estructura de la norma jurídica- tanto en el sujeto obligado como en el titular e pretensor.- La teoría General estudia en términos generales la noción de derecho en sentido subjetivo e relación jurídica y el concepto de derecho subjetivo. El Derecho Civil estudia específicamente, de -

acuerde con un Ordenamiento jurídico dado, quiénes y en qué medida pueden ocupar ese lugar (sujeto activo e pasivo- Conf. Obligaciones del Dr. Ismael A. Guete), en una norma jurídica.-

Otro tema en el que el Derecho Civil precisa en relación a determinado Derecho positivo las nociones esclarecidas por la Teoría General, sin limitación de tiempo y lugar, es el que estudiamos en este parágrafo: Los Hechos y actos jurídicos.- En toda norma hay un hecho antecedente, a cuya efectiva ocurrencia se imputa la prestación e consecuencia jurídica. Es decir, en una palabra, el hecho antecedente que determina un deber del obligado y una facultad del pretensor, e en otros términos a raíz del hecho antecedente "nacen" derechos y obligaciones.

DEPARTAMENTO DE
BIBLIOTECA
UNIVERSIDAD DE CASTAÑA

"Hecho jurídico es, pues, todo suceso de la naturaleza o del hombre que produce efectos de derechos. Estos efectos pueden ser la adquisición, la modificación o la pérdida de un derecho subjetivo".

Se comprenden en esta definición tanto meros acontecimientos de la naturaleza como hechos del hombre; ambos pueden en efecto, funcionar como hechos antecedentes en una norma jurídica, dando nacimiento a derechos y obligaciones (deberes). Como ejemplos de hechos naturales que producen dichos "efectos" jurídicos podemos mencionar el nacimiento, la muerte, la destrucción natural de una cosa, el derrumbe de un edificio, etc.

Por su parte, los hechos humanos pueden ser voluntarios o involuntarios. Los hechos se juzgan voluntarios si son ejecutados con discernimiento, inten-

ción y libertad".

Los hechos voluntarios son lícitos e ilícitos. Nos ocuparemos de estos últimos más adelante en conexión con las obligaciones que derivan de los mismos. En cuanto a los hechos voluntarios lícitos pueden ser: 1o) Meros hechos con efectos jurídicos e 2o) Actos Jurídicos. Los primeros no tienen per fin inmediato crear, modificar o extinguir derechos u obligaciones, sino que la ley adjudica a tales hechos algún "efecto" jurídica. Así, por ejemplo, el que hace reparaciones urgentes en la propiedad del amigo ausente no tiene en mira entablar una relación jurídica sino, simplemente, prevenir un perjuicio. La ley, establece, sin embargo, que el beneficiario debe indemnizar al benefactor, dentro de la medida del beneficio obtenido, por los gastos hechos (gestión de negocios, *negotiorum gestio*; L. IV-T XXXIII-

Cap. 1o. C.C.).

En cambio, los actos jurídicos tienen por fin establecer relaciones jurídicas, crear, modificar, transferir o extinguir derechos u obligaciones. La ley civil, en efecto, admite en numerosas casos que la voluntad de las partes, debidamente manifestada, funcione como hecho antecedente de la obligación. Los sujetos no se encuentran directamente obligados por la norma general contenida en la ley, sino que ésta admite que ellos, por medio de una manifestación de voluntad, se sometan voluntariamente a ciertas obligaciones, dando así origen de crear o de la norma individual correspondiente a su caso. Así, por ejemplo, la manifestación de voluntad de los contratantes es necesaria

para que ellos se encuentren sometidos a los derechos y obligaciones que surgen del matrimonio, la manifestación de voluntad del testador es decisiva (dentro de ciertos límites) con relación al destino a darse a sus bienes, y, en fin, en el caso campo de los contratos, la manifestación de voluntad de los contratantes, no solamente es decisiva para el nacimiento de los derechos y obligaciones que derivan del acto, sino que también es decisiva en relación al contenido mismo de dichos derechos y obligaciones.-

CAPITULO Y

CAPACIDAD LEGAL, CAPACIDAD DE HECHO Y DE DERECHO (CAPACIDAD DE GOCE Y DE EJERCICIO).-

"La capacidad legal de una persona consiste en poderse obligar por sí misma y sin el ministerio o la autorización de otra" (art. 1502, inc. 2o.), e, en otras palabras, la aptitud de las personas para adquirir derechos y contraer obligaciones. La capacidad e incapacidad de las personas depende exclusivamente de la ley: los particulares no pueden modificarla en forma alguna, porque es una materia que interesa al orden público. Para nuestro Código Civil la capacidad es la regla y la incapacidad la excepción: El artículo 1503 establece que se reputan capaces todas las personas que el Código ("ley)

no declare expresamente incapaces.-

Existen dos clases de capacidad: La de derecho e goce y la de hecho e ejercicio. La capacidad de derecho es la aptitud de una persona para ser titular de derecho. La capacidad de hecho se relaciona con el ejercicio de los derechos, pues ejercer un derecho es ponerle en ejecución. Se refiere pues a la aptitud de las personas humanas para ejercer por sí mismas sus derechos (capacidad de obrar). Un demente, por ejemplo, sería incapaz de hecho pero capaz de derecho: Podría ser propietario de un campo, pero no podría enajenarlo por sí mismo. La incapacidad de derecho es siempre relativa, este es, referente a determinados derechos; de ser absoluta, desaparecería el sujeto de derecho, ca

no ocurría antiguamente con la esclavitud y la muerte civil. La incapacidad de hecho puede ser absoluta o relativa. Es absoluta cuando la persona está inhabilitada para el ejercicio de todos sus derechos; es el caso de las personas por nacer (art. 93), los menores impúberes, los dementes, los sordomudos que no saben darse a entender por escrito (art. 1504) y los ausentes declarados tales en juicio (art. 97.-

CAPITULO VI

LAS COSAS Y SUS CLASIFICACIONES

11.- En el lenguaje vulgar, la palabra cosa se emplea para designar todo aquello que existe (COO y MAGOS, El Espectador, Suplemento Magazine Dominical, pág 15, La Voz y el Signo 18-Ene-69), tenga o no valor económico. Así, por ejemplo, el sol, el aire, el océano, etc. En el lenguaje jurídico, la misma palabra tiene un significado técnico más restringido: Para que un objeto pueda ser considerado como cosa son necesarias las condiciones (art. 653): a) que se trate de objetos corpóreos, que caen bajo la acción de los sentidos; b) que sean susceptibles de tener un valor económico (como los créditos) y las servidumbres activas.-

En materia jurídica, se emplea también la palabra bienes, que es la que prefiere maestro Césaire y que el artículo 653, inc. 1.º, define: "Los bienes consisten en cosas corporales e incorpóreas". En su sentido genérico, la palabra bienes comprende los bienes e derechos y las cosas. En una palabra, todos los objetos, corporales e incorpóreas, susceptibles de tener un valor económico. De otro lado, la palabra bienes designa los derechos mismos, de los cuales los derechos son susceptibles. La palabra bienes nos parece la más acertada porque las cosas, en efecto, no tienen valor por ellas mismas. No nos procuran su utilidad más que por efectos de los derechos que sobre ellas tenemos. Puede decirse, pues, que son esos derechos los que tienen un va-

lor y que por la misma sean los bienes. En tal sentido debe tomarse el artículo 667 del C.C. el cuasi-contrato. 4o) el delito y 5o. el cuasi-delito. Obligaciones ex-lege, ex-contractu, cuasi-contractu, y cuasi-delito. Esta sistematización ha sido objeto de numerosas y bien fundadas críticas. Ante todo es necesario ejemplificar sumariamente los diversos grupos, facilitando así la comprensión del criterio que les preside.

Como caso de obligación derivada de la ley se menciona la obligación alimentaria entre ciertos parientes (por ejemplo entre cónyuges e entre padres e hijos). Como caso de obligación derivada de un contrato cabe citar el pago del alquiler por el inquilino o el precio de la venta sucedida por el comprador.

Como caso de obligación cuasi-ex-contractu, es clásico el de la gestión de negocios: verbi gratia un hombre fallece alejado de sus bienes y algún vecino atiende a su entierro y a la urgente administración de sus bienes: de aquí surge para los herederos la obligación de resarcir al gestor (el vecino en cuestión) los gastos habidos en dichas diligencias. Hay delito (civil) si procede intencionalmente a cometer un acto susceptible de apreciación pecuniaria ~~matada~~ por ejemplo animales o destruyendo cosas de su vecino. Hay por fin cuasi-delito si dicho acto deriva de un acto que pere no ha sido querido intencionalmente. En el cuasi-delito no hay delo sine culpa: por ejemplo quemar mis pastos secos y el viento arrastra las llamas causando destrucción en el campo del vecino, atropello con el automóvil a una persona, por imperi -

cia e por exceso de velocidad. "Para evitar confusiones terminológicas, tengase presente que estos cuasi-delitos civiles si configuran un delito del Código Penal son calificados, en Derecho Penal, como delitos culposos".

Obligaciones "ex lege".- En lo que se refiere a la ley, muchos tratadistas han tratado de elevarla al rango de fuente única de las obligaciones, sobre la base de que no puede existir ningún derecho que no sea sancionado por la ley. Pero si bien la ley - (el derecho objetivo) es siempre necesaria para que exista una obligación, se señala que no siempre basta la ley. Generalmente es necesario también un acto del hombre para que el derecho tenga nacimiento. Es-

te acto, previsto precisamente por la ley, funciona pues como hecho antecedente a como fuente de la obligación. En las obligaciones ex-legis, en cambio, parecería que basta el solo precepto legal para que el derecho se origine y por ello la doctrina tradicional caumera a la ley entre las fuentes de las obligaciones. A sí por ejemplo, la obligación alimentaria que existe entre cónyuges e entre padres e hijos, sancionada por el legislador, tendría una fuente exclusiva en la ley, por cuanto no necesita de un acto del hombre para surgir.

Obligaciones "ex-contractu".- 15.- "Contrato e con-

vención es un acto por la cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer e no hacer alguna cosa.

Cada parte puede ser de una e de muchas personas".

(art. 1495 C.C.) "El contrato es el acuerdo de varias personas sobre una declaración de voluntad común, destinada a reglar sus derechos". La existencia de un contrato exige, pues, la concurrencia de dos requisitos: a) La intervención de dos o más personas que se ponen de acuerdo sobre una declaración de voluntad común. Por ejemplo, en el contrato de compraventa hay un acuerdo de voluntades entre el comprador y el vendedor acerca de que este último entregará una cosa determinada a cambio de un precio en dinero que pagará el comprador. El contrato de donación, aunque imparte un beneficio para el donatario, implica un acuerdo de voluntades porque la donación no existe ni es válida si no es aceptada por el donatario; b) El acuerdo de voluntades debe estar destinado a reglar los derechos de las partes. No habría un contrato, sino un mero convenio en

el caso de que varios amigos declaran en común su voluntad de cenar juntos, pues, aunque exista un acuerdo de voluntades, no se reglan los derechos de cada uno de ellos.

Obligaciones "quasi ex-contractu".- 16.-"De este grupo, oriundo del Derecho Romano, ha concluido de la doctrina moderna una "fuente" de obligaciones criticada hoy acerbamente y con toda justicia: el "quasi-contrato. En el contrato lo decisivo es el acuerdo de voluntades. En el "quasi-contrato" no existe acuerdo. "Que pueden tener ambos en común para hablar de quasi-contrato? Nada." Ya hemos visto la hipótesis de la gestión de negocios: deben reintegrarse al gestor los gastos realizados en la atención

de los negocios del ausente e impedido y, por su parte, aquél debe poner diligencia para no perjudicar los intereses que ha tomado voluntariamente a su cargo se pena de ser responsabilizado de los daños (art. 2308 del C.C.). Surgen de la gestión, como se ve, derechos y obligaciones recíprocos. -

Pero esto no basta para crear una categoría especial de fuente de obligaciones y para asimilarlas a los contratos. Otro ejemplo nítido es el pago de lo indebido. Se paga por error una suma de dinero a quien no es acreedor de la misma recibida en hecho voluntario y unilateral surge la obligación de quien ha recibido ese pago de restituir esa suma de dinero, -

que ^{sin} causa alguna, ha venido a engrasar injustamente su patrimonio .

Obligaciones "cuasi-delito" y "delito". 17.- El hecho ilícito es, desde el punto de vista del Derecho Civil, aquel que provoca un daño es decir, "siempre que se causare a otro un perjuicio susceptible de apreciación pecuniaria • directamente en las cosas de su dominio o posesión, e indirectamente por el mal hecho a su persona, o a sus derechos o facultades". Nuestro Código Civil, siguiendo en esto una correcta sistematización común en la doctrina moderna (legislador alemán), debería englobar bajo el nombre de hechos ilícitos, los delitos y los cuasi-delitos de la doctrina tradicional, ya que los efectos de un hecho y otro son iguales. Con la teoría de los hechos ilícitos como fuentes de obligaciones se trata nada menos que del problema de la responsabilidad

civil en su artículo 2341, según el cual "El que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización",... Significa este que todos deben ser responsables, de sus actos y reparar los daños que los mismos derivan o ocasionan. De aquí que los delitos y quasi-delitos están contemplados también por la ley penal que persigue el aseguramiento de la paz entre los individuos, la vida en sociedad, castigando al que perturba o pretende perturbar la normalidad jurídica.-

Consecuente con una concepción subjetiva de la responsabilidad, regístrate en nuestro código, a más del dolo objetivo, en principio, que el agente se pueda imputar dolo, culpa o negligencia. Pero en algunas hipótesis muy importantes se extiende esta responsabilidad

al daño causado por las personas que están bajo su dependencia o por las cosas de que se sirve e que tiene a su cuidado e se presume la culpa del propietario de una cosa inanimada de que sobrevenga daño, admitiéndose, sin embargo, en este último caso, que el propietario pruebe que no tiene culpa de su parte. Alguien debe responder, - en efecto, por el daño causado por los animales, los niños, o aun las cosas inanimadas, y en aras de la justicia y la solidaridad se restringe así la teoría subjetiva de la responsabilidad.

Quando en la comisión del hecho ilícito ha mediado ~~alguna~~ ~~intención~~ ~~de~~ ~~dañar~~, cuando ha sido ejecutado a sabiendas y con intención de dañar la persona o los derechos de otro, se habla de dolito civil. Cuando

al hecho se ha cometido sin intención de causar
daño la teoría tradicional habla de cuasidelitos.
Nuestro Código Civil denomina a estos hechos "he-
cho culpable", pero sin intención de dañar, como
tituye un delito ocasiona un daño a otro por cul-
pa o negligencia del agente quien está asimismo
obligado a la reparación del perjuicio. Es el caso
del automovilista que atropella por descuido a un
transcante e causa daños en otro vehículo, etc.-

La familia.- 20.- Los hechos naturales de la
unión de los esposos, de la crianza y autoridad so-
bre los hijos habidos de la misma y de la convi-
vencia de unidades domésticas del grupo así forma-
do, han determinado desde siempre una regulación

social y jurídica de los mismos, a la que se conoce con el nombre de familia. La familia no ha tenido ni tiene necesariamente la estructura que presenta en nuestra sociedad occidental moderna; por el contrario presenta diversos caracteres según las épocas, los pueblos y las religiones y el estado de civilización. La organización social y jurídica de la familia ha llegado incluso, en muchas partes, a distanciarse apreciablemente de su origen indudablemente natural, pero hay un punto que podemos considerar universal: la familia siempre comprende un grupo de adultos capacitados, de ambos sexos, que forman una unidad cooperativa económica (de producción y/o consumo). Otra institución jurídica estre-

chamente relacionada con la anterior es el parentesco que permite atribuir a todo individuo, desde su nacimiento, un lugar adecuado en dichas grupos familiares. La familia tiene un eje, o bien el apareamiento conyugal (reconociendo la escuela de los parientes-como la muestra, por ejemplo-) o bien fundamentalmente un grupo consanguíneo en el cual el apareamiento desempeña un papel secundario (entre los mayores, por ejemplo, la familia está compuesta por los hermanos y hermanas. El matrimonio formal que contraen las mujeres dura sólo tres días e inmediatamente el "padre" desaparece de la escena. El hijo queda con la madre y el tío materno ocupa para él

en lo que se refiere a cuidado, protección y enseñanza, el lugar del "padre"- V. Ralph Linton, Estudios del Hombre, México, 1944, p. 186-).

21.ª- Nuestra familia, como la de toda la sociedad occidental contemporánea, es conyugal: es decir, que está constituida predominantemente sobre la base del matrimonio, unión duradera, social y jurídicamente reconocida, de los sexos.

La patria potestad termina con la mayoría de edad de los hijos. Nuestra ley reconocía solamente el parentesco por consanguinidad • por afinidad, pero con la introducción del actual código civil se instituyó la adopción por la que se creó un parentesco puramente civil. Los grados del parentesco

ca, de gran importancia para el derecho sucesorio, se cuentan ascendiendo hasta el tronco común y descendiendo luego hasta el pariente cuyo grado de parentesco se desea conocer. Así por ejemplo, padres e hijo están en parentesco de primer grado.

Sucesiones.- 22.- Tal como la familia y en estrecha relación con el parentesco, la sucesión de los derechos de una persona sin motivo de su muerte es uno de los temas más antiguos del Derecho Civil. El sistema sucesorio de nuestra ley es el siguiente: Los descendientes, ascendientes y cónyuge son herederos forzosos; tiene asegura-

da por la ley una perción legitima en los bienes del causante (decuye). Por la parte se comprendi- da en la perción legitima de los herederos forzo- ses, el causante es dueño de disponer de sus bienes por medio de testamento. Se dice entonces que la su- cesión es testamentaria y la ley acepta la última - voluntad del causante. Cuando no hay testamento se dice que la sucesión es intestada (ab- intestate).-

Las sucesiones intestadas corresponden a los descen- dientes del difunto, a sus ascendientes, al cónyuge sobreviviente, y a los parientes consanguíneos don- tra del tercero y cuarto grado de consanguinidad.- -

"A falta de parientes en los grados indicados y a fal- ta de cónyuges sobrevivientes, la herencia pasa al mu- nicipio del último domicilio del causante".-

DEPARTAMENTO DE
BIBLIOTECA
UNIVERSIDAD DE SARTAGENA

Debes decir con Unger que la especie humana sobrevive al individuo. "El derecho sucesorio constituye el más claro triunfo de la especie humana sobre la muerte de los seres humanos".

23.- La autonomía de la voluntad individual.-El Derecho Civil respeta por encima de todas las consideraciones la autonomía de la voluntad individual; en todas las oportunidades esta autonomía es restringida; siempre por razones de orden público. Si quisieramos ese criterio tendríamos que así como el propietario puede disponer libremente de sus bienes (vender, hipotecar, permutar, aportar a una sociedad etc), la forma ideal de transmitir los bienes sería por el testamento, es decir, por la libre y soberana voluntad del disponente, la ley no debería hacer otra cosa sino interpretar una presunta voluntad del muerto, o sea disponer de los bienes en la misma forma en que lo hubiera el causante en caso de haber otorgado el testamento.

Y por ese camino se llegó a afirmar que la sucesión intestada no era otra cosa sino un testamento tácito.

Nuestra Ley Civil no se ha apartado del todo de tales puntos de vista aunque no los acoge, como la mayoría de los códigos de nuestros días, generalmente. Por eso las asignaciones forzosas constituyen la afirmación y el predominio de los mandatos jurídicos sobre el libre querer de los particulares. Unicamente las personas que no tienen ninguna familia en el momento de morir, ni padres ni hijos, pueden disponer libremente de sus bienes.

24.- Fundamentos de Orden Político y Social.- Salvo cuando el difunto no tiene quien lo herede, ni ha dejado testamento, estos pasan a poder del Estado; los socialistas sostienen que se efectúa una reversión de los bienes que el mismo estado confía a los asociados para su uso y explotación en bienestar de la sociedad.

Todos los estados modernos han aprovechado la circunstancia de la sucesión para percibir una parte de ellos en impuestos o bien la totalidad en el caso antes mencionada.

25.- Órdenes Hereditarias.- Como no se puede llamar a todos los parientes consanguíneos a heredar conjuntamente, la ley ha establecido los siguientes órdenes hereditarios y dentro de ellos los grados:

Primer orden hereditario.- Está compuesto por los descendientes legítimos del causante (hijos, nietos). Con este orden concurren los hijos naturales y los adoptivos; pero la porción de un hijo legítimo debe ser doble a la de un hijo natural o adoptivo.-

Segundo orden hereditario.- Lo forman los ascendientes legítimos del causante, en la sucesión del hijo natural. Es de rama concurrencia en la sucesión del hijo legítimo que sus padres hayan muerto y existan los abuelos; por este motivo podemos decir, en síntesis, que el segundo orden hereditario está integrado por los padres

naturales. También concurren aquí los hijos naturales y los adoptivos para recibir una cuota equivalente a la de uno de los padres. Finalmente concurre asimismo el cónyuge sobreviviente para recibir en unos casos la cuarta parte de la herencia, en otros la mitad.

Tercer orden hereditario.- Lo integran los hijos naturales, y a él concurren los hijos adoptivos y el cónyuge sobreviviente.-

Cuarto orden hereditario.- Este orden está formado por los hermanos (legítimos naturales) del causante, por los hijos adoptivos y por el cónyuge sobreviviente. Si solo existen hermanos, éstos llevan toda la herencia; si únicamente adoptivos, éstos reclaman la herencia; si existen hermanos y cónyuge, los primeros llevan la mitad y el cónyuge la otra mitad; si existen hermanos e hijos adoptivos, la mitad para los primeros y la otra para los segundos; si concurren cónyuge, hermanos e hijos adoptivos se reparte la herencia en tres partes: -

una parte al cónyuge, otra para los hermanos y la última para los adoptivos.

Quinto orden hereditario.- A falta de los anteriores órdenes hereditarios, la herencia se da a parientes consanguíneos colaterales en los grados tercero (3º) y cuarto (4º) (Tíos y primos hermanos).-

Sexto orden hereditario.- Este es el orden del principio de la última vecindad del causante.-

Los órdenes hereditarios son verdaderas jerarquías o causas de preferencia. Así, el primer orden hereditario prefiere a los demás órdenes hereditarios; el segundo se establece a falta del primero a los órdenes tercero, cuarto, etc; el tercero se instituye a falta de los dos primeros y prefiere al cuarto, etc, y así sucesivamente.

En las líneas de los descendientes y ascendientes existen grados. El Grado más próximo prefiere el más

remoto. Así, los hijos legítimos heredan de preferencia a los nietos; éstos a falta de hijos; los padres legítimos heredan de preferencia a los abuelos, y éstos reciben la herencia a falta de los padres.

Finalmente, debe tenerse en cuenta que tanto los hijos legítimos y los naturales, como los hermanos legítimos y naturales, pueden estar representados por sus respectivos hijos legítimos, según las reglas de la representación hereditaria. (Arturo Valencia Zea). (Sucesiones).-

II PARTEEL DERECHO CIVIL Y ALGUNOS DE SUS DERIVADOSCAPITULO I

26.- Antecedentes históricos. Entre las fenicias y los griegos, pueblos entre los cuales el comercio marítimo alcanzó gran desenvolvimiento, no cabe duda que ya existía un Derecho comercial de perfiles características. Es notorio que en antigüedad se hicieron famosas las Ordenanzas de Rodas, recopilación de normas aplicables a ese comercio marítimo.

Los romanos, en cambio, pueblo eminentemente rural y militar, no conocieron un sistema autónomo de Derecho Comercial, pese a encontrarse algunas normas aisladas atinentes a dicha materia. Es célebre la cita de la famosa lex Rodia de inctu tomada seguramente de la legislación marítima de la isla de Rodas. Esta ley reglamentaba las consecuencias jurídicas de la embazón, consistente en aligerar a un navío de parte de su car-

gamente por dificultades en la navegación. Durante la mayor parte de la Edad Media las normas del Derecho Romano bastaron para satisfacer las necesidades de la economía cerrada y rudimentaria que caracterizó a dicho período.-

A fines de la Edad Media y en el Renacimiento, con el floreciente de la vida comercial-marítima y urbana en las ciudades italianas, se hace posible concepción el nacimiento del Derecho Comercial. Aparece éste como un Derecho corporativo, aplicable a determinadas gremios, y emanado del poder normativo particular que asumían las corporaciones para reglar sus propios intereses. Aparece el Derecho Comercial vinculado, más que a la industria -todavía prevalentemente artesana- al comercio, especialmente de ultramar y bancario, y en frecuente conexión con el Derecho Marítimo, donde se encuentra el origen de muchas instituciones de Derecho Comercial (de la comandita al seguro). A favor de la autonomía corporativa, el perfeccionamiento de las co-

municaciones y el comercio marítimo-internacional, el Derecho Comercial elabora sus primeras instituciones típicas en forma paralela, en las comunas italianas, catalanas y flamencas. Por medio de los contratos de ~~compra~~ o de sociedad se cubre el riesgo o se reparten las ganancias de la fabulosa expedición marítimas; con la letra de cambio se dispone de un sistema de pagos internacionales; por medio de la quiebra se sanciona al comerciante que no ha sabido hacer frente a sus compromisos.

27.- Con la centralización monárquica y la formación del Estado moderno, que se lleva a cabo en la Edad Moderna y particularmente en el siglo XVII, se señala un segundo período del Derecho Comercial: se altera la fuente de la validez del mismo y el sentido de su autonomía. -- las corporaciones, en efecto, han perdido su poder normativo. El Derecho Comercial, como todo Derecho, deriva su validez del Estado, más o menos centralizado. El Derecho Comercial deja de ser entonces el Derecho propio de

los comerciantes. Sin embargo no desaparece sino que el criterio para su aplicación y distinción, de subjetivo que era, pasa a ser objetivo. El problema capital es ahora el del crédito. Durante la Edad Media, el crédito aparecía, fundamentalmente, como crédito de consumo, lo que fundaba la reprobación del cobro de intereses. Pero a raíz del tránsito que se inicia a fines del siglo XVII, de la artesanía medieval a la industria en gran escala, aparece el crédito de producción, que cumple una función económicamente útil, que justifica una protección jurídica especial y el cobro de intereses. A ellos responde la aparición de instituciones típicas del Derecho Comercial. El Derecho Comercial encuentra la solución al problema que plantea la incipiente industria, con la circulación del crédito, de modo que quien efectúa un préstamo a favor de una empresa cualquiera puede resarcirse de inmediato cediendo su crédito. La letra de cambio se convierte así en título de crédito cuya circulación se facilita por la seguridad que

compartas para el mismo los sucesivos endosos (cada endosante garantiza el cumplimiento de la obligación. Con la aparición de la sociedad anónima y el sistema de dividir el capital de las mismas en acciones, se logra la misma finalidad (circulación del crédito)- para las inversiones a largo plazo en empresas marítimas coloniales o industriales.-

La evolución se acentúa a partir de la mitad del siglo XIX, en la cual con el triunfo del liberalismo económico puede considerarse marcada una subdivisión en este segundo período de La Historia del Derecho Comercial. Aparte de que las sociedades anónimas y los títulos de crédito alcanzan una regulación completa, cabe destacar que la industria que decididamente dentro del Derecho Comercial, y, en algunos países, también la especulación sobre inmuebles

Actualmente, ocurre el curioso fenómeno de que los nuevos principios e instituciones que determinaron la emancipación del Derecho Comercial, son aceptados progresivamente por el Derecho Civil. Los problemas de los contratos entre ausentes de la representación de la separación de los patrimonios para el ejercicio de determinada actividad, de la circulación de los derechos, y de la movilización de los créditos, se han presentado inicialmente en un campo limitado, pero constituyen hoy problemas de carácter general. En este punto de la evolución, con la progresiva "comercialización del Derecho Privado" tiende a esfumarse la distinción entre el Derecho Comercial Civil, lo que explica que actualmente se haya propuesto repetidamente la unificación de ambos, temas trataremos más adelante.

~~COLEGIO DE ABOGADOS~~
~~DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES~~

RELACIONES Y DIFERENCIAS CON EL DERECHO

CIVIL.

23.- Aplicación supletoria del Derecho Civil.- Hemos visto en la primera parte de esta tesis la relación en que se encuentra el Derecho Civil, como núcleo principal y tronco del Derecho Privado, con relación a las otras ramas del Derecho Privado que han ido adquiriendo sucesivamente autonomía por circunstancias histórico-contingentes. También hemos visto, al historiar el nacimiento a esta rama el resurgimiento floreciente de las ciudades marítimas del Mediterráneo, ocurrido a fines de la Edad Media. El Derecho Comercial nació entonces, vinculado a las circunstancias especiales indicadas y como Derecho de un género o cooperación al de los comerciantes.

Más adelante el Derecho Comercial fué integrado en el Derecho estatal de los diversos países europeos, derivando su validez de la soberanía encarnada en la monarquía absoluta, ya que las corporaciones perdieron su poder normativo.

Se dictan entonces en Francia la Ordenanza de 1673 y 1681 (conocida como de Colbert) y en España las Ordenanzas de Bilbao (1.737). Pese a que estas ordenanzas repetían muchas de las disposiciones nacidas de los usos y costumbres de los merciantes en los diversos países marítimos, lo cierto es que derivaban su validez, no ya de dichas prácticas sino de la soberanía estatal. Y el Derecho privado estatal era ni más ni menos que el Derecho Civil, salvo, precisamente la ordenanza comercial en cuestión.-

Este criterio aparece nitidamente en la ordenanza de erección de algunos consulados en el Nuevo Mundo -

(1796), en la que se resuelve que las cuestiones entre comerciantes, que no pudiesen ser resueltas por aplicación de esa Ordenanza e por las Ordenanzas de Bilbao, se resolverían por la aplicación supletoria de las Leyes de Partida, esto es, la legislación común o civil. Nuestro Código de Comercio establece también que en los casos que no estén especialmente regidos por él, se aplicarán las disposiciones del Código Civil y que el Derecho Civil en cuanto no esté modificado por él es aplicable a las materias y negocios comerciales.-

29.- Para algunos autores, estos principios no dan lugar a ninguna duda en su interpretación: cesagran la teoría tradicional sobre las relaciones entre el Derecho Civil y el Comercial. El Derecho Comercial sería, según esta teoría, un Derecho de Excepción. En consecuencia, sus preceptos serían de interpretación restrictiva y no aplicables por analogía.-

Para otros autores, representantes de una doctrina

más moderna, no es ése el alcance de las disposiciones citadas y, por consiguiente, nuestra ley no atribuye un carácter meramente excepcional al Derecho Comercial. Según su interpretación el Código Civil debe efectivamente aplicarse a todas las instituciones e situaciones no legisladas e reglamentadas por el Código de Comercio— por ejemplo, en lo que se refiere a la teoría general de las obligaciones—. Pero en lo relativo a las instituciones especialmente reglamentadas por el Código de Comercio (por ejemplo letra de cambio e sociedades comerciales) no hay que recurrir en forma inmediata al Código Civil para resolver las situaciones no previstas expresamente para él. A falta de disposición expresa debe acudirse en primer término a los principios que gobiernan la institución especial de que se trate y a los usos y costumbres del comercio, antes que aplicar las disposiciones civiles relativas civiles relativas a una insituación e situación parecida, pero legislada con otro criterio y de la cual ha -

querido apartarse el Derecho Comercial. A la luz de estas puestas de vista al Derecho Comercial no sería un simple recuadro o rama de excepción dentro del Derecho Civil, sino algo más: un Derecho Especial —plena y autónoma—, para muchos nacido en relación al del Derecho Civil. El principio no implicaría reducirle a la categoría de Derecho de excepción; sólo importaría la consagración de un caso especial del principio general de la aplicación de las leyes análogas, establecido por la ley 153 de 87 en su art. 8, incorporada al Código Civil.—

La verdad es que entre el Derecho Civil y el Comercial existen muchas diferencias, si tomamos el Derecho Civil en su conjunto y no le limitamos al campo de las obligaciones^y/contratos. Las instituciones del Derecho Civil son muy estables, pues surgen en el seno de la sociedad respondiendo a exigencias y necesidades fundamentales, por lo que los cambios son lentos. El Derecho Ci-

vil está en estrecha conexión con las peculiaridades de una sociedad determinada, pues se ocupa de las instituciones básicas en que ella se desenvuelve: la familia, el matrimonio, las sucesiones, la propiedad etc. Las instituciones del Derecho Comercial, de acuerdo con ello, es más móvil y menos solemné: los contratos se cierran con un cambio de cartas o con la remisión de mercaderías; los créditos se transmiten con gran facilidad: así, la letra de cambio pasa de una persona a otra mediante un simple endoso, sin que sea necesarias las formalidades que exige el Derecho Civil para la cesión de créditos. La apreciación de la prueba es más libre; las sanciones por incumplimiento de obligaciones son más severas pues están comprometidas la buena fé y la confianza que deben reinar en el comercio; los usos y costumbres tienen un valor mucho más grande como fuentes de Derecho y como elementos de la interpretación de la voluntad de las partes.

30.- Valor de los usos y costumbres en Derecho Comercial.- Sabemos ya que el origen mismo del Derecho Comercial moderno se encuentra en los usos y costumbres de los comerciantes en las ciudades marítimas y comerciales, de fines de la Edad Media y del Renacimiento.- Todas las instituciones importantes del Derecho Mercantil tuvieron, pues, su origen en las costumbres, apareciendo más tarde las leyes y ordenanzas con el carácter de recopilaciones de costumbres, que adquirirían de este modo firmeza y certidumbre. Pero esa misma firmeza, que resulta en cierto sentido un gran beneficio, acarrea por otra parte dificultades, ya que el cambio más o menos acelerado en las condiciones técnicas y económicas requiere una rápida adaptación de las normas aplicables, refrendada con la mayor firmeza de la ley. Resparece así la costumbre comercial adaptándose, completándose y aun corrigiendo el desnudo texto legal, formada como avanzada móvil que permite la evolución del Derecho Comercial a tono con las necesidades de la industria, el comercio, la navegación, el

cambio, etc.

Creemos también que las restricciones contenidas en la ley acerca del valor de la costumbre como fuente no pueden tomarse al pie de la letra como verdades absolutas que invistiendo ambas el carácter de fuentes no puede aceptarse que una de ellas (la ley) se adjudique una primacía absoluta a partir de la cual determinase el valor y los límites de aplicación de la otra (la costumbre). Fijar el valor de la costumbre desde el punto de vista de la ley es ya haber tomado partido - por la ley - en contra de la costumbre - en la cuestión de las fuentes.-

No obstante la plena validez de las aclaraciones - preliminares que acabamos de formular, expuestas a continuación el valor de la costumbre comercial en nuestro Derecho a partir de las enunciaciones contenidas en nuestros Códigos de fondo porque, indiscutiblemente, constituyen el punto de partida de los jue-

ces que, como funcionarios del Estado, atienden en primer término dogmáticamente a la ley.-

Dice el Profesor Tinoco Pérez: "La costumbre ha venido debilitándose desde que nació el Derecho escrito. En efecto, ella era todo en otros tiempos, o casi todo. Pero a medida que el Derecho ha ido imponiéndose ella ha ido también perdiendo terreno. Es obvio que a más normas escritas que resuelvan los casos menos necesidad hay de acudir a la costumbre. No obstante esta realidad, todavía la costumbre tiene vida: se aplica a falta de la ley aplicable al caso de que se trate. Así lo establece, por ejemplo, en Colombia, el art. 13 de la ley 153 del 87, que dice: - "La costumbre, siendo general y conforme a la moral cristiana, constituye Derecho, a falta de legislación positiva".-

Como el Derecho Comercial se resuelve principalmente en el campo de las convenciones y los contratos

y como en este campo no se encuentra normalmente comprometido el orden público sino que gobierna el principio de la autonomía de la voluntad, de las partes y del sentido de las frases técnicas de las transacciones comerciales ha consagrado así numerosas cláusulas que tienen un valor preciso - determinado por la costumbre, valor que tiene verdadera fuerza legal, ya que, si bien según el art. transcribe parece ser facultativo del juez remitirse a la costumbre, de hecho la inclusión de una costumbre, lo que obliga al juez a acatarla tal como las partes han entendido hacerle.-

34.- Por otra parte, como ya hemos visto al considerar el carácter supletorio que se atribuye al Derecho Civil con relación al Derecho Comercial la doctrina más moderna sostiene que dicho carácter supletorio se refiere únicamente a las instituciones no contempladas en el Código de Comercio. En el campo

de las instituciones especialmente legisladas en este último, en cambio, en los casos no contemplados o nuevos, debe acudirse a los principios que gobiernan la institución en cuestión y a los usos y costumbres mercantiles, antes de buscar la solución en una disposición civil que contempla una situación distinta y de la cual, precisamente, el Derecho Comercial ha querido apartarse. Cabe consignar, en fin, como - en muchos países la costumbre comercial ha puesto en evidencia su fuerza derogatoria de las disposiciones legales. Así ocurre, por ejemplo, en el campo del Derecho marítimo, en el que la fuerza de las cosas ha llevado a la derogación consuetudinaria de muchísimas disposiciones legisladas para el tiempo de la navegación a vela. En el campo del Derecho Comercial encontramos un curioso ejemplo en el cheque cruzado: la práctica comercial consagró que basta cruzar un cheque con dos barras paralelas para atribuirle el carácter de "cheque cruzado" (que solo puede ser consignado y

cebrado por una dance), aunque se omita poner en las barras las palabras "no negociable" u otras contricción para contrararlo ese caracter.-

~~San Pedro de los Rios~~~~San Pedro de los Rios~~DERECHO DEL TRABAJO Y LA SEGURIDADSOCIALConcepto y Terminología

32.- La denominada "revolución industrial" que ocurre en Inglaterra a fines del siglo XVIII y en el continente europeo y en Estados Unidos de Norteamérica durante el siglo XIX determinó, juntamente con la formación de grandes núcleos obreros y un enorme aumento de la densidad de la población urbana, una variación esencial en las condiciones del trabajo. Disueltas las antiguas corporaciones medievales por la Revolución Francesa en nombre de la libertad del trabajo mediante la famosa ley Le Chapelier de 1791, el obrero, principalmen

DEPARTAMENTO DE
BIBLIOTECA
UNIVERSIDAD DE CARTAGENA

te protegido en su "libertad" por la ley, se encontró en los hechos, obligados para hacer frente a las nuevas condiciones económicas y técnicas que convertían su trabajo en una mercancía, sujeta a la ley de la oferta y la demanda. Ninguna limitación encontró inicialmente la veracidad de los industriales y capitalistas: la jornada de 14 ó 16 horas, el trabajo de las mujeres y de los niños, el pago de bonos contra la procedencia de la misma fábrica (truck-system), el sistema de expoliación (spoil system), etc., fueron medios comunes de aumentar las ganancias y de sumergir a toda una clase numerosa de hombres, sembrando un resentimiento duradero hasta nuestros días.-

Estas condiciones técnicas, económicas y sociales más importantes motivaron la formación de un movimiento obrero internacional de carácter socialista y sin

dicalista -con algunos ribetes subversivos anarco-co-
munistas-, de tal pujanza que obligó a los gobiernos
a atender los tremendos problemas que estaban en su
raíz. Para ello se hizo indispensable reemplazar pro-
gresivamente el ideal liberal del abstencionismo ("Lai-
sez faire, laissez passer....") por el que nosotros \ddagger
consideramos personalmente como el ideal del interven-
cionismo estatal, que se fué concretando en una serie
de leyes tendientes a impedir la explotación de la cla-
se trabajadora, facilitando por la abundancia de la ma-
no de obra en las zonas industriales.-

Este conjunto de leyes fué dando cuerpo a los que se
denominó legislación del trabajo, obrera, e legisla-
ción social, y más adelante, sistematizados sus prin-
cipios generales por obra del estudio y sentados sus

caracteres específicos. Derecho del Trabajo, Derecho Obrero Social. Se le ha denominado también Nuevo Derecho, aludiendo con ella a la circunstancia de su nacimiento en oposición a los principios liberales hasta entonces imperantes. Pese a que esta nomenclatura plural alude sin mayores equívocos al objeto del tema nosotro, con el objeto de mantener cierta precisión terminológica especificaremos a continuación los matices aludidos en los diversos nombres, de acuerdo con su acepción más generalizada:

33.- La expresión Derecho Social asume un sentido amplio, que comprende tanto a) el Derecho del Trabajo estricto como b) el de la seguridad social; que tienen en común el estar informados por una concepción no individualista que destaca la interdependencia de los hombres en la sociedad, o sea, la solidaridad, que nos parece ser, entre todos los valores jurídicos, el más particu-

lamente exaltado en esta rama del Derecho. Una preocupación general por la población más inválida y una particular aplicación de la justicia que consiste en dar más al que tiene menos —entre del "dar a cada uno lo suyo" de la definición tradicional de la Justicia—, son también características del Derecho Social.

La seguridad social se distingue de la individual.

En la seguridad o previsión existe el resguardo contra acontecimientos futuros —ciertos e inciertos— de carácter dañoso o desfavorable (enfermedad, vejez, accidentes, paro forzoso, etc). La previsión individual adopta la forma del ahorro y de los seguros privados.

La previsión social, en cambio, adopta la forma de las jubilaciones (o "sueldos diferidos"), de las pensiones (vejez, invalidez, etc). y de los seguros sociales.

La asistencia social, en fin, llega allí donde

no alcanza la previsión y se distingue de ésta porque,

en general, no representa para el beneficiario un derecho exigible.

La denominación Nuevo Derecho, que algunos han querido darle, debe ser descartada por su carácter relativo e transitorio. La denominación Legislación (del Trabajo, Obrero Social) alude al carácter de leyes inorgánicas y a la carencia de principios rectores generales, como en el que no se encuentra ya nuestra disciplina. La designación Derecho Obrero alude al sujeto principal, pero no exclusivo, de este Derecho: el intelectual por ejemplo, se encuentra también comprendido en la disciplina. El Derecho Industrial en fin comprende todos los tópicos referentes a la industria, muchos de los cuales (patentes), marcas de fábricas etc., - no guardan en rigor relación con nuestra disciplina, aunque sí la tienen otros como -

los referentes a la reglamentación del trabajo en talleres, higiene del trabajo, etc. Como conclusión de estas aclaraciones terminológicas diremos lo que al principio: el Derecho Social comprende el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, capítulos diversos por su contenido pero unificados por las valoraciones jurídicas que los informan (el Ministerio del ramo en nuestro país se llama por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social).

En resumen, podríamos sintetizar la evolución sufrida por la materia diciendo que las ideas del trabajo-mercancia de la plena autonomía de la voluntad que anidaban en la concepción civilista de la locación de servicios, han caído ante la concepción del trabajo como expresión de la personalidad humana, cuya dignidad física y espiritual debe ser tutelada por el Estado.

54.- Nuestro Código Civil, pegado a la tradición romanista y anterior a la revolución industrial en nuestro país, no contempló los diversos problemas del Derecho del Trabajo.

Según esta tradición, podríamos aceptar cuatro etapas prin
cipales en la historia del trabajo humano y del derecho del trabajo a saber:

I.- Esclavismo.

II.- Servidumbre y corporativismo.

III.- Libertad de trabajo.

IV.- Contratación laboral intervenida.

Si hacemos un cuadro esquemático sobre la relación de trabajo tendríamos el siguiente:

Reviste formas contractuales regidas por el derecho civil o comercial: confección de obra, prestación de servicios, sociedad, mandato agencia oficiosa.-

AUTÓNOMA.-

PUBLICO:

No reviste forma contractual y se tipifica como relación de trabajo de derecho administrativo. Excepcionalmente - puede configurar un contrato de trabajo.-

PRIVADO:

Reviste la forma de contrato individual de trabajo, o de arrendizaje. En el caso general, tratándose de los trabajos particulares.-

PRIVADO:

Conserva el simple carácter de relación de trabajo, sin adquirir forma contractual, por la ausencia de algún elemento de existencia del contrato, o por estar viciado de nulidad.-

"El derecho civil sigue siendo la disciplina fundamental de la ciencia jurídica y quizá la que más importancia tiene - en sus relaciones con el derecho de trabajo." Los principios

generales del derecho civil, mayormente los que se refieren a la teoría de las obligaciones, son de especial consulta para la exacta interpretación de la legislación laboral. Infinidad de nociones tales, como las de persona, patrimonio, propiedad, muerte, son presupuestos indispensables en el entendimiento del derecho de trabajo. El concepto de contrato y toda su estructura proviene del derecho civil. No debe olvidarse que fue la figura contractual llamada arrendamiento de servicios, contemplada en el Código Civil, la que dió origen a la idea del contrato de trabajo".

La opinión más generalizada, sin embargo, es la admitida de la existencia de caracteres peculiares para el contrato de trabajo, caracteres que se diferencian con independencia de los moldes clásicos del Derecho Civil. Así por ejemplo dice un autor que: "El contrato de trabajo se presenta -

en nuestro ordenamiento, no como un nuevo instituto, destinado a contemplar un fenómeno absolutamente nuevo, sino simplemente como un nuevo esquema que absorbe algunos de los casos de ejecución de obra, prestación de servicios, sociedad, mandato, agencia, eficiencia, que se presentan con determinadas caracteres comunes, en consideración de los cuales nuestro legislador quiere otorgarles una regulación especial, que modifica sustancialmente la que ofrecían e continúan ofreciendo los códigos de fonde....regulación especial que constituye el Derecho de Trabajo..." Cules son dichos caracteres comunes que abarcan diversas categorías del Derecho Civil y que constituyen lo específico del contrato de trabajo? Nuestro autor completa su pensamiento diciendo que: "Existe contrato de trabajo subordinado (contrato de trabajo en sentido específico) cuando éste imparta una relación de dependencia de carácter con-

tipuativa: Los caracteres "específicos" del contrato de trabajo que interesa al Derecho del Trabajo son, pues, - dos: continuidad y trabajo subordinado e en relación de dependencia).-

35.- Otros Derechos.- Debido al riesgo de convertir este requisito de grado en una incompleta Introducción al Derecho, debemos anotar que existen otros derechos cuyo origen se remontan y relacionan con el Derecho Civil, pero que por diversas razones se han independizado como el Derecho Laboral, al contener ^{normas} que escapan estrictamente a la materia objeto de este mal escrito. Entre ellos volvamos a anotar al Derecho Agrario, al Derecho ^Minero y otros.-

PROLOGO:
~~XXXXXXXXXXXX~~

El estudiante quiere excusarse de las torpezas que pueden caber en este trabajo que no es otra cosa que un extracto de diversos autores, que los profesores conocen mejor que nadie como se elabora, expresando que debido a su largo alejamiento de las aulas de la Escuela de Derecho ha perdido el contacto con el ajetre de los temas jurídicos y su disertación, y se acoge a su benevolencia en los conceptos que sobre él pueden expresar.

. / .

BIBLIOGRAFIA

HISTORIA DE LA LEGISLACION ROMANA.

HISTORIA UNIVERSAL, ROMA, A. MANET.-

DERECHO ROMANO, J. IGLESIAS-UNIVERSIDAD DE MADRID.

DERECHO COMERCIAL GENERAL.- GABINO PINZON.

CURSO DE DERECHO CIVIL.- ARTURO ALESSANDRI RODRIGUEZ Y
MANUEL SOMARRIVA UNDURRAGA.-

CURSO DE DERECHO CIVIL. ARTURO VALENCIA ZEA.

LAS FUENTES DEL DERECHO .- JOSE VILANOVA Y ENRIQUE R AP-
TALION.-

INTRODUCCION AL DERECHO.- AUGUSTO TINOCO PEREZ.-

CURSO DE DERECHO PROCESAL CIVIL .- HERNANDO MORALES.

CODIGO COLOMBIANO.-